

T.C.
GAZİANTEP ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

**CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA
AVUKATLARA TANINAN HUKUKİ AYRICALIKLAR**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ZEYNEP BÜŞRA KORKMAZ

GAZİANTEP
TEMMUZ 2020

T.C.
GAZİANTEP ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA AVUKATLARA TANINAN HUKUKİ AYRICALIKLAR

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ZEYNEP BÜŞRA KORKMAZ

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Ahmet BOZDAĞ

GAZİANTEP
TEMMUZ 2020

ETİK BEYAN

Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Zeynep Büşra KORKMAZ

ÖZ

Ceza Muhakemesi Hukukunda Avukatlara Tanınan Hukuki Ayrıcalıklar

KORKMAZ, Zeynep Büşra
Yüksek Lisans Tezi, Kamu Hukuku ABD
Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Ahmet BOZDAĞ
Temmuz 2020

Hukukun üstünlüğünün var olduğu, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı, savunmanın özgürce her türlü baskı ve tehditten uzak olarak yapılabildiği hukuk devletinin en büyük göstergelerinden birisi, avukatın bağımsızlığıdır. Bu sebeple ceza muhakemesinin amacına ulaşılmasında ve adil yargılanmanın gerçekleşmesinde bu denli öneme sahip olan, yargının kurucu unsuru ve özgür savunmanın temsilcisi avukat, savunma hakkının korunabilmesi ve etkin bir şekilde kullanılabilmesi için, ceza yargılaması işlemlerinde farklı muameleye tabi tutulmaktadırlar. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda bu düzenlemeler yer almaktadır. Ancak ülkemizde bu hususta hem kuramsal hem de uygulamada bir takım sorunlar yaşanmaktadır. Bu sebeple çalışmada, avukatın aranması, iletişiminin denetlenmesi ve yargılanmasına ilişkin genel ilkeler ve mevzuatımızın öngördüğü usul incelenmiştir.

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



ABSTRACT

Legal Privileges Granted to Lawyers in Criminal Procedure Law

KORKMAZ, Zeynep Büşra
Master's Thesis, Department of Public Law
Supervisor: Ass. Prof. Dr. Ahmet BOZDAĞ
July 2020

One of the biggest indicators of the constitutional state where the rule of law exists, fundamental rights and freedoms are guaranteed and the defense can be freely made without any pressure or threat, is the independence of the lawyer. For this reason, the lawyer who is the founding element of the judiciary and the representative of free defence, so vital in achieving the purpose of the criminal procedure and the fair trial, are treated differently in criminal proceedings in order to protect and exercise their right to defense effectively. These regulations are included in the Criminal Procedure Law and Law of Advocacy. However, in our country, there are some problems regarding this issue both in terms of theory and practice. Therefore, in this study the general principles and procedures regulated by our laws regarding the lawyer's being searched by the officials, supervision of the lawyer's communication and the lawyer's being judged have been examined.

Keywords: Lawyer, Precautionary Measures, Search, Seizure, Communication Monitoring, European Convention on Human Rights.



İÇİNDEKİLER

ÖZ	i
ABSTRACT	iii
İÇİNDEKİLER.....	v
SEMBOLLER VE KISALTMALAR.....	xiii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SAVUNMA HAKKI, AVUKATLIK MESLEĞİNİN TARİHİ GELİŞİMİ, AVUKATLIK MESLEĞİNİN TANIMI VE ÖZELLİKLERİ, AVUKATIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. SAVUNMA HAKKI.....	3
A. Savunma Kavramı	3
B. Genel Olarak Savunma Hakkı	4
II. AVUKATLIK MESLEĞİNİN TARİHİ GELİŞİMİ.....	8
A. Avukatlık Mesleğinin Avrupa'daki Gelişimi	9
1. Eski Yunan ve Roma'da Avukatlık Mesleğinin Gelişimi	9
2. Fransa'da ve İngiltere'de Avukatlık Mesleğinin Gelişimi	11
B. Türk Hukuku'nda Avukatlık Mesleğinin Gelişimi.....	12
1. Tanzimat Öncesi Dönem	12
2. Tanzimat ve Sonrası Dönem	14
3. Meşrutiyet Dönemi	18
4. Cumhuriyet Dönemi	21
a. 460 Sayılı Muhammat Kanunu Dönemi	21
b. 3499 Sayılı Avukatlık Kanunu	23
c. 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu	25
III. AVUKATLIK MESLEĞİNİN TANIMI VE ÖZELLİKLERİ	26
A. Avukatın Tanımı.....	26

B. Avukatlık Mesleğinin Temel Özellikleri	28
1. Avukatlığın Kamu Hizmeti Olması	29
2. Avukatlığın Serbest Meslek Olması	31
3. Avukatlığın Meslek Tekeli Olması	32
4. Avukatın Bağımsız Olması	33
C. Avukatlık Mesleğine Kabul İçin Aranılan Şartlar	36
D. Avukatlığa Kabulde Engeller	37
1. Avukatlık Mesleği ile Bağdaşmayan İşler	38
2. Avukatlık Mesleği ile Bağdaşan İşler	38
IV. AVUKATIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	39
A. Avukatın Hakları.....	39
1. Ücret İsteme Hakkı	40
2. Avukatın Hapis Hakkı.....	40
3. Avans İsteme ve Masraf Talep Hakkı.....	41
4. Dosyayı İnceleme Hakkı.....	42
5. Duruşmayı Terk Hakkı	42
B. Avukatın Yükümlülükleri	43
1. Aydınlatma Yükümlülüğü	43
2. Sadakat Yükümlülüğü.....	44
3. Sır Saklama Yükümlülüğü.....	44
4. Özen Yükümlülüğü.....	46
5. Reklam Yapma Yasağı	47
6. Dosya Tutma Yükümlülüğü.....	48

İKİNCİ BÖLÜM

AVUKATIN ARANMASI

I. KORUMA TEDBİRİ OLARAK ARAMA	49
A. Genel Olarak Koruma Tedbirleri	49
B. Koruma Tedbirlerinin Özellikleri ve Şartları.....	50
1. Koruma Tedbirlerinin Özellikleri	50
a. Yasa ile Düzenlenme Zorunluluğu	51
b. Geçici Olma	51

c. Araç Olma	52
d. Temel Hak ve Özgürlüklerin Bazılarının Hükümden Önce Sınırlandırılması	52
e. Yetkili Mercî Kararı	53
2. Koruma Tedbirlerinin Şartları	54
a. Gecikmede Sakınca Bulunması	54
b. Görünüşte Haklılık	55
c. Ölçülülük	55
C. Arama Kavramı, Aramaya Hakim Olan İlkeler ve Aramanın Türleri.....	56
1. Arama Kavramı	56
a. Beş Duyu Organı ile Varlığı Algılanabilen Delil, İz veya Emareler..	59
b. Konutta ve Diğer Mahallerde Arama Sayılmayan Haller	59
c. Araçlarda Arama Sayılmayan Haller.....	60
d. Kişilerin Terk Ettiği Eşya Üzerinde Delil Araması.....	60
e. Durdurma, Soru veya Kimlik Sorma, Sıvazlayarak Silah Kontrolü Yapma.....	60
2. Aramaya Hakim Olan İlkeler	61
a. Hukuk Devleti İlkesi.....	61
b. İnsan Onurunun Dokunulmazlığı İlkesi	63
c. Özel Hayatın Gizliliği İlkesi.....	66
d. Orantılılık İlkesi.....	69
e. Maddi Gerçeğin Araştırılması İlkesi	70
f. Dürüst İşlem İlkesi	71
3. Arama Türleri	72
a. Önleme Araması, Amacı ve Şartları.....	72
b. Adli Arama, Amacı ve Şartları	76
II. AVUKATIN ADLİ ARANMASI	80
A. Aramanın Avukatlar Açısından Özel Düzenlenmesinin Sebepleri	80
1. Avukatın Bağımsızlığı.....	81
2. Sır Saklama Yükümlülüğü	82
3. Savunma Hakkının Korunması.....	83
B. Avukatın Üzerinin ve Eşyasının Adli Arama Kapsamında Aranması	85
1. Avukatın Üzerinin ve Eşyasının Aranmasının Şartları	89

a. Suçun Ağır Ceza Mahkemesinin Görev Alanına Giren Bir Suç Olması	90
b. Avukatın Suçüstü Halinde Yakalanmış Olması.....	91
2. Avukatın Üzerinin ve Eşyasının Aranmasının İcrası.....	93
3. Avukatın Üzerinin ve Eşyasının Aranmasının Sona Ermesi	97
C. Avukatın Bürosunun Aranması.....	99
1. Avukat Bürosunun Aranmasının Şartları ve İcrası	100
a. Avukat Bürolarının Mahkeme Kararıyla Aranması.....	102
b. Avukat Bürolarının Cumhuriyet Savcısı Denetiminde Aranması ...	104
c. Avukat Bürolarında Arama Sırasında Baro Başkanı veya Onu Temsilen Bir Avukatın Hazır Bulunması	104
2. Avukat Bürosunun Aranmasının Sona Ermesi	106
D. Avukatın Konutunun Aranması	108
1. Avukatın Konutunun Aranmasının Şartları ve İcrası.....	109
2. Avukatın Konutunun Aranmasının Sona Ermesi.....	112
III. AVUKATIN ÖNLEME ARAMASI.....	113
A. Avukatın Önleme Araması Şartları ve İcrası	114
B. Avukatın Önleme Aramasının Sona Ermesi	119

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVUKATLARIN TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMLERİNİN DENETLENMESİ İLE AVUKATLARIN SUÇ SEBEBİYLE YARGILANMASI USULÜ

I. GENEL OLARAK TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ	121
A. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Koruma Tebdirinin Özellikleri.....	121
1. Yasa ile Düzenlenme Zorunluluğu	122
2. Geçici Olma	123
3. Araç Olma.....	123
4. Temel Hak ve Özgürlüklerin Bazılarının Hükümden Önce Sınırlandırılması.....	123

5. Yetkili Mercî Kararı	124
B. İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbirinin Şartları	124
1. Gecikmede Sakınca Bulunması	124
2. Görünüşte Haklılık	125
3. Ölçülülük	125

II. İLETİŞİMİN DENETLENMESİNE İLİŞKİN GENEL KAVRAMLAR, İLETİŞİMİN DENETLENMESİ HAKKINDAKİ HUKUKİ DÜZENLEMELER VE İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN İLGİLİ OLDUĞU HUKUKİ DEĞERLER126

A. İletişimin Denetlenmesine İlişkin Genel Kavramlar	126
1. Telekomünikasyon	126
2. İletişim	127
3. Denetim	128
4. İletişimin Dinlenmesi ve Kayda Alınması	129
5. İletişimin Tespiti.....	129
6. Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi.....	130
7. Mobil Telefonun Yerinin Tespit Edilmesi	130
8. İletişimin Denetlenmesi Tedbirine Konu Araçlar	130
a. Telefon.....	131
b. Teleks	131
c. Faks.....	131
d. Elektronik Posta.....	132
e. Diğer İletişim Araçları.....	132
B. İletişimin Denetlenmesi Hakkındaki Hukukî Düzenlemeler	132
1. Anayasal Düzenlemeler.....	132
2. Yasal Düzenlemeler.....	133
a. Ceza Muhakemesi Kanunu	133
b. Diğer Kanunlardaki Düzenlemeler.....	134
i. Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu	134
ii. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu	135
iii. Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun.....	136
iv. Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu.....	137

3.	Ceza Muhakemesi Kanunu'na Dayanılarak Çıkarılan Yönetmelikler.	137
a.	10.11.2005 Tarihli Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik	138
b.	14.01.2007 Tarihli ve 26434 Sayılı Resmi Gazetede Yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik	139
C.	İletişimin Denetlenmesi Tedbirinin İlgili Olduğu Hukuki Değerler.....	140
1.	Özel Hayatın Gizliliği	140
2.	Haberleşme Hürriyeti ve Gizliliği.....	142

III. AVUKATLARIN TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİNİN DENETLENMESİ..... 144

A.	Avukatların İletişiminin Denetlenmesi Tedbirinin Türleri	144
1.	Avukatların İletişiminin Tespiti ve Şartları	144
2.	Avukatların Telekomünikasyon Yoluyla Yaptığı İletişimin Dinlenmesi, Kayda Alınması ve Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Şartları.....	150
a.	İletişimin Dinlenmesi.....	150
b.	İletişimin Kayda Alınması	151
c.	Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi	152
d.	Avukatların İletişiminin Dinlenmesinin, Kayda Alınmasının ve Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesinin Şartları	154
i.	Suç Sebebiyle Başlatılmış Olan Soruşturma veya Kovuşturma Bulunması	158
ii.	Somut Delillere Dayanan Kuvvetli Şüphe Sebeplerinin Varlığı .	159
iii.	Başka Suretle Delil Elde Etme İmkânının Bulunmaması	160
iv.	Tedbirin Uygulanabileceği Katalog Suçlar.....	162
v.	Yetkili Mercî Kararı.....	163
3.	Avukatların Mobil Telefon Yerinin Tespiti ve Şartları	166

IV. AVUKATLARIN SUÇ SEBEBİYLE YARGILANMASI USULÜ	168
A. Avukatların Görevlerinden Doğan veya Görev Sırasında İşledikleri Suçlar Yönünden Yargılanmaları	169
1. 1136 sayılı Avukatlık Kanununda Düzenlenen Özel Yargılama Rejiminin İşleyişi.....	176
a. Soruşturma Öncesi Ön İnceleme Aşaması	176
b. Soruşturma Aşaması.....	179
c. Kovuşturma Aşaması.....	180
d. İtiraz.....	181
B. Avukatların, Kişisel Suçları ve Avukatlık Kanunu’nun 61. Maddesi Sebebiyle Yargılanmaları	183
1. Avukatların Kişisel Suçları Sebebiyle Yargılanmaları.....	183
2. Avukatların Avukatlık Kanunu’nun 61. Maddesi Sebebiyle Yargılanmaları	185
a. Ağır Ceza Mahkemesinin Görev Alanına Giren Bir Suç Olması.....	186
b. Avukatın Suçüstü Halinde Yakalanmış Olması	186
SONUÇ.....	187
KAYNAKÇA	197



SEMBOLLER VE KISALTMALAR

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği	: AVÖAY
Aktaran	: Akt.
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi	: AÜHFD
Anayasa	: AY
Avrupa Birliği	: AB
Avrupa Baroları ve Hukuk Birlikleri Konseyi	: CCBE
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi	: AİHM
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	: AİHS
Avukatlık Kanunu	: Av. K
Bakınız	: Bkz.
Birleşmiş Milletler	: BM
Ceza Dairesi	: CD
Ceza Genel Kurulu	: CGK
Ceza Muhakemesi Kanunu	: CMK
Cilt	: C
Çeviren	: Çev.
Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu	: ÇASÖMK
Esas	: E
İdari Dava Dairesi	: İDD
Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun	: JTGYHK
Karar	: K
Madde	: m.
Milattan Önce	: M.Ö
Milli İstihbarat Teşkilatı	: MİT
Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu	: PVSK
Resmi Gazete	: RG
Sayfa	: s.
Sayı	: S
Türk Ceza Kanunu	: TCK
Türk Medeni Kanunu	: TMK
Türkiye Barolar Birliği	: TBB
Türkiye Büyük Millet Meclisi	: TBMM

Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği	: YGAİAY
Yargıtay Ceza Genel Kurulu	: YCGK
Yüzyıl	: yy.
Yönetmelik	: Yön.



GİRİŞ

Hukuk devletlerinde toplumsal barışın ve adaletin sağlanabilmesi için, verilecek olan cezanın adil bir yargılama sonunda verilmesi gerekir. Adil yargılamanın gerçekleşebilmesi için, ceza muhakemesi işlemlerinde savunmaya ve savunma makamına gereken önem verilmeli, savunma hakkı etkin bir şekilde kullanılmalıdır. Yani adaletin gerçekleşmesi hukuk devletinin en temel unsuru olan adil yargılanma hakkına, adil yargılanma hakkının da vazgeçilmez unsuru olan savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına bağlıdır. Çünkü savunma hakkı, ceza muhakemesinin amacına ulaşılabilmesi ve adil bir yargılanmanın gerçekleşebilmesi için şüpheli ve sanığa tanınan en temel haklardandır. Savunma hakkının ve hak arama özgürlüğünün güvencesi ve vazgeçilmez unsuru ise, savunma makamının mesleğini serbestçe, her türlü baskıdan uzak bir biçimde yerine getirmesine bağlıdır. Hukukun üstünlüğünün var olduğu, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı, savunmanın özgürce her türlü baskı ve tehditten uzak olarak yapılabildiği hukuk devletinin en büyük göstergelerinden biri, avukatın bağımsızlığıdır. Bu sebeple ceza muhakemesinin amacına ulaşılmasında ve adil yargılanmanın gerçekleşmesinde bu denli öneme sahip olan, yargının kurucu unsuru ve özgür savunmanın temsilcisi avukatın, savunma hakkının korunabilmesi ve etkin bir şekilde kullanılabilmesi için, avukata uygulanacak olan ceza muhakemesi işlemlerinde bir takım ayrıcalıklar tanınmıştır.

Bizde Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ve Avukatlık Kanunu'nda avukata tanınan özel hukuki ayrıcalıkların neler olduğunu ve bu ayrıcalıkların savunma hakkını yeteri kadar güvenceye alıp almadığını incelemek amacıyla ceza muhakemesi hukukunda avukatlara tanınan hukuki ayrıcalıklar başlıklı yüksek lisans tezini kaleme aldık.

Ceza muhakemesi hukukunda avukatlık mesleğinin niteliği gereği, avukatlara bir çok hukuki ayrıcalık tanınmıştır. Fakat, yüksek lisans tezinin sınırlarının aşılmaması adına, avukata tanınan hukuki ayrıcalıklardan sadece, avukatın aranması, avukatın telekomünikasyon yolu ile iletişiminin denetlenmesi ve avukatların suç sebebiyle yargılanması usulü konuları ele alınacaktır.

Ceza muhakemesi işlemlerinden biri olan arama koruma tedbirinin avukatlar açısından farklı düzenlenmesinin sebebi, şüphelinin ya da sanığın avukatıyla

görüşmek üzere avukatın bürosuna gittiğinde ya da avukata bilgi ve belge verdiğinde bunun korunacağına olan güvenin sağlanmasıdır. Aksi takdirde müvekkilde, avukat bürosunun güvenli olmadığı, avukatın bürosunun ve üzerinin kolay bir şekilde aranacağı düşüncesi oluşacak savunma makamı ve savunma hakkı zedelenecektir.

Avukatın, savunma hakkını etkin bir şekilde kullanabilmesi için ceza muhakemesinde tanınan ayrıcalıklardan bir diğeri ise, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefon yerinin tespiti koruma tedbirinin müdafî hakkında uygulanamayacağı istisnasıdır. İletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi yasağı şüpheliyi veya sanığı korumaya yönelik olarak müdafî sıfatı bulunan avukata tanınmıştır.

Ayrıcalıklardan bir diğeri de, avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri iddia olunan suçlar yönünden özel bir yargılama rejimine tabi olmalarıdır. Bu özel yargılama rejimi 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58 ila 61. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Avukatların görev suçları, yani görev sırasında veya görevle bağlantılı olarak işledikleri suçlar ve bu nedenle yargılanmaları rejimi özel usüle tabi tutulmuştur.

Biz de bu çalışma ile yargının kurucu unsuru ve özgür savunmanın temsilcisi konumunda olan avukatın, toplum ve yargı nezdinde arz ettiği önemi ortaya koymayı, uygulamadan ve mevzuattan kaynaklanan sorunlara çözüm önerileri üreterek, yasa koyucuya bu sorunların çözümünde ve hukuka aykırı uygulamaların düzeltilmesinde bir nebze de olsa katkı sağlamayı hedeflemekteyiz.

Yaptığımız bu çalışma giriş, üç temel bölüm ve sonuç kısmından oluşmaktadır.

Çalışmanın birinci bölümünde, kavramların ve konunun öneminin ve gerekliliğinin anlaşılması amacıyla, savunma hakkı, avukatlık mesleğinin tanımı ve özellikleri, avukatlık mesleğinin tarihi gelişimi, avukatın hak ve yükümlülükleri üzerinde durulmuştur.

İkinci bölümde, koruma tedbiri olarak arama, avukatın adli ve önleme aramasının şartları, icrası ve kapsamı konuları üzerinde durulmuştur.

Üçüncü bölümde ise, avukatın iletişiminin denetlenmesinin türleri ve şartları ile avukatın suç sebebiyle yargılanması usulü üzerinde durulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

SAVUNMA HAKKI, AVUKATLIK MESLEĞİNİN TARİHİ GELİŞİMİ, AVUKATLIK MESLEĞİNİN TANIMI VE ÖZELLİKLERİ, AVUKATIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. SAVUNMA HAKKI

A. Savunma Kavramı

Sözlük anlamında savunma, “saldırıcıyı def etme ve etkisiz kılma”, “saldırıya karşı koyma”, “savunma yapma ve haklı olduğunu ileri sürme”, anlamlarında kullanılan bir kavramdır.¹

Savunma ihtiyacı tüm canlılarda doğuştan var olan bir his ve doğal bir tepkidir.² Bu sebeple bütün canlılar saldırıya uğradıklarında içgüdüsel olarak saldırıya karşı koyarlar. İnsanlar da ilk çağlardan itibaren savunma ihtiyacı hissetmiş ve savunma araçları geliştirmişlerdir. Maslow’un da ihtiyaçlar hiyerarşisinde ortaya koyduğu üzere emniyette olma ihtiyacı, en alt kademedeki yeme, içme, uyuma ve barınma ihtiyaçlarından hemen sonraki üst kademedeki yerini almıştır.³

Toplumların gelişip değişmesiyle birlikte savunma da farklı kültürler ve toplumlarda değişik biçimlerde ortaya çıkmıştır. 14. ve 15. yüzyıl Avrupası’nda özellikle İspanya, Fransa ve İtalya gibi ülkelerde savunmanın ispat edilmesi,

¹ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> 06.12.2019 Erişim T.; BOZDAĞ, Ahmet, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, Ankara, Adale Yay., 2014, s. 7; KOCALOĞLU, S. Sinan, *Müdafî*, Ankara, Seçkin Yay., 1. Baskı, 2011, s. 34.

² AKGÖNENÇ, Oya, “Savunma Tarihi Üzerine Düşünceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1988, s. 16; ARTUKOĞLU, Muhammed Necat, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, (Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi SBE), 2019, s. 3; DIVRAK, Yasin, KILIÇ, Ahmet- Hasan, “Savunma Hakkı”, *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birlikleri* 2, İstanbul, Ekim 2006, s. 50.

³ KULA, Sedat, ÇAKAR, Bekir, “Maslow İhtiyaçlar Hiyerarşisi Bağlamında Toplumda Bireylerin Güvenlik Algısı ve Yaşam Doyumu Arasındaki İlişki”, *Bartın Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 12, 2015, s. 195; AKGÖNENÇ, “Savunma Tarihi Üzerine Düşünceler”, s. 16, 17.

işkenceye dayanılabilme gücüne bağlıydı.⁴ İşkenceye dayanabilenler masum, masum olup işkenceye dayanamayan ve işlemedikleri suçu itiraf edenler ise suçlu kabul edilirdi.⁵

Savunma, masumiyeti ispat ve cezalandırılmada fiziki kuvvet ve beden üzerinden işlemeye devam ederken tek tanrılı dinlerin kabulü ve yayılışı ile birlikte sadece fiziki olmaktan çıkarılmış akli ve ruhi bir hal almıştır.⁶

B. Genel Olarak Savunma Hakkı

Savunma hakkı, ceza muhakemesinin amacına ulaşılabilmesi ve adil bir yargılanmanın gerçekleşebilmesi için şüpheliye ve sanığa tanınan en temel haklardandır. Savunma hakkının, dar ve geniş anlamda savunma olmak üzere iki anlamı vardır:

Dar anlamda savunma, şüphelinin veya sanığın, iddia edilen suç fiillerini işlemediğinin, işlenen fiilin suç oluşturmadığının, bazı kanuni sebeplerle cezalandırılmaması gerektiğinin veya iddia edilen cezadan daha az ceza ile cezalandırılması gerektiğinin ileri sürülmesidir.⁷ Dar anlamda savunma, savunmanın pasif yönü olarak kabul edilir.⁸

Geniş anlamda savunma, kişilerin, devlet ya da bireyler tarafından maruz kaldığı eylem ve işlemlere karşı hukukun kişilere tanıdığı yasal yollara başvurusu ve yasal imkanlardan faydalanmasıdır.⁹ Geniş anlamda savunma, savunmanın aktif yönü olarak kabul edilir.¹⁰

Adaletin gerçekleşmesi hukuk devletinin en temel unsuru olan adil yargılanmaya, yargılamanın vazgeçilmez unsuru olan savunma hakkının etkin bir

⁴ FOUCAULT, Michel, *Hapishanenin Doğuşu*, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Ankara, İmge Yay., 1992, s. 49; EREM, Faruk, “Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1990/2, s. 210; AKGÖNENÇ, “Savunma Tarihi Üzerine Düşünceler”, s. 18.

⁵ FOUCAULT, *Hapishanenin Doğuşu*, s.49; EREM, “Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi”, s. 210; ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 5.

⁶ AKGÖNENÇ, “Savunma Tarihi Üzerine Düşünceler”, s. 18.

⁷ BOZDAĞ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, s. 8; YÜCE, Turhan Tufan, “Alman-Türk Ceza Muhakemeleri Usulünde Savunma Hakkı (1)”, *Adalet Dergisi*, C. LI, S. 11-12, 1960, s. 1017; DEMİRBAŞ, Timur, “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, *Sahir Erman’a Armağan*, İstanbul, Alfa Yay., 1999, s. 192; ZAFER, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s. 509; FEYZİOĞLU, Metin, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Ankara, Yetkin Yay., 2002, s. 203-205; ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖZBEK, Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Bası, Ankara, Seçkin Yay., 2002, s. 329.

⁸ DIVRAK, KILIÇ, “Savunma Hakkı”, s. 50.

⁹ ZAFER, Hamide, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Beta Yay., 2013, s. 510.

¹⁰ ERGÜL, Teoman, “Savunmanın Teori ve Uygulanması”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1990, S. 4, s. 591.

şekilde kullanılmasına bağlıdır.¹¹ Savunma hakkı, devlet dahil herkese karşı ileri sürülebilen, bireylerin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez mutlak bir haktır.¹² Savunma hakkı bu denli önemli olması sebebiyle uluslararası insan hakları belgelerinde ve anayasalarda yerini almaya başlamıştır.

Ülkemiz ve diğer devletler için önemli bir belge niteliğinde olan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde; *“Bir suç işlemekten sanık herkes, savunması için kendisine gerekli tüm güvencelerin sağlanmış olduğu açık bir yargılamada yasal yoldan suçlu olduğu tespit edilmedikçe suçsuz sayılır.”*¹³ ifadesiyle savunma hakkının önemine vurgu yapılmıştır. Uluslararası belge niteliği taşıyan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin de 6. maddesinde; *“Her sanık, kendi kendisini savunmak veya kendi seçeceği bir müdafinin ya da bir müdafî tutmak için gerekli mali imkanlardan mahrum bulunuyorsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa mahkeme tarafından ücretsiz olarak tayin edilecek bir müdafinin yardımından yararlanma ve savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma hakkına sahiptir.”*¹⁴ denilerek savunma hakkının önemine dikkat çekilmiş ve ceza muhakemesinde savunma hakkının vazgeçilmezliğine vurgu yapılmıştır.

İslam'da İnsan Hak ve Hürriyetleri Beyannamesi'nin 4. maddesindeki; *“Her fert, şariat önünde hak arama hürriyetine sahiptir ve sadece İslâm hukuku hükümlerine göre yargılanmayı talep etme hakkına haizdir. Her fert, maruz kalacağı zulme karşı kendini müdafaa etme hakkına sahiptir. İmkânları ölçüsünde, başkasının maruz kaldığı zulmü de def etmek, her ferdin vecibesidir. Fertler, haklarını koruyup adaletle muamele edecek ve maruz kalacakları zarar ve zulmü def edecek bir yüksek otoriteye (idare, yasama veya yargı mercileri gibi) müracaat etme hakkına da sahiptir. Müslüman devletreisinin, böyle bir yüksek otoriteyi tesis etmesi ve bu organın bağımsızlığını ve tarafsızlığını temin edecek bütün tedbirleri alması en önemli vazifesidir. Her ferdin, sırf Allah rızası için ve talebe ihtiyaç duymadan (hısbeten lillah), diğer fertlerin ve cemaatin yani kamunun haklarını müdafaa etmesi, hem hakkı ve hem de görevidir. Hiçbir gerekçe ile bir ferdin nefsinin müdafaa*

¹¹ ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 4; DIVRAK, KILIÇ, “Savunma Hakkı”, s. 51; ZAFER, *Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan*, s. 516.

¹² DIVRAK, KILIÇ, “Savunma Hakkı”, s. 54.

¹³ 1984 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, m. 11, (BALCI, Muharrem, SÖNMEZ, Gülden, *Temel Belgelerde İnsan Hakları*, 1. Baskı, İstanbul, Danışman Yay. NO:4, 2001, s. 95).

¹⁴ 1959 tarihli İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) m. 6/3-c,b (BALCI, SÖNMEZ, *Temel Belgelerde İnsan Hakları*, s. 269).

etmesine yani savunma hakkına karşı çıkılamaz ve engellenemez.”¹⁵ ifadesiyle ve 5. maddesindeki; “İslâm’da asıl olan, ferdin suçsuzluğudur. (Bera’et-i zimmet asıldır). Bu hal, kişinin herhangi bir suçtan sanık durumuna düştüğünde de devam eder ve sanık adil bir mahkeme önünde yargılanıp suçu sabit görülünceye kadar sürer. Şer’i bir nass yani bir kanun metni bulunmadan kimse suçlanamaz. Tam kaza yetkisine sahip bir mahkeme önünde, reddedilemez delillerle suçu işlediği sabit olmadıkça, hiç kimsenin suçlu olduğuna hükmedilemez ve herhangi bir cürümden dolayı cezalandırılmaz. Hiçbir halde, cezanın, İslâm Hukukunun suç için çizdiği sınırı tecavüz etmesi caiz değildir. Had cezalarını bertaraf etmek için suçun işlendiği şart ve halleri göz önünde bulundurmak İslâm Hukukunun temel esaslarındandır.”¹⁶ ifadesiyle savunma hakkının önemi vurgulanmıştır.

Ülkemiz bakımından ise, savunma hakkının anayasal metinlerde yerini alması 1876 tarihli Kanuni Esasi ile başlamıştır. Kanuni Esasi’nin 83. maddesinde¹⁷ ve 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun 59. maddesinde¹⁸ savunma hakkına yer verilmiştir. 1961 Anayasası’nın 31. maddesinde de; “Herkes, meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.” ifadesiyle savunma hakkına vurgu yapılmıştır. 1961 Anayasası’na benzer şekilde, 1982 Anayasası’nın 36. maddesinde Kişi Hakları arasında ve Hak Arama Hürriyeti başlığı altında savunma hakkı; “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Hukuk devleti, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin hukuki güvenceye alındığı, devletin de eylem ve işlemlerini hukuk kuralları çerçevesinde gerçekleştirdiği devlet olarak tanımlanır.¹⁹ Hukuk devletinde iddia, savunma ve yargılama olmak üzere üç ayaklı yargı erki mevcuttur. Fakat anayasada iddia ve yargılama makamlarına detaylı olarak²⁰ yer verilmesine rağmen, savunma makamı

¹⁵ <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/belgeler/343.pdf> 06.03.2020 Erişim T.

¹⁶ <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/belgeler/343.pdf> 06.03.2020 Erişim T.

¹⁷ “Herkes huzuru mahkemede hukukunu muhafaza için lüzum gördüğü vesaiti meşruayı istimal edebilir.” (Kanuni Esasi m. 83).

¹⁸ “Herkes, mahkeme huzûrunda hukûkunu müdâfaa için lüzûm gördüğü meşrû vesâiti istimâlde serbesttir.” (Teşkilat-ı Esasiye m. 59).

¹⁹ ERDEMİR, Nevzat, “Hukuk Devleti ve Savunma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1988. s. 81.

²⁰ “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin

ile ilgili tek bir hükme dahi yer verilmemiş ve düzenlenmemiştir.²¹ Anayasanın savunma makamına yer vermemesi savunma hakkı bakımından büyük bir eksikliktir.

Hukuk devletlerinde toplumsal barışın ve adaletin sağlanabilmesi için verilecek olan cezanın adil bir yargılama sonunda verilmesi gerekir. Adil yargılamanın gerçekleşebilmesi için ceza muhakemesinde savunmaya ve savunma makamına gereken önem verilmeli,²² savunma hakkı etkin bir şekilde kullanılmalıdır. Aksi takdirde Faruk Erem'in de dediği gibi "Savunmaya imkan tanınmazsa iddia hüküm olur."²³

Ceza muhakemesinde yargılama, iddianın ileri sürülmesiyle başlar. İddia, iddia makamı tarafından bir kişinin kanunda suç olarak düzenlenmiş bir fiili işlediği şüphesinin öne sürülmesidir.²⁴ İddia makamı tarafından öne sürülen bu iddia, "tezi" oluşturmaktadır.²⁵ Suç şüphesi altında olan kişinin bu teze karşı antitez ileri sürme imkanı mevcut olmalıdır. Aksi takdirde iddia makamının tezi, iddia olmaktan çıkar

kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." (Anayasa m. 138). "Hakimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz. Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır." (Anayasa m. 139). "Hakimler ve savcılar adli ve idari yargı hakim ve savcılar olarak görev yaparlar. Bu görevler meslekten hakim ve savcılar eliyle yürütülür. Hakimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler. Hakim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir. Hakimler ve savcılar altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler; askeri hakimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunda gösterilir. Hakimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, Resmî ve özel hiçbir görev alamazlar. Hakimler ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdırlar. Hakim ve savcı olup da adalet hizmetindeki idari görevlerde çalışanlar, hakimler ve savcılar hakkındaki hükümlere tabidirler. Bunlar, hakimler ve savcılara ait esaslar dairesinde sınıflandırılır ve derecelendirilirler, hakimlere ve savcılara tanınan her türlü haklardan yararlanırlar." (Anayasa m. 140).

²¹ DIVRAK, KILIÇ, "Savunma Hakkı", s. 55; BOZDAĞ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, s. 9

²² BOZDAĞ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, s. 9.

²³ EREM, Faruk, "Savunma Hakkının Kökeni", *Ankara Barosu Dergisi*, 1984, S. 5, s. 691.

²⁴ ZAFER, Hamide, *Faile Yardım Suçu ve Müdafîin Bu Suçtan Sorumluluğu*, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yay., 2004, s. 273; BOZDAĞ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, s. 10.

²⁵ KUNTER, Nurullah, YENİSEY, Feridun, *Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, İstanbul, Beta Yay., 2004, s. 399; YERLİ, Fahrettin Kemal, "Kutsal Bir Hak: Savunma Hakkı", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 78, S. 3, 2004, s. 869, 870; BOZDAĞ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, s. 10; EREM, "Savunma Hakkının Tarihîsel Gelişimi", s. 206.

ve hükme dönüşür. Sami Selçuk'un da dediği gibi “*Ceza muhakemesinde hüküm, hakim(lerin) imzasını taşıyan ve fakat iddia, savunma ve yargılama makamlarında bulunan herkesin katkısıyla oluşan bir ortak yapıdır. Bu nedenle ceza muhakemesinde, bir hükmün otoritesinin, saygınlığının ve bağlayıcılığının sağlanması için savunma makamına da en az iddia makamı kadar imkan verilmesi gerekir. Aksi halde, verilen hüküm kuşkulu olacak ve adalet duygusu zedeleneyecektir.*”²⁶ Hüküm; iddia, savunma ve yargılamanın birlikte ürünü olmalıdır.²⁷ Savunma hakkı ve hak arama özgürlüğünün güvencesi ve vazgeçilmez unsuru ise savunma mesleğinin serbestçe, her türlü baskıdan uzak özgür bir biçimde, yerine getirilmesidir.²⁸

Hiç savunma yapılmaması veya savunma hakkının etkin olarak kullandırılmaması, ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğe ulaşmanın,²⁹ toplumsal barışın ve adaletin sağlanabilmesinin önünde büyük bir engel oluşturacak ve toplumun huzur ve sukununu bozacak vicdanları rahatsız edecektir. Bu nedenle savunma hakkı kapsamında, avukatın hukuki yardımından yararlanma ve yararlanma hakkının korunması hukuk devletinde zorunludur.³⁰

II. AVUKATLIK MESLEĞİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

Bireylerin kendi kendilerini savunmaları insanlık tarihinin başlangıcına kadar giden çok eski bir olgudur.³¹ Arkeolojik eser kalıntılarına bakıldığında bireylerin kendileri dışında biri tarafından savunulmasının yani avukatlık mesleğinin temellerinin M. Ö iki binli yıllara kadar eski bir tarihe dayandığını görmekteyiz.³²

Aşağıda sırasıyla Avrupa'daki ve Türk Hukuku'ndaki avukatlık mesleğinin gelişimi incelenecektir.

²⁶ SELÇUK, Sami, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, 6. Baskı, Ankara, Yeni Türkiye Yay., 2000, s. 114, 115.

²⁷ ZAFER, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, s. 517; DEMİRBAŞ, “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, s. 193; EREM, Faruk, *Meslek Kuralları Şerhi*, Ankara, Ankara Barosu Yay., 1973, s. 39, 40.

²⁸ DIVRAK, KILIÇ, “Savunma Hakkı”, s. 59; ZAFER, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, s. 518.

²⁹ YENİSEY, Feridun, NUHOĞLU, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin Yay., 6. Baskı, 2018, s. 69; GÖKCEN, Ahmet, BALCI, Murat, ALŞAHİN, M. Emin, ÇAKIR, Kerim, *Ceza Muhakemesi Hukuku 1*, Ankara, Adalet Yay., 2. Baskı, 2017, s. 3.

³⁰ ZAFER, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, s. 516.

³¹ DIVRAK, KILIÇ, “Savunma Hakkı”, s. 57.

³² BOZKURT, Argun, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesine Bir Bakış”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2018, S. 4, s.212; DIVRAK, KILIÇ, “Savunma Hakkı”, s. 57.

A. Avukatlık Mesleğinin Avrupa'daki Gelişimi

1. Eski Yunan ve Roma'da Avukatlık Mesleğinin Gelişimi

Avukatlık mesleğinin ortaya çıkmaya ve belirli bir şekil almaya başladığı dönem; yazılı kaynakların yaygınlaştığı ve gelişmiş uygarlıkların kurulduğu dönem olarak kabul edilmektedir.³³ Yani avukatlık mesleğinin temelini, gelişmiş uygarlıklar kuran Eski Yunan ve Roma'ya dayandığı kabul edilmektedir.³⁴ Avukat, kelime manası olarak da Eski Yunanca'da, güzel konuşabilen, ayrıcalıklı anlamlarına gelebilen “Advo-catus” sözcüğünden gelmektedir.³⁵ Tarihteki ilk yazılı savunmanın başlangıcının ise, Sokrates'in meşhur savunması olduğu kabul edilmektedir.³⁶

Eski Yunan'da Solon Kanunları, tarafların bizzat hakim önüne çıkmasını ve savunmalarını tarafların bizzat kendilerinin yapmasını zorunlu kılmıştır.³⁷ Fakat, herkesin kendini ifade etme yeteneğinin aynı olmaması, kişiler arasındaki bireysel farklılıkların davanın gidişatını etkilemesi, haksızlıkların giderilmesi amacıyla kişilerin bizzat savunma yapmaları kuralına istisna getirilmiş ve bir akraba ya da dostlarından yardım almaları mümkün kılınmıştır.³⁸ Dost ve akrabadan yardım almanın ön koşulu ise, yardım edecek kişinin hür ve erkek olmasıdır.³⁹ Sanığa yardımcı olacak bu kişilere ise, “synagore” denilmiştir.⁴⁰ Önceleri dost ve akrabadan oluşan bu kişiler zamanla yetersiz kalmaya başlayınca toplumda iyi söz söyleme yeteneğine sahip, söylediği sözlerle karşısındakini etkileyebilen kişilere talep artmaya başlamıştı. Taleple birlikte ortaya çıkmaya başlayan bu kişiler, sanık, hakim önüne çıkmadan önce savunmayı hazırlayıp, söylenecek her sözü yazılı hale getirip

³³ EREM, “Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi”, s. 206; ÖZTATAR, Hakan, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği ve Sorunları*, (Uzmanlık Tezi, İnönü Üniversitesi SBE), 2011, s. 12.

³⁴ BOZKURT, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesine Bir Bakış”, s. 212.

³⁵ GÜNER, Orhan Seyfi, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birikimler 1*, 2. Bası, İstanbul, Haziran 2013, s. 383; BATTAL, Şener, ERDEM, Nurşen, “Avukatlık Mesleğinin Türkiye’deki Tarihçesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1985, S. 5-6, s. 675; ÖZKENT, Ali Haydar, *Avukatın Kitabı*, İstanbul, Arkadaş Basımevi, 1940, s. 178,179.

³⁶ ÇELİK, Adil Giray, *Tarihte Savunma ve Meslek Kuralları*, Denizli, Basım Ajans Matbaası, 1999, s. 8; GÜNER, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, s. 383.

³⁷ BOZKURT, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesine Bir Bakış”, s. 212; YILMAZ, Ejder, “Bir Meslek Olarak Düünden Yarına Doğru Avukatlık”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1995, C. 44, S. 1-4, s. 193; EREM, “Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi”, s. 206; GÜNER, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, s. 383; ÖZTATAR, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği ve Sorunları*, s. 13.

³⁸ BOZKURT, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesine Bir Bakış”, s.212; EREM, “Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi”, s. 206; ÖZTATAR, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği ve Sorunları*, s. 13.

³⁹ GÜNER, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, s. 383.

⁴⁰ EREM, “Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi”, s. 206.

belirli bir ücret karşılığında ilgili kişiye veriyor ve yazılı savunmayı alan sanık da bu sözleri ezberleyerek hakim karşısına çıkıyordu.⁴¹ Savunmayı önceden hazırlayıp yazılı hale getiren ve ilgililere veren bu kişilere ise, “legographes” denilmiştir.⁴² Legographes’lerin yazdıkları savunmayı yeterince ezberleyemeyen, hakim karşısına çıktığında ezberleri unutan sanıkların ortaya çıkmasıyla birlikte duruşma esnasında sanıkların yanında birinin bulunması ve yardımcı olması fikri yayılmaya başlamış ve bu fikirle birlikte Atina’da ilk baro kurulmuştur.⁴³ Atina’da ilk baronun kurulmasıyla birlikte avukatlık kurumu bugünkü anlamıyla resmiyet kazanmış oldu. Ancak avukatlık yapabilecek kişilere sıkı kurallar getirilmiştir. Esirlerin, anne-babasına karşı saygısızlıktan ceza alan kişilerin, vatan savunması veya bazı hukuki görevleri yerine getiremeyenlerin, ahlaka aykırı iş yapanların, mirasını savurganca harcayanların ve kadınların avukatlık yapması ve baroya kabulleri yasaklanmıştı.⁴⁴

Roma’da da avukatlık yapma hakkı sadece erkeklere verilmiştir.⁴⁵ Romalı avukatlar, hukuk davalarına her başladıklarında doğruluk yemini ederek başlamak zorundaydılar; fakat bu yemin ceza davalarını kapsamazdı.⁴⁶ Avukatın davanın haksızlığını anladığı takdirde davadan çekilme zorunluluğu düzenlenmiş ve bu zorunluluk çekilme hakkının temellerini oluşturmuştur.⁴⁷ Roma’da savunma mesleği imrenilen, saygı duyulan bir onur mesleği olarak kabul edildiği için avukatlar sundukları hizmet karşılığında herhangi bir ücret talep etmez ve almazlardı.⁴⁸ Roma’nın ünlü avukatlarından Ovidus bu durumu “*Güzel kadınların güzelliklerini satmaları ne kadar utanç verici ise bir avukatın yardımını satması da o kadar utanç vericidir.*”⁴⁹ diyerek ifade etmiştir. Roma’da Cincia Yasası çıkarılmış⁵⁰ ve “guato

⁴¹ YILMAZ, “Bir Meslek Olarak Düünden Yarına Doğru Avukatlık”, s.193; GÜNER, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, s. 388.

⁴² EREM, “Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi”, s. 206.

⁴³ GÜNER, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, s. 383.

⁴⁴ ROUSSELET, Marcel, *Adalet Tarihi*, Çev. Adnan Cemgil, İstanbul, Remzi Kitapevi, 1963, s. 17, 18; ADAY, Nejat, *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları*, İstanbul, Beta Yay., 1994, s. 21, 22; YILMAZ, “Bir Meslek Olarak Düünden Yarına Doğru Avukatlık”, s. 193; EREM, “Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi”, s. 206; GÜNER, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, s. 383.

⁴⁵ GÜNER, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, s. 383; EREM, “Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi”, s. 208.

⁴⁶ EREM, “Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi”, s. 209.

⁴⁷ GÜNER, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, s. 383.

⁴⁸ ÖZTATAR, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği ve Sorunları*, s. 14; QİNAMI, Aranit, *Türk Avukatlık Hukukunun Arnavutluk Avukatlık Hukuku ile Karşılaştırılması*, (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE), 2013, s. 4.

⁴⁹ ÇELİK, *Tarihte Savunma ve Meslek Kuralları*, s. 15.

⁵⁰ BOZKURT, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesine Bir Bakış”, s. 213.

litis” yani ücret sözleşmesi yasağı düzenlenmiştir.⁵¹ Ücret sözleşmesinin yasak olarak düzenlenmesinin temel sebebi, avukatın bağımsızlığının korunmasıdır. Avukatlık mesleğinin, ücret alınmadan onur mesleği olarak bağımsızca yapılması, Ciceron ve Cesar gibi avukatların yüksek görevlere gelmesinin yolunu açmıştır.⁵²

Eski Yunan ve Roma döneminden sonra Orta Çağ’da savunma önemini yitirmiş, avukatlık mesleği Roma döneminde kazandığı itibarını kaybetmiş ve önemsiz bir meslek halini almıştır.⁵³ Bu dönemde ceza davalarında savunma hakkı yok sayılıyor, avukatın savunma yapmasına izin verilmiyor, davalarda işkenceyle itiraf alma yöntemi kullanılıyor ve davalar böyle sonuçlandırılıyordu.⁵⁴

Orta Çağ Dönemi, savunma hakkının yok sayıldığı, insanlık onurunun ayaklar altına alındığı ve işkencenin had safhada olduğu insanlık tarihinin en utanç verici dönemlerinden biridir.

2. Fransa’da ve İngiltere’de Avukatlık Mesleğinin Gelişimi

Fransa’da avukatlık mesleğinin tarihi 1200’lü yıllara dayanmaktadır.⁵⁵ Bu tarihlerde Fransa’daki avukatlar duruşmaları sebebiyle birçok farklı şehre gitmiş, bu şehirlere gitmeleri ise, avukatların “*adaletin gezici şövalyeleri*”⁵⁶ diye adlandırılmalarına yol açmıştır. 1327 yılında, avukatların sicilinin tutulduğu bir tablo oluşturulmuş ve buna “*Avukatlık Levhası*” adı verilmiştir.⁵⁷ Avukatlık levhasının ardından 1344 yılında avukatların mesleğe kabulleri, staj kurumu ve avukatların sınıflara ayrılmasıyla⁵⁸ ilgili kurallar kabul edilmiştir. Fransa’daki avukatlar, loncalar halinde örgütlenmeye başlamış ve günümüz baro sisteminin temelini oluşturmuştur. Fransa’daki bu baro sistemi 1789 tarihinde iki avukatın raporu sebep gösterilerek kaldırılmış⁵⁹ fakat Fransız İmparatoru Napolyon döneminde 1810 yılında yeniden

⁵¹ GÜNER, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, s. 384.

⁵² EREM, “Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi”, s. 209.

⁵³ GÜNER, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, s. 384.

⁵⁴ FOUCAULT, *Hapishanenin Doğuşu*, s. 49; EREM, “Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi”, s. 210; ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 5.

⁵⁵ BOZKURT, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesine Bir Bakış”, s. 215.

⁵⁶ PAYEN, Fernand, *Baro Sanat ve Vazife*, Çev. Ali Haydar Özkent, İstanbul, Arkadaş Basımevi, 1935; EREM, “Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi”, s. 211; GÜNER, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, s. 384.

⁵⁷ BOZKURT, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesine Bir Bakış”, s. 215.

⁵⁸ “*Cansillari (müşavirler), Advucati (mahkemede iddia ve savunma yapanlar), Novi (stajyerler)*” Bkz. GÜNER, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, s. 384.

⁵⁹ EREM, “Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi”, s. 211

kurulmuş⁶⁰ ve sürekli gelişme göstermeye devam etmiştir. 1852 ve 1870 yıllarındaki düzenlemeyle baro başkanlarını seçme hakkı elde edilmiş ve 1930’lu yıllarda da bugünkü biçimiyle barolar ortaya çıkmıştır.⁶¹

İngiltere’de 11. yüzyıldan sonra avukatlık mesleğinden bahsedilmeye başlanmıştır. 1400’lü yıllara gelindiğinde ise, İngiltere’de toplam üç avukat loncası mevcuttu ve bu loncalarda mesleğe kabul şartları ayrıntılı olarak düzenlenmişti.⁶²

B. Türk Hukuku’nda Avukatlık Mesleğinin Gelişimi

Türk Hukuku’nda avukatlık mesleğinin tarihsel gelişimi incelenirken Tanzimat öncesi, Tazminat ve sonrası dönem, Meşrutiyet ve Cumhuriyet Dönemi incelenecektir.

1. Tanzimat Öncesi Dönem

Tanzimat öncesi dönemde, Osmanlı İmparatorluğu hukuk sistemini İslam Hukuku’ndan almış ve yüzyıllar boyunca uygulamıştır.⁶³ 5. ve 6. yüzyıllarda biçimlenmeye başlayan İslam Hukukunda, Peygamber Efendimiz (s.a.v) döneminden itibaren yargı teşkilatı geliştirilmiş ve mahkemeler oluşturulmuştur. Bu mahkemelere kaza denmiş ve İslam Hukuku’nun temel kurallarını aldığı İslam Dininin şer’i hükümlerine göre uyuşmazlıklar çözümlenmeye başlanmıştır.⁶⁴ Şer’i hükümlerin tamamını kapsayan şeriat ise, sözlükte “*yol, yordam, yol gösterici*” anlamlarına⁶⁵ gelmekle birlikte, İslam Hukuku’nun ana kaynağı olan Kur’an’da da Peygamberler

⁶⁰ ÖZKENT, *Avukatın Kitabı*, s. 182.

⁶¹ GÜNER, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, s. 385.

⁶² ÖZKENT, *Avukatın Kitabı*, s. 231.

⁶³ AKGÜNDÜZ, Ahmet, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı: Kamu Hukuku (Anayasa – İdare – Ceza – Usul - Vergi – Devletler Umumi)*, İstanbul, Osmanlı Araştırmalar Vakfı, 2011, C. 1, s. 830; KAYA, Köroğlu, “İslam ve Osmanlı Yargılama Hukuku’nda Esbab-ı Mucibe”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Temmuz 2016, S. 2, s. 179.

⁶⁴ CİN, Halil, AKYILMAZ, Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya, Sayram Yay., 2011, s. 168; ÇELİK, *Tarihte Savunma ve Meslek Kuralları*, s. 44; ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 9; BALAK, Müfit-Mert, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi SBE), 2009, s. 21; BATTAL, ERDEM, “Avukatlık Mesleğinin Türkiye’deki Tarihçesi”, s. 676.

⁶⁵ BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 2; ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 33; EKİNCİ, Ekrem Buğra, *İslam Hukuku*, İstanbul, Arı Sanat Yay., 2006, s. 11; DEMİR, Abdullah, *İslam Hukuku*, İzmir, Yitik Hazine Yay., 2015, s. 16; ÜÇÖK, Coşkun, MUMCU, Ahmet, BOZKURT, Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara, Turhan Kitapevi, 12. Bası, 2007, s. 59.

vasıtasıyla bildirilen kurallar anlamına gelmektedir.⁶⁶ Yani İslam Hukuku'nda yargılamayı yapan Halife, şer'i hükümlere göre uyuşmazlıkları çözmek zorundaydı. İslam Hukuku yargı teşkilatının geliştiği, Halifenin yetkilerini devrettiği, kadı tayininin gerçekleştiği dönem ise Hz. Ömer dönemi olmuştur.⁶⁷

Osmanlı İmparatorluğu adli yapısı oluşturulurken, kendisinden önce varlığını sürdürmüş olan Türk ve İslam devletlerinin hukuki kurumlarından etkilenmiş ve bunları bünyesine katmıştır.⁶⁸ Osmanlı İmparatorluğu Şer'i Hukuku'nda; kadı⁶⁹, kazasker ve divan-ı hümayun adli teşkilat yapılanmasının üç temel ayağını oluşturmaktadır.⁷⁰ Osmanlı İmparatorluğu'nda savunma mesleğini yerine getiren bir sınıf da mevcuttu. Bu sınıf, arzuhalciler ve dava vekillerinden oluşmaktaydı.⁷¹ Arzuhalcilik ve dava vekilliği bugünkü anlamıyla bir avukatlık mesleği olmasa dahi İslam Hukuku döneminden beri vekil olan kişilerin tarafların çıkarlarını savunma görevleri vardı.⁷²

Osmanlı devletinde arzuhalciler, resmi kurumlara ya da özel kişilere dilekçe, şikayet kağıdı, ihbarname veya mektup yazıp karşılığında ücret alarak geçimini sağlayan bu işi kendine meslek edinen kimselerdir.⁷³ Savunmanın öneminden ötürü Osmanlı'da arzuhalcilik önemli bir meslek olarak görülmüş ve arzuhalciler de bir ocağa bağlanmıştır.⁷⁴ Bunun üzerine arzuhalcilik yapabilmek için belli koşullar getirilmiştir. Bu koşullardan ilki ruhsat alma zorunluluğuydu.⁷⁵ Ruhsatı alabilmek için ocaktan yetişmek, tecrübeli, güvenilir ve bilgili olmak en önemlisi ise Şer'i

⁶⁶ “Allah, dinden hem Nuh’a tavsiye ettiğini, hem sana vahyettiğini, hem İbrahim’e, Musa’ya ve İsa’ya tavsiye ettiğini, dini doğru tutup ayrılığa düşmeyeziniz diye sizin için şeriat yaptı” (Şura, 13).

⁶⁷ CİN, AKYILMAZ, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 168.

⁶⁸ KAYA, “İslam ve Osmanlı Yargılama Hukuku’nda Esbab-ı Mucibe”, s. 179; CİN, AKYILMAZ, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 169; DEMİR, Abdullah, *Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi*, İstanbul, Hazine Yay., 2010, s. 33.

⁶⁹ İslam hukuku hükümlerine göre yargılama yapan bağımsız otorite. KAYA, “İslam ve Osmanlı Yargılama Hukuku’nda Esbab-ı Mucibe”, s. 180.

⁷⁰ CİN, AKYILMAZ, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 169; BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 3; FENDOĞLU, Hasan Tahsin, *İslam ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı*, İstanbul, Beta Yay., 1. Bası, 1996, s. 119.

⁷¹ GÜNER, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, s. 387; BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 3; BATTAL, ERDEM, “Avukatlık Mesleğinin Türkiye’deki Tarihçesi”, s. 676; ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 53.

⁷² ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 20; CENTEL, Nur , *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, İstanbul, Kazancı Hukuk Yay., 1984, s. 30.

⁷³ BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 4; SAKAOĞLU, Necdet, *Dünden Bugüne İstanbul Ansiklopedisi*, İstanbul, Kültür Bakanlığı ve Tarih Vakfı Ortak Yay., C.1, 1993, s. 335-337; ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 53.

⁷⁴ BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 4.

⁷⁵ BATTAL, ERDEM, “Avukatlık Mesleğinin Türkiye’deki Tarihçesi”, s. 676; BOZKURT, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesine Bir Bakış”, s. 217; ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 53.

Hukuku bilme koşulları aranıyordu.⁷⁶ Arzuhalciler dilekçeleri, kendilerine gelen kişilerin yazdırmak istedikleri konuyu dinler, şer'i hükümler çerçevesinde dilekçe yazma usulüne uygun şekilde konuşma dilinden farklı tarzda⁷⁷ kaleme alırdı. Bu dilekçeler “*Maruz-ı çeker-i kelimeleridir ki*” diye başlayıp “*Ol babda ve katbe-i ahval de emr-ü ferman hazret-i mehlehü-l-emrindir*” şeklinde de sona ermektedir.⁷⁸ Evliya Çelebi de seyahatnamesinde bu sınıftan “*Esnaf-ı Yazıcıyan Dükkan 400, Nefer 500. Bu tayfa ordu ve pazarda, Sadrazam kapısında arzuhal ve mekatip tahrir ederler. Pirleri Kasım İbn-i Abdulkufi'dir. Selman-ı Farisi belini bağladı. Kabri Cidde kurbinde, ceddemiz Hz. Havva yanındadır.*” sözleriyle bahsetmiştir.⁷⁹ Arzuhalcilik Türk Hukuku'nda avukatlık mesleğinin temeli olarak görülmektedir.⁸⁰

Osmanlı İmparatorluğunda arzuhalcilerden başka savunma mesleğini yerine getiren diğer bir sınıf ise, dava vekilleridir. Hukuk davalarında, kadının huzuruna gelmeyen taraf olduğu vakit duruşma yapılamamaktaydı yani, tarafların duruşmada bulunma zorunlulukları vardı.⁸¹ Bu zorunluluk vekil tayini durumunu ortaya çıkarmıştır.⁸² Arzuhalciler bakımından aranan koşulların hiçbirisi dava vekilliği için aranmamaktaydı.⁸³ Dava vekilliği kurumu da bugünkü anlamda avukatlık mesleğinin oluşmasına katkı sağlamıştır.

2. Tanzimat ve Sonrası Dönem

Tanzimat Fermanı ve Islahat Fermanı'nın ilanıyla birlikte Osmanlı'nın ticari, sosyal ve hukuki yaşamında birçok değişiklik meydana gelmiş, Osmanlı yargı teşkilatına yeni kurumlar dahil olmuş ve bu da Osmanlı Devleti için dönüm noktası

⁷⁶ BALAK, *Türkiye'de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 4; YILMAZ, “Bir Meslek Olarak Düünden Yarına Doğru Avukatlık”, s. 196; ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 51; ÖZTATAR, *Türkiye'de Avukatlık Mesleği ve Sorunları*, s. 17; BOZKURT, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesine Bir Bakış”, s. 217.

⁷⁷ Bu tarza “resmi kitabet” denilmiştir. ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 55; GÜNER, Semih, *Avukatlık Hukuku*, Ankara, Yetkin Yay., 2011, s. 73.

⁷⁸ BALAK, *Türkiye'de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 5.

⁷⁹ ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 56.

⁸⁰ GÜNER, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, s. 388; ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 56.

⁸¹ BALAK, *Türkiye'de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 8; ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 58.

⁸² BİLMEN, Ömer Nasuhi, *Hukukî İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, Bilmen Yayınevi, C. 6, 1991, s. 311; ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 58.

⁸³ BALAK, *Türkiye'de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 8.

olmuştur.⁸⁴ Osmanlı halkının can, mal ve namus güvenliği koruma altına alınmış ve Şeriye Mahkemeleri ile birlikte görev yapacak olan Nizamiye Mahkemeleri kurulmuştur.⁸⁵ Osmanlı halkı ve yabancılar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde görev almak üzere ceza davaları ve ticari davalar için mahkemeler kurulması ve mahkemelerdeki usulü belirlemek için ise ceza, ticaret ve usul kanunlarının tercüme edilerek hızla tedvin edilmesi öngörülmüştür.⁸⁶ Bunun üzerine hukuk alanında reform ve kanunlaştırma çalışmaları hız kazanmıştır. Şeriye Mahkemeleri'nin görev alanları oldukça daraltılmış, ceza ve hukuk davalarına bakma görevi ise, nizamiye mahkemelerine devredilmiştir.⁸⁷ Sadece Nizamiye Mahkemesi kurulmamış bunun yanında, Şura-yı Devlet, Meclis-i Tetkikat-ı Şeriye ve Meclis-i Ahkam-ı Adliye de kurulmuştur. 1854 yılında Muallim Hane-i Nüvab'ın⁸⁸ açılmasıyla ve kanunların tedvin edilmesiyle birlikte bazı kanunlarda dava vekilliği ile ilgili hükümlere yer verilmiştir.⁸⁹

Bu kanunlar; 1861 tarihli Usul-i Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi, Dersaadet ve Mülhakat-ı İdare-i Zabita ve Mülkiye Nizamnamesi, 1869 tarihli Ticaret Devai Kalemi Nizamnamesi, Divan-ı Ahkam-ı Adliye Nizamnamesi, 1869 tarihli Şura-yı Devlet Nizamnamesi, 1874 tarihli Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, 1879 tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu, 1879 tarihli Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye'dir.

1861 tarihli *Usul-i Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi*'nde⁹⁰ dava vekilliği ile ilgili maddeler yer almakta ve dava vekilliği ile ilgili olan bu maddeler nizamnamenin 28⁹¹, 29⁹² ve 30⁹³. maddelerinde düzenlenmektedir. Bu maddelerde

⁸⁴ CİN, AKYILMAZ, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 184; ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 62.

⁸⁵ ÖZTATAR, *Türkiye'de Avukatlık Mesleği ve Sorunları*, s. 18; ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 62; AYDIN, Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul, Beta Yay., 5. Bası, 2018, s. 420.

⁸⁶ GÜNER, "Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi", s. 389; BATTAL, ERDEM, "Avukatlık Mesleğinin Türkiye'deki Tarihçesi", s. 676.

⁸⁷ ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 62; CİN, AKYILMAZ, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 184.

⁸⁸ Şer'i hukuk alanında eğitim verilen yüksek okul.

⁸⁹ BALAK, *Türkiye'de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 12; ÖZTATAR, *Türkiye'de Avukatlık Mesleği ve Sorunları*, s. 18.

⁹⁰ ESİRGİN, Seda, "Tanzimattan Cumhuriyete Avukatlık", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 63, 2014, S. 4, s. 741.

⁹¹ "tarafeyn mahkemeye bizzat gelmeğe veyahut vekaleti mutebere itasile vekil irsal eylemeğe mecbur bulunacaklardır" (m. 28), Bkz. ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 68.

⁹² "Vekâletname müdafadan evvel mahkeme başkâtibine ibraz olunup tarafından görülmüştür deyu bilâ harç şerh verilmek lâzımdır" (m. 29), Bkz. ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık*

tarafının mahkemede kendilerini bizzat temsil etmeleri ya da vekil tayin etmelerinin zorunlu kılındığı, vekil tayininin şartları ve vekaletnamenin ibraz şekline vurgu yapılmıştır.⁹⁴

*Dersaadet ve Mülhakat-ı İdare-i Zabıta ve Mülkiye Nizamnamesi'nin*⁹⁵ 76, 77 ve 78. maddelerinde cinayet davalarında dava vekilliği, vekaletnamenin şartları ve bunun ibrazına dikkat çekilmiştir.⁹⁶

1869 tarihli *Ticaret Devai Kalemi Nizamnamesi'nin* 4. maddesinde⁹⁷ arzuhalcilerden bahsedilmiş ve tarafların mahkemeye yazılı başvurusu halinde arzuhalcilerden yardım alabileceği, dilekçelerin arzuhalciler tarafından yazılabileceğine dair hükme yer verilmiştir.⁹⁸

Divan-ı Ahkam-ı Adliye Nizamnamesi'nin 28. maddesinde⁹⁹ vekilin bir üst mahkemeye dilekçe yoluyla başvurusu düzenlenmiştir.¹⁰⁰

1869 tarihli *Şura-yı Devlet Nizamnamesi'nin* 6. maddesinde¹⁰¹ ilgili kişinin davaya gidememesi halinde dairenin kabul edebileceği şartlara sahip bir vekilin görevlendirilebileceği kabul edilmiştir.¹⁰² 1874 tarihli Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, İslam Hukuku yargılama kurallarının derlemesi sonucunda meydana gelmiştir.¹⁰³ Mecellenin, vekalet kitabı olarak da geçen 11. bölümünde vekalet ile alakalı 81

Kurumunun Gelişimi, s. 68.

⁹³ “Hiçbir kimse muteber vekâletnameyi hâmil olmadıkça ve yahut mahkeme huzurunda tarafeynden biri canibinden tevkil kılınmadıkça vekâlet edemez” (m. 30), Bkz. ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 68.

⁹⁴ BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 13; BATTAL, ERDEM, “Avukatlık Mesleğinin Türkiye’deki Tarihçesi”, s. 677.

⁹⁵ BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 13.

⁹⁶ BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 13.

⁹⁷ “Devairi müteaddideye arzuhal takdim edecek kimselerden istek edenler arzuhal yazdırmak ve hasılatı kendilerine ait olmak üzere deavi kalemi maiyetinde arzuhalci esnafından müntehap iki kimse bulunacaktır.” (m. 4), Bkz. ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 68.

⁹⁸ ÖZKENT, *Avukatın Kitabı*, s. 38.

⁹⁹ “Bir i’lamin temyizi veyahut da’vanın istinafi için istad’a olunabilmesi i’lamin tebliği tarihinden i’tibaren yüz yirmi gün zarfında makbul olub bu mahal inkızasından sonra sakat olur”, “Şerâit-i muharrere ifa olunduktan sonra sahib istad’a yahud vekili 26. maddede muharrer müddet kanuniyyenin inkızasından i’tibara nihayet altmış gün zarfında li-ecli’l muhakeme dersi’adete gelerek tarih vürudunu Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye evrak odasına kayd ettirmek üzere Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye nezaretine bir mezkûre takdimine mecburdur.” (m. 28), Bkz. ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 70.

¹⁰⁰ ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 71.

¹⁰¹ “Muhakemat dairesinde havale olunan bir davanın esnayı rüyetinde esbabı zaruriyeye mebni asıl müddei mahkemeye gelmediği takdirde dairenin kabul edeceği sıfatta tarafından bir vekil tayin edilmesi caiz olacaktır.” (m. 6), Bkz. ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 71.

¹⁰² BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 14.

¹⁰³ ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 77.

maddeye yer verilmiş ve bunlar detaylı olarak açıklanmıştır.¹⁰⁴ Mecelle'nin 1449. maddesinde¹⁰⁵ de vekil ve müvekkil kavramlarının tanımı yapılmıştır.

1879 tarihli *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu'nun* 249. maddesinde¹⁰⁶ zorunlu müdafilik kurumuna yer verilmiş, bu da Türk avukatlık mesleğinin önemli düzenlemeleri arasına girmiştir.¹⁰⁷ Bu Kanun'un 250. maddesinde kimlerin vekil olabileceği¹⁰⁸ ve 264. maddesinde ise, mahkeme başkanının vekile usulü hatırlatmada bulunması gerektiği düzenlenmiştir.¹⁰⁹

1879 tarihli *Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu'nun* 16,¹¹⁰ 41¹¹¹ ve 42.¹¹² maddelerinde vekil terimi kullanılmış ve düzenlemeler yapılmıştır.¹¹³

Yapılan düzenlemelere bakıldığında Osmanlı İmparatorluğu'nun Tanzimat döneminden, 1908 Meşrutiyetin ilanına kadar ceza ve hukuk davalarında savunma mesleği ile alakalı olarak birçok kanunda detaylı düzenlemelere yer verildiğini ve savunma kurumunun ön plana çıkarıldığını görmekteyiz.

¹⁰⁴ CİHAN, "Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi", *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, 2011, S. 29, s. 103; ESİRGİN, "Tanzimattan Cumhuriyete Avukatlık", s. 742; BOZKURT, "Avukatlık Mesleğinin Tarihçesine Bir Bakış", s. 220.

¹⁰⁵ "Vekalet bir kimse işini başkasına tefviz etmek ve ol işde anı kendi yerine ikame eylemektir. Ol kimseye müvekkil ve yerine ikaame eylediği kimesneye vekil ve ol işe müvekkil-ün-bih denilir." (m. 1449), Bkz. ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 79.

¹⁰⁶ "Mütteheme müdafa'atında mu'avenet etmek üzere bir vekil intihabı teklif ve intihab etmediği halde mahkeme tarafından derhal bir vekil ta'yin olunacak ve tayin olunmadığı halde mu'amelat-ı müte'akibe keenlemyekun hükmünde tutulacaktır. Müttehem bir vekil ta'yin ettiği halde mahkemenin intihabı keenlemyekun hükmünde tutulacağı gibi âdem-i intihab esnasında vak'i olan mu'amelat dahi mu'teber tutulacaktır." Bkz. ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 84.

¹⁰⁷ BALAK, *Türkiye'de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 15.

¹⁰⁸ ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 84.

¹⁰⁹ ÖZKENT, *Avukatın Kitabı*, s. 57.

¹¹⁰ "Arzuhalde yazıldığı gün ve ay ve sene tarihleri ve müdde'i ile müdde'i'aleyhin isim ve şöhrat ve san'at ve mahal ikameti ve tarafından biri teba'a-i Devlet-i 'Aliyeden olmadığı takdirde hangi devlet teba'asından bulunduğu ve da'vanın hülasası tahrir olunmak ve 'arzuhalin ziri sahib istad'a tarafından imza veya temhir kılınmak ve 'arzuhal varaka-ı sahiha üzerine yazılmış bulunmak lazım gelir vekil imzasile dahi arzuhal takdim olunmak caiz olup fakat vekâlet senedini hâmil olması ve hasenedi musaddak vekil olduğunu imzasında tahrir etmesi lâzım gelir" (m. 16), Bkz. ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 87.

¹¹¹ "müdde'i ve müdde'i'aleyhden her biri mahkemeye bi'z-zat gelmeğe veya bir mahkemeden veya bir mahkeme-i de'avi kaleminden musaddak vekâletname i'tasıyla vekil göndermeğe veya vekil edeceği kimse ile birlikde gelüb vekâletetini tescil etdirmeye mecburdur" (m. 41), Bkz. ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 88.

¹¹² "bir mahkemede muhakemeye tevkil olunan kimsenin vekâleti ol mahkemenin nihayet kararının tefhimine kadar mu'teber olup i'tiraz 'ale'l-hüküm ve istinaf ve i'ade-i muhakeme ve temyiz istid'alarına dahi vekil olduğu veya her da'vanın son dereceye kadar muhakemesine me'zûn bulunduğu veya her vechle vekil mufavvaz ve murahhas iduği vekâletnamesinde musarraha olmadıkça muhakematın her bir derecesinde kabul olunamaz" (m. 42), Bkz. ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 88.

¹¹³ BALAK, *Türkiye'de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 15.

3. Meşrutiyet Dönemi

1908 Meşrutiyetin ilanından sonraki dönemde de vekillik ile alakalı düzenlemeler yapılmış ve bu düzenlemelerde doğrudan ya da dolaylı olarak vekillik kavramına yer verilmiştir. Meşrutiyet yönetimi tarafından yapılacak düzenlemelerin bu tarihten sonra “tüzük” olarak kabul edileceği kararlaştırılmıştır.¹¹⁴ 125 dava vekili katılımıyla Divanyolu’ndaki Arif’in Kıraathanesi denilen mekanda toplanılmış ve savunma mesleğinin gereken önemi kazanması için birtakım kararlar alınmıştır.¹¹⁵ Bu kararlar kısaca şu şekildedir;

“a) Toplum içinde dava vekilleri hakkında oluşan kötü düşünceleri ortadan kaldırmak, en kutsal haklardan olan savunma hakkını halka anlatmak,

b) Kanuni ve ahlaki yönden nitelsiz insanların mahkemelere kabullerine engel olmak ve bu konuda resmi makamları uyarmak,

c) Hukuk mektebi mezunlarına basit bir sınav neticesi ruhsatname vermek,

d) Dava vekilleri ile ilgili bir levha düzenlemek.”¹¹⁶

Bu kararlardan dava vekilleri levhası düzenlemek ile alakalı olan hemen hayata geçirilmiş ve 1939 yılına kadar İstanbul Barosu levhasını oluşturacak olan levhaya toplantıdaki 125 vekil kaydedilmiştir.¹¹⁷

Meşrutiyet döneminde vekillik ile ilgili yapılmış düzenlemeleri şu şekilde sıralayabiliriz; 1909 tarihli Dava Vekilleri Hakkında Kanun-ı Muvakkat¹¹⁸, 1913 tarihli Sulh Hakimleri Hakkında Kanun-ı Muvakkat¹¹⁹, 1915 tarihli Mehakim-i Şer’iye de İcrayı Vekalet Edebilecekler Hakkında Kanun¹²⁰, 1916 tarihli Memaliki Osmaniye’de Bulunan Ecnebilerin Hukuk ve Vezai Hakkında Kanun-ı Muvakkat,¹²¹ 1919 tarihli Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında

¹¹⁴ BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 16; GÜNER, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, s. 391; BATTAL, ERDEM, “Avukatlık Mesleğinin Türkiye’deki Tarihçesi”, s. 678.

¹¹⁵ BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 16; GÜNER, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, s. 391; BOZKURT, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesine Bir Bakış”, s. 221.

¹¹⁶ GÜNER, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, s. 391; BATTAL, ERDEM, “Avukatlık Mesleğinin Türkiye’deki Tarihçesi”, s. 678; BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 17; ÖZKENT, *Avukatın Kitabı*, s. 65; BOZKURT, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesine Bir Bakış”, s. 221.

¹¹⁷ BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 17; ÇELİK, *Tarihte Savunma ve Meslek Kuralları*, s. 57.

¹¹⁸ ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 114.

¹¹⁹ ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 114.

¹²⁰ ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 116.

¹²¹ ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 116.

Nizamname,¹²² 1921 tarihli Dava Vekaleti Ruhsatnamesi İstihsaline Dair Nizamnamedir¹²³.

1909 tarihli *Dava Vekilleri Hakkında Kanun-ı Muvakkat*,¹²⁴ bu geçici kanundaki düzenlemenin 1. maddesi,¹²⁵ yabancı hukuk okullarını bitiren kişilerin durumlarını, bu kişilerin Osmanlı'da ruhsat alabilmesi için en az üç yıl Türk mahkemelerinde görev yapması ve bu görevin belirli sayıda kişilerce onanması gerektiğini belirtmiştir.¹²⁶ 2. maddesinde¹²⁷ anılan hükme göre ise, yabancı hukuk okullarını bitirip 1. maddedeki şartları sağlayan kimselerin girecekleri sınavı, sınav şeklini ve süresini düzenlemektedir.¹²⁸

1913 tarihli *Sulh Hakimleri Hakkında Kanun-ı Muvakkat*,¹²⁹ bu Kanunun 94. maddesinde¹³⁰ baroya kayıtlı olmayan vekillerin durumu düzenlenmiş, baroya kayıtlı olmayan ya da oturduğu bölgedeki baroya kayıtlı olmayan vekillerin vekillik yapamayacakları hükmüne yer verilmiştir.¹³¹

¹²² ESİRGİN, “Tanzimattan Cumhuriyete Avukatlık”, s. 744

¹²³ ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 117.

¹²⁴ ESİRGİN, “Tanzimattan Cumhuriyete Avukatlık”, s. 744; ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 114.

¹²⁵ “Mekâtib-i Hukukiye-i Ecnebiyeden me’zun olarak mehakim-i Osmaniye’de lâakal üç seneden beri iffet ve istikamet dairesinde müstemirren icrayı vekâlet etmekte olduklarını ve saiki lâzime ve ruhsatnameli vekillerden on zat ve üç mahkeme re’isinin şahadet-i tahririyesiyle ve Türkçe ifade-i merama ve evrak-ı adliyye tanzimine iktidarını da’va vekilleri cemiyeti daimesince müntehab bir hey’eti mümeyyize huzurunda ve bir sene zarfında bi’limtihan isbat eden da’va vekilleri cem’iyet-i mezkûrenin tasdiknamesi üzerine ruhsatname istihsal edebilirler.” Bkz. ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 114.

¹²⁶ GÜNER, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, s. 391; BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 17; YILMAZ, “Bir Meslek Olarak Düünden Yarına Doğru Avukatlık”, s. 197.

¹²⁷ “Mekâtib-i hukukiyeden me’zun olmayub fakat üç seneden beri iffet ve istikamet dairesinde ve müstemirren Dersa’adetde icrayı vekâlet etdiklerini madde-i sabıka vechle isbat edenler işbu mevadd-ı nizamiyenin tarih-i neşrinden i’tibaren nihayet bir sene zarfında bi’limtihan ruhsatname alabilirler. Şu kadar ki bunların imtihanı mekteb-i hukuk heyet-i mu’allimine cem’iyeti daimededen iki zatın iltihakıyla ve amelî bir tarzda icra edilecek ve bundan dolayı bir gûna resim ve harç alınmayacaktır. Tâlib-i imtihan oldukları tahakkuk edenler netice-i imtihana kadar dahi nizamname ahkâmına tâbi olmak şartıyla ifayı vekâlete me’zun olacaklardır.” Bkz. ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 115.

¹²⁸ GÜNER, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, s. 391; ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 115; BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 17.

¹²⁹ ESİRGİN, “Tanzimattan Cumhuriyete Avukatlık”, s. 744.

¹³⁰ “muntazaman da’va vekilleri cem’iyetleri teşekkül eden mahallerde da’va vekili ikamesi ca’iz olub cem’iyet teşekkül etmeyen yerlerde da’va vekili kabul olunmaz.” Bkz. ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 115.

¹³¹ BATTAL, ERDEM, “Avukatlık Mesleğinin Türkiye’deki Tarihçesi”, s. 678; BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 17.

1915 tarihli *Mehakim-i Şer'iye de İcrayı Vekalet Edebilecekler Hakkında Kanun*¹³², bu Kanuna göre Şeriye Mahkemeleri'nde vekillik yapabilmek belli şartların varlığına bağlı kılınmış ve bu şartlara yer verilmiştir.

1916 tarihli *Memaliki Osmaniye'de Bulunan Ecnebilerin Hukuk ve Vezaiifi Hakkında Kanun-ı Muvakkat*¹³³ adlı geçici bir kanun çıkarılmış ve bu Kanun'un 1. maddesine¹³⁴ göre, Osmanlı devletinde yaşayan yabancılar, Türk vatandaşlarına tanınan siyasi haklardan yararlanamayacak ve avukatlık yapamayacaklardır. Böylelikle avukatlık mesleği Türk vatandaşlarına özgülenmiştir.¹³⁵

1919 tarihli *Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname'sinde*,¹³⁶ mahkemelerin gerekli gördüğü durumlarda geçici olarak dava vekillerinin, vekillik görevini yasaklayabileceği ve bu karar üzerine vekillerin itiraz edebilecekleri, itiraz mercii ve süresi düzenlenmiştir.¹³⁷

1921 tarihli *Dava Vekaleti Ruhsatnamesi İstihsaline Dair Nizamname'sinin*¹³⁸ 1,¹³⁹ 2¹⁴⁰ ve 5. maddelerinde,¹⁴¹ ruhsatname almaksızın vekillik görevinin yapılamayacağına ve rusatname alabilmenin şartlarına ayrıntılı olarak yer verilmiştir.¹⁴²

Meşrutiyet dönemi düzenlemelerine bakıldığında, Tanzimat dönemi düzenlemelerine benzer şekilde olduğu fakat daha ayrıntılı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.

¹³² ESİRGİN, "Tanzimattan Cumhuriyete Avukatlık", s. 744.

¹³³ ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 116.

¹³⁴ *memalik-i Osmaniye'de bulunan ecnebiler Kanun-ı Esasî ile kavanin-i sairenin Osmanlılara bahs ettiği hukuk-ı siyasiyye ve belediyeden istifade edemezler isede kavanin ve nizamat Devlet-i Aliye ile teba'a-i Osmaniye'ye hasredilmeyen hukuk-i hususiyeden müstefid olurlar.*" Bkz. ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 116.

¹³⁵ BALAK, *Türkiye'de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 18; GÜNER, "Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi", s. 391; BATTAL, ERDEM, "Avukatlık Mesleğinin Türkiye'deki Tarihçesi", s. 678.

¹³⁶ ESİRGİN, "Tanzimattan Cumhuriyete Avukatlık", s. 744.

¹³⁷ BALAK, *Türkiye'de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 18; ÖZKENT, *Avukatın Kitabı*, s. 50.

¹³⁸ ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 117.

¹³⁹ "Bi'l- îmum mehakimde dava vekâleti icra etmek isteyenler ruhsatname istihsaline mecburdur." Bkz. ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 117.

¹⁴⁰ "İşbu Nizamnamenin neşrinden sonra ruhsatnamesiz icrayi vekâlet memnudur." Bkz. ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 117.

¹⁴¹ "dava vekili imtihanına dâhil olmak veyahut ruhsatname almak isteyenler; yirmi yaşını ikmal etmiş ve hüsnühal ashabından olup cünha ile mahkûm olmamış tebeai Devleti Aliyeden bulunmuş olduklarını ve açıkta memurinden ise sabıkan bulunduğu memuriyetlerde zimmet ve ilişkileri olmadığını vesaiki resmîye ile ispat etmeleri şarttır." Bkz. ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 118.

¹⁴² BATTAL, ERDEM, "Avukatlık Mesleğinin Türkiye'deki Tarihçesi", s. 679.

4. Cumhuriyet Dönemi

Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasıyla birlikte yeni bir hukuk sistemi oluşturulmuş ve tekli hukuk sistemine geçiş sağlanmıştır. Türk hukuk sisteminin batılılaşma sürecine girmesiyle birlikte Kıta Avrupası Hukuk Sistemi benimsenmiştir. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminin benimsenmesiyle Türk hukuku'nda kanunlaştırma çalışmaları hız kazanmış ve uygun değişiklikler iktibas edilmiştir. Yapılan bu değişiklikler arasında savunma mesleği de yerini almıştır. Savunma mesleği ile ilgili yapılan düzenlemeleri şu şekilde sıralayabiliriz; 1924 tarihli 640 sayılı Muhamat Kanunu, 1938 tarihli 3499 sayılı Avukatlık Kanunu, 1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ve 4667 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerdir.

a. 460 Sayılı Muhamat Kanunu Dönemi

Tanzimat ve Meşrutiyet dönemlerinde her ne kadar savunma mesleği ve avukatlık ile ilgili düzenleme yapılmış olsada, Avukatlık mesleği bağımsız bir meslek halini alamamıştır.¹⁴³ 1900'lü yılların başlarında da kişiler arasında avukat kelimesi kullanılıyor olsada, resmi olarak yabancı bir kelime olan avukatın kullanımı tercih edilmiyor ve muhami kelimesi kullanılıyordu.¹⁴⁴ Cumhuriyetin kurulmasının yeni hukuk sisteminde getirdiği değişikliklerle birlikte 3 Nisan 1924 tarihinde 460 sayılı Muhamat Kanunu (Avukatlık Kanunu) kabul edilmiş oldu. Bu kanunun kabul edilmesinde baroya kayıtlı milletvekillerinin etkisi büyük olmuştur.¹⁴⁵ Bu etki sayesinde, 17 maddeden oluşan bu kanun, avukatlığı bir meslek haline getirmiş, avukat ve baro kavramlarına da ilk kez yer verilmiştir.¹⁴⁶

Muhamat Kanunu, adını “*koruyan, savunan, himaye altına alan*” anlamlarına gelen muhami kelimesinden almaktadır.¹⁴⁷ Muhamat Kanunu'nun 1. maddesinde muhami kelimesinin tanımı yer almaktadır. Bu tanıma göre muhami, “*Bilumum hukuki meselerle başvuranlara sözlü ve yazılı görüş bildiren, dilekçe veren her nevi*

¹⁴³ ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 118; ÖZTÜRK, Müge Vatansever, “Osmanlı Devleti'nde Avukatlık (Dava Vekilliği) Kurumu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, Ekim 2018, S. 146, s. 52.

¹⁴⁴ YILMAZ, “Bir Meslek Olarak Düenden Yarına Doğru Avukatlık”, s. 197; BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 29.

¹⁴⁵ ÖZKENT, *Avukatın Kitabı*, s. 645.

¹⁴⁶ ÖZTATAR, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği ve Sorunları*, s. 21; BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 29; BATTAL, ERDEM, “Avukatlık Mesleğinin Türkiye’deki Tarihçesi”, s. 679; GÜNER, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, s. 394.

¹⁴⁷ BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 29.

evrakı düzenleyip mahkemeler, hakemler, tüm daire ve meclisler huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hukuku vekaleten takip, dava ve savunmayı meslek olarak yürütenler”¹⁴⁸ şeklinde ifade edilmiştir. Yani 460 sayılı Muhamat Kanunu’na günümüzdeki anlamıyla bakıldığında, Avukatlık Kanunu olduğu görülecektir. Muhamat Kanunu’nda avukatlık staj süresi, staj şekli, avukatlık yapılabilecek yerler ve avukat olmanın şartları¹⁴⁹ ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.¹⁵⁰ Bunun yanı sıra kanunun 3 ve 5. maddelerinde de baro kavramına ve baronun oluşumuna dair düzenlemelere yer verilmiştir.¹⁵¹ Bu düzenlemelerden sonra kanunun geçici maddesi uyarınca, 1876 tarihli Nizamname gereğince dava vekilleri kurulmuş olan mahallerde, vekillerin kanuni şartları taşıyıp taşımadığının incelenmesine karar vermek üzere bir Tefrik Meclisi’nin kurulacağı düzenlenmiştir.¹⁵² Bu düzenlemede, Tefrik Meclisi’nin şartları taşımadığına karar verdiği vekillerin, levhadan silineceği ve vekillik görevlerine son verileceği belirtilmekteydi.¹⁵³ Bu hüküm uygulamaya konmuş ve hüküm gerekçe gösterilerek 960 dava vekilinden 473’ünün levhadan silinmesine ve vekillikten çıkarılmasına karar verilmiştir.¹⁵⁴

- 1926 yılında 460 sayılı Muhamat Kanunu 708 sayılı yasa ile değişikliğe uğramış ve kanunun 1. maddesiyle “muhami” terimi yerine avukat; “muhamat” terimi yerine ise, avukatlık terimlerinin kullanılması gerektiği düzenlenmiş ve 708 sayılı yasa “Avukatlık Kanunu” adını almıştır.¹⁵⁵
- 1926 tarih ve 143 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle birlikte hukuk fakültesinden mezuniyetin ardından avukatlık stajı yapılacağı kabul edilmiştir.¹⁵⁶

¹⁴⁸ BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 30.

¹⁴⁹ “1- Türk vatandaşı olmak, 2- Cinayet işleyen veya namus bozan ve kabahatten ağır bir suç ile mahkûm veya herkesçe bilinen bir şöhrati olmamak, 3- Hukuk Fakültesi’ni bitirmek veya yabancı Hukuk Fakültesi’nden mezun olmakla birlikte Hukuk Fakültesi programlarına göre fark derslerini verip eşdeğerlik belgesi almak, 4- Üç yıllık bir süre ile cinayet mahkemesinde staj yapmak.” BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 30.

¹⁵⁰ BATTAL, ERDEM, “Avukatlık Mesleğinin Türkiye’deki Tarihçesi”, s. 679; ÖZTATAR, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği ve Sorunları*, s. 21.

¹⁵¹ KUNTMAN, Osman, “Türkiye’de Avukatlık Mesleğinin, İstanbul Barosunun Tarihçesi ve Yabancıların Kurduğu Baro”, *İstanbul Barosu dergisi*, 1988, S. 4-5-6, s. 262.

¹⁵² GÜNER, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, s. 394.

¹⁵³ BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 31.

¹⁵⁴ İNANICI, Haluk, “Cumhuriyet Türkiye’sinde Bir Meslek Avukatlık”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2000, S. 7-8-9, s. 821; GÜNER, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, s. 394.

¹⁵⁵ ÖZTATAR, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği ve Sorunları*, s. 21; BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 31.

¹⁵⁶ BATTAL, ERDEM, “Avukatlık Mesleğinin Türkiye’deki Tarihçesi”, s. 679.

- 1926 tarih ve 941 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle de mesleklerinden istifa ederek ayrılan hakimlerin istifa ettikleri bölgede, istifa tarihinden itibaren iki yıl süreyle avukatlık yapamayacakları düzenlenmiştir.¹⁵⁷
- 11 Nisan 1928 tarihli 1220 sayılı Kanun'la, Muhamat Kanunu'nda disiplin cezaları ve itiraz yollarını düzenleyen değişikliklere yer verilmiştir.¹⁵⁸
- 20 Nisan 1929 tarih ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 137, 138 ve 440. maddeleri müdafiliğe ve müdafinin kimlerden oluşacağına yer vermiştir.¹⁵⁹
- 1928 tarih ve 1263 sayılı Kanun-ı Evkaf ve 1929 tarihli 1389 sayılı Devlet Davalarını İntaç Eden Avukat Vesaire Verilecek Ücret-i Vekalet Hakkında Kanun'da, avukatların ücret hakkına ilişkin detaylı düzenlemelere yer verilmiştir.¹⁶⁰
- 1933 tarih ve 2265 sayılı Kanunla hazine avukatlarına, yasaklı olduğu davalara ve cezai yaptırımlara yer verilmiştir.¹⁶¹

b. 3499 Sayılı Avukatlık Kanunu

Muhamat Kanunu'nun yetersiz kalması sebebiyle Almanya, Belçika, Bulgaristan ve İngiltere gibi ülkelerden de etkilenilerek 1938 tarihli 3499 sayılı Avukatlık Kanunu hazırlanmıştır.¹⁶² 1969 tarihine kadar yürürlükte kalan bu Kanun'un kabulü ile 460, 708, 944 ve 1220 sayılı Kanunlar yürürlükten kaldırılmıştır.¹⁶³ 1938 tarihli 3499 sayılı Kanun'da; avukatlık mesleğine kabul ve staj, avukatların hak ve vazifeleri, avukatlık levhası, adli müzaheret ve avukatlık ücreti, barolar, disiplin işlemleri ve meslek sigortası konuları düzenlenmiştir.¹⁶⁴

3499 sayılı Kanun'un en çok tartışılan konusu ise, avukatlık mesleğinin serbest meslek mi kamu hizmeti mi olduğu konusu olmuştur. Yasa avukatlık

¹⁵⁷ ÖZTATAR, *Türkiye'de Avukatlık Mesleği ve Sorunları*, s. 21; BATTAL, ERDEM, "Avukatlık Mesleğinin Türkiye'deki Tarihçesi", s. 679.

¹⁵⁸ BALAK, *Türkiye'de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 31.

¹⁵⁹ BATTAL, ERDEM, "Avukatlık Mesleğinin Türkiye'deki Tarihçesi", s. 680; ÖZTATAR, *Türkiye'de Avukatlık Mesleği ve Sorunları*, s. 22.

¹⁶⁰ ÖZTATAR, *Türkiye'de Avukatlık Mesleği ve Sorunları*, s. 22.

¹⁶¹ ÖZTATAR, *Türkiye'de Avukatlık Mesleği ve Sorunları*, s. 23.

¹⁶² BALAK, *Türkiye'de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 32.

¹⁶³ ÖZTATAR, *Türkiye'de Avukatlık Mesleği ve Sorunları*, s. 23; BATTAL, ERDEM, "Avukatlık Mesleğinin Türkiye'deki Tarihçesi", s. 680.

¹⁶⁴ KUNTMAN, "Türkiye'de Avukatlık Mesleğinin, İstanbul Barosunun Tarihçesi ve Yabancıların Kurduğu Baro", s. 26.

mesleğini kamu hizmeti olarak kabul etmiş ve avukatı tanımlarken “*mahkemelere yardım eden, haklı işleri savunan, haksızlıkları geri iten ve devletin gördüğü işten bir kısmını gören*”¹⁶⁵ diye bahsetmiştir. Kanun’un avukatlık mesleğini kamu hizmeti olarak kabul etmesinin yanı sıra, avukatın büro açarak serbest çalışma hakkına sahip olduğu da vurgulanmıştır.

Avukatlık stajıyla alakalı geniş düzenlemelere yer veren 3499 sayılı Kanun’da avukatlık staj süresinin ilk bir yılı avukat yanında, devam eden ikinci yılı mahkemede olmak üzere iki yıl olacağı belirtilmiştir.¹⁶⁶ Staj bitiminden sonra ise, sözlü sınav yapılacağına, sınav komisyonunun nasıl teşekkül edeceğine ve ancak bu sınavda başarılı olanların levhaya kaydedilebileceklerine dair düzenlemeye yer verilmiştir.¹⁶⁷

3499 sayılı Kanun’un en çok ses getiren diğer bir maddesi ise, 117. madde olmuştur. 117. maddedeki; “*Mevzuu irtica olan yahut milli vahdet ve şuurla telifi mümkün olmayan fiillere müteallik davaları deruhte etmeyi itiyat edenler, disiplin takibatına lüzum kalmaksızın baro idare meclisinin talebi üzerine Haysiyet Divanı kararıyla meslektan çıkartılabilirler. Muhitindeki temas ve faaliyetleri itibariyle muayyen bir baro mıntıkası dahilinde avukatlık yapmaları milli, mesleki, ahlak veya menfaat bakımından tecviz edilmeyenlerin isimleri baro idare meclislerinin talebi üzerine haysiyet divanı kararıyla mensup oldukları baro levhasından silinir. (....) Haysiyet Divanı lüzum gördüğü hallerde alakalı avukatı da dinleyebilir. Bu maddeye göre Haysiyet Divanı tarafından verilecek kararlar kat’i olup aleyhine hiçbir mercie müracaat edilemez.*”¹⁶⁸ hükmü ile suç isnadında bulunulan avukatın savunmasının dahi alınmayacağı¹⁶⁹ ve kanunun belirlediği durumların varlığında kişilerin savunma haklarının olmadığını belirten, savunma hakkını tamamen yok sayan adil yargılanmaya ket vuran günümüze uygun olmayan ifadelere yer verilmiştir.

¹⁶⁵ BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 32.

¹⁶⁶ BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 33.

¹⁶⁷ ÇELİK, Adil Giray, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi ve Meslek Öncesi Eğitim”, *Bursa Barosu Dergisi*, Mayıs 2000, S. 63, s. 65.

¹⁶⁸ GÜNER, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, s. 396.

¹⁶⁹ İNANICI, “Cumhuriyet Türkiye’sinde Bir Meslek Avukatlık”, s. 823.

c. 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu

1961 Anayasası'nın getirdiği değişiklikler sebebiyle 1938 tarih ve 3499 sayılı Avukatlık Kanunu yetersiz kalmaya başlamış, İstanbul, İzmir ve Ankara barolarının da içinde bulunduğu birçok baronun önerisiyle ve milletvekillerinin teklifiyle 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hazırlanmıştır.¹⁷⁰ Bu yeni Kanun'da da avukatlığın kamu hizmeti olduğu kabul edilmiş ve vurgulanmıştır.¹⁷¹ 3499 sayılı Kanun döneminde büyük tartışmalara yol açan, savunma hakkını kısıtlayan 117. maddeye yer verilmediği gibi yine 3499 sayılı yasada bulunan avukat olmak için kabul edilen yaş sınırına da yer verilmemiştir. Türkiye Barolar Birliğinin de temeli bu yasa döneminde atılmış ve baroların birleştirilmesi yetkisi Adalet Bakanlığı'ndan alınarak Türkiye Barolar Birliği'ne verilmiştir.

1136 sayılı Kanun ile yapılan diğer değişiklikleri ise şu şekilde sıralayabiliriz; Kanun'un 12. maddesiyle avukatlıkla bağdaşan işlerin kapsamı genişletilmiş, 14. madde kapsamında görevden istifa halinde iki yıl süreyle avukatlık yapamayacağı belirtilen kişilerin kapsamı genişletilmiş, Anayasa Mahkemesi üyeleri ve yüksek mahkeme hakimleri de bu kapsama dahil edilmiştir.¹⁷² Kanun'un 15. maddesinde staj süresi yeniden düzenlenmiş ve staja dahil olacak sürelerle yer verilmiştir. Eski kanuna göre avukata karşı işlenen suçlar devlet memurlarına karşı işlenen suçlar kapsamında değerlendirilirken, 1136 sayılı kanunla birlikte hakimler aleyhine işlenen suçlar kapsamında değerlendirilecektir. 1136 sayılı Kanun'un 72. maddesiyle birlikte avukatların levhadan silinmesini gerektiren durumlar daraltılmıştır. Avukat ücretleri konusunda da yeniden düzenlemeye gidilmiştir. Avukatlık sigortası ve şartları ile ilgili detaylı düzenlemelere yer verilmiştir.¹⁷³

Meclis iç tüzüğü'nün değişikliğinin ardından meclisteki siyasi parti gruplarının ortak kararıyla verilen önerge Meclis Genel Kurulunda görüşülmeye başlanmış ve 10.05.2001 tarihinde 4667 sayılı Kanun yürürlüğe girmiştir.¹⁷⁴ 4667 sayılı Kanun değişikliği ile avukatlık mesleğinin hak ettiği öneme kavuşması ve belli yetkilerle donatılması hedeflenmiştir.

¹⁷⁰ BALAK, *Türkiye'de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 34; GÜNER, "Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi", s. 397.

¹⁷¹ İNANICI, "Cumhuriyet Türkiye'sinde Bir Meslek Avukatlık", s. 823; BALAK, *Türkiye'de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 35.

¹⁷² BATTAL, ERDEM, "Avukatlık Mesleğinin Türkiye'deki Tarihçesi", s. 681.

¹⁷³ BALAK, *Türkiye'de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 36; BATTAL, ERDEM, "Avukatlık Mesleğinin Türkiye'deki Tarihçesi", s. 683.

¹⁷⁴ GÜNER, *Avukatlık Hukuku*, s. 78.

4667 sayılı Kanun'daki en önemli değişiklik olarak 1. maddenin 2. fıkrası kabul edilmiştir. 2. fıkrada; “Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.” hükmü yer almaktadır. Kanun'un 2. maddesinde¹⁷⁵ ise, avukatın görevini ifası sırasında, avukata yardımcı olması gereken kurumlar sayılmış ve kurumlara yardımda bulunma yükümlülüğü getirilmiştir.

Yapılan bir diğer önemli değişiklik ise, baroların daha bağımsız niteliğe dönüşmesi olarak görölmektedir. Fakat Avukatlık Kanunu'nda yer alan 35 maddeye¹⁷⁶ bakıldığında baroların Türkiye Barolar Birliği karşısında tam anlamıyla bağımsız olmadığı görülecektir.¹⁷⁷

4667 sayılı Kanun ile birlikte avukatlık mesleğine kabule, sınavı geğme şartı getirilmiş ve Kanun'un 28 ve 31. maddeleri¹⁷⁸ arasında sınavla ilgili koşullara yer verilmiştir. Ancak avukatlık sınavı ile alakalı olan düzenleme 5558 sayılı Kanun ile 28.11.2006 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.¹⁷⁹

Yukarıdaki tüm tarihi süreç incelendiği zaman savunma mesleğinin, tarihi olaylardan ve süreçlerden sonra değişime ihtiyaç duyduğu ve bu ihtiyaç neticesinde bir çok defa kanunlar, kanun değişiklikleri ve yönetmeliklere başvurulduğu, savunma mesleğinin ön plana çıkarılmaya çalışıldığı, gereken önemi bulabilmesi için yeni düzenlemeler yapıldığı görülecektir.

III. AVUKATLIK MESLEğİNİN TANIMI VE ÖZELLİKLERİ

A. Avukatın Tanımı

Latince de Advocatus anlamına gelen avukat kelimesi, Latince de ki “advokatüs” yani “yardıma çağırılma, yardıma çağrı” anlamlarına gelen kelimenin yorumlanmasıyla elde edilmiştir.¹⁸⁰

¹⁷⁵ “Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır.” (Av. K m. 2).

¹⁷⁶ “8,9,10,17,20,27,27/a,28,29,30,31,34,38/f,44,49,54,56,69,70,71,74,75,77,83,87,94,97/7,121,142,168,180,181,182,191 ve geçici 13. Madde”.

¹⁷⁷ BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 38; GÜRSELER, Güneş, “Baroların Bağımsızlığı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, S. 54, s. 317.

¹⁷⁸ “avukat adayının dört yıl içerisinde toplam altı sınav hakkına sahip olduğu ve sınavı başarma zorunluluğu”(m. 28), “sınavın amacının stajyerin meslek kuralları ile hukuk ilkelerini ve mevzuat hükümlerini somut olaylara uygulayabilme yeterliliğini değerlendirmek olduğu” (m. 29), “sınavın yılda iki kez yapılacağı ve tarihlerinin Türkiye Barolar Birliği tarafından belirlenebileceği ve sınav sonuçlarının Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılacağı düzenlenmiştir.” (m. 30).

¹⁷⁹ BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 39.

¹⁸⁰ BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 51; ÇELİK, *Tarihte Savunma ve*

Hukuk devletlerinin vazgeçilmez bir parçası olan bağımsız avukatlık ve hukuki yardım alma, savunma hakkının ve hak arama özgürlüğünün en temel unsuru olan adil yargılanmanın gerçekleşmesi için zaruri bir hak olmasının yanında kişilere tanınmış olan devredilemeyen, dokunulamayan ve vazgeçilemeyen en temel insan haklarından biridir.¹⁸¹ Savunma hakkının bu denli önemli olması sebebiyle, savunma hakkı ve savunmanın temel unsurlarından olan avukat yardımından yararlanma, uluslararası insan hakları belgelerinde de önemli bir yer tutmuştur.

Havana kurallarında “... herkes haklarının varlığını tespit ettirmek ve korumak ve ceza mahkemelerinin her aşamasında haklarını savunmak için kendi seçtiği bir avukatın yardımına başvurma hakkına sahip bulunmaktadır.”¹⁸² ifadesiyle savunma ve hukuki yardım alma haklarına vurgu yapılmıştır.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 10¹⁸³ ve 11.¹⁸⁴ maddelerinde de masumiyet karinesine ve bağımsız mahkemelerde yargılama hakkına vurgu yapılmıştır.¹⁸⁵

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde¹⁸⁶ de, savunma hakkının önemine dikkat çekilmiş ve ceza muhakemesinde savunma hakkının vazgeçilmezliğine vurgu yapılmıştır.

Cicero da avukat ile ilgili şu ifadelere yer vermiştir; “Söz söylemekle tecrübeli ve iffetli bir şahıs.”¹⁸⁷ Jean Appleton ise, avukatı şu şekilde tanımlamıştır;

Meslek Kuralları, s. 44.

¹⁸¹ QINAMI, *Türk Avukatlık Hukukunun Arnavutluk Avukatlık Hukuku ile Karşılaştırılması*, s. 6; DIVRAK, KILIÇ, “Savunma Hakkı”, s. 54; SUNGURTEKİN, Meral, *Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, İzmir, Döner Sermaye Yay., 1995, s. 1.

¹⁸² ERTÜRK, Cahide Sultan, *Türk Hukukunda Kamu Avukatlığı ve Bağlı Avukatlık*, (Yüksek Lisans Tezi Selçuk Üniversitesi SBE), 2010, s. 3.

¹⁸³ “Herkes, haklarının, vecibelerinin veya kendisine karşı cezai mahiyette herhangi bir isnadın tespitinde, tam bir eşitlikle, davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil bir şekilde ve açık olarak görülmesi hakkına sahiptir.” (m. 10).

http://www.ankarabarasu.org.tr/Merkezler/CHM/trTR/doc/insan_haklari_evrensel_bildirgesi.doc

¹⁸⁴ “Bir suç işlemekten sanık herkes, savunması için kendisine gerekli bütün tertibatın sağlanmış bulunduğu açık bir yargılama ile kanunen suçlu olduğu tespit edilmedikçe masum sayılır.

Hiç kimse işlendikleri sırada milli veya milletlerarası hukuka göre suç teşkil etmeyen fiillerden veya ihmallerden ötürü mahkum edilemez. Bunun gibi, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha şiddetli bir ceza verilemez.” (m. 11).

http://www.ankarabarasu.org.tr/Merkezler/CHM/trTR/doc/insan_haklari_evrensel_bildirgesi.doc

¹⁸⁵ ERTÜRK, *Türk Hukukunda Kamu Avukatlığı ve Bağlı Avukatlık*, s. 3.

¹⁸⁶ “her sanık, kendi kendisini savunmak veya kendi seçeceği bir müdafinin ya da bir müdafî tutmak için gerekli mali imkanlardan mahrum bulunuyorsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa mahkeme tarafından ücretsiz olarak tayin edilecek bir müdafinin yardımından yararlanma ve savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma hakkına sahiptir.” 1959 tarihli İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) m. 6/3-c,b (BALCI, SÖNMEZ, *Temel Belgelerde İnsan Hakları*, s. 269.).

¹⁸⁷ ÖZTATAR, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği ve Sorunları*, s. 5.

*“Bir baroya usulü dairesince kayıtlı olup hukuki veya münazaalı mahiyet gösteren meseleler hakkında fikir vermeyi ve istişarelerde bulunmayı, yardım ettiği ve hatta icabında temsil bile eylediği tarafların menfaatlerini, hayatlarını, hürriyetlerini, şeref ve haysiyetlerini yazı ile veya sözle adalet huzurunda müdafaa etmeyi kendisine meslek edinen kimseye avukat denir.”*¹⁸⁸

Türk Hukuku’nda ise, 1136 sayılı Avukalık Kanunu’nun, *Avukatın Mahiyeti* başlıklı 1. maddesinde¹⁸⁹ ve avukatlığın amacını anlatan 2. maddesinde¹⁹⁰ avukat, *“her türlü hukuki anlaşmazlık ve sorunların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde bilgi ve tecrübesiyle adalete ve kişilere yardım eden, kamu hizmeti gören, bağımsız savunmanın temsilcisi olan, serbest meslek mensubu kişi”*¹⁹¹ şeklinde tanımlanmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 128. maddesinde¹⁹² de iddia ve savunma dokunulmazlığına yer verilmiştir. Yine Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Tanımlar başlıklı ikinci maddesinde, müdafî tanımlanırken; *“şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukat”* ve vekil tanımlanırken ise, *“katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesinde temsil eden avukat”* şeklinde avukat tanımlarına yer verilmiştir (CMK m. 2/1-c, d).

B. Avukatlık Mesleğinin Temel Özellikleri

Avukatlık Kanunu’nun *Avukatın Mahiyeti* başlıklı 1. maddesine bakıldığında; *“Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir. Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.”* ifadesiyle avukatlık

¹⁸⁸ QİNAMİ, *Türk Avukatlık Hukukunun Arnavutluk Avukatlık Hukuki İle Karşılaştırılması*, s. 6

¹⁸⁹ *“Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir. Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.”* (Av. K m. 1).

¹⁹⁰ *“Avukatlığın amacı; hukuki münasabetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır. Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder. Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekaletname ibrazına bağlıdır. Derdest davalarda müzekkereler duruşma günü beklenmeksizin mahkemeden alınabilir.”* (Av. K m. 2).

¹⁹¹ ÖZTATAR, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği ve Sorunları*, s. 6.

¹⁹² *“Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakialara dayanması ve uyumsuzlıkla bağlantılı olması gerekir.”* (TCK m. 128).

mesleğinin dört temel özelliğinin belirtildiğini görmekteyiz. Buna göre avukatlık mesleği; kamu hizmeti olma, serbest meslek olma, meslek tekeline sahip olma ve bağımsız olma özelliklerine sahiptir.

1. Avukatlığın Kamu Hizmeti Olması

Avukatlığın kamu hizmeti niteliğinin anlaşılabilmesi için öncelikle kamu ve kamu hizmeti kavramlarına açıklık getirmek gerekmektedir.

Kamu kelimesi Türkçe sözlükte; *“halk hizmeti gören devlet organlarının tümü”* ve *“bir ülkedeki halkın bütünü, halk, amme”* şeklinde tanımlanmıştır.¹⁹³ Kamu hukukunun temel kavramı olan kamu hizmetinin ise, anayasada ya da yasalarda ortak kesin bir tanımı bulunmadığı gibi, yargı kararlarında da kamu hizmeti tanımına yer verilmemiştir.¹⁹⁴ Doktrinde ise Gözler; *“Kamu hizmetini, bir kamu tüzel kişisi tarafından üstlenilen veya onun görevlendirmesi ve denetimi altında bir özel kişi tarafından yürütülen kamu yararı amacına yönelik faaliyetler”*;¹⁹⁵ Onar, *“Kamu hizmetini, devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimleri altında genel ve kollektif gereksinimleri karşılamak ve tatmin etmek, kamu yararını sağlamak için kamuya sunulmuş devamlı ve muntazam faaliyetler”*¹⁹⁶ ve Duran ise; *“Kamu hizmetini, devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin toplumun, halkın veya umumun ya da toplulukların genel ortak ihtiyaçlarını gereği gibi karşılamak amacıyla ele alıp doğrudan doğruya ifa ettiği, ya da buyruğu ve sorumluluğu altında başkalarına yaptırdığı her türlü faaliyetler”*¹⁹⁷ şeklinde tanımlamıştır.

Bu tanımlama farklılıklarının yanı sıra kamu hizmetinin maddi ve organik iki önemli unsuru üzerinde uzlaşma sağlanmıştır. Bu unsurlardan birincisi, toplumsal gereksinimleri karşılayan, kamuya yönelmiş bir hizmet olması; ikincisi ise, toplumsal gereksinimi karşılayacak olan bu hizmetin kamu kuruluşlarınca ya da ilgili

¹⁹³ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> 09.03.2020 Erişim T.

¹⁹⁴ *“Kamu hizmetleri kavramının gerek öğretide, gerekse uygulamalarda devletçe ve öteki kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve kapsamında gittikçe genişlediği”* AYM, 21.01.1971 T ve 969/33 E, 1971/7 K.

¹⁹⁵ GÖZLER, Kemal, KAPLAN, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, 17. Baskı, Bursa, Ekin Yay., 2015, s. 528.

¹⁹⁶ ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966, s. 13.

¹⁹⁷ DURAN, Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 307.

kamu kuruluşlarının gözetim ve denetimi altında bu faaliyet için özgülenmiş vasıtalarla ve özel kişilerce yerine getirilmesidir.¹⁹⁸

Avukatlar tarafından yerine getirilen savunma mesleğinin¹⁹⁹ kamu yararı niteliği taşıması ve bu mesleğin Türkiye Barolar Birliği'nin gözetimi altında yapılması sebebiyle, kanun koyucu 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinde; *“Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir.”* ifadesine ve 2. maddesinde ise; *“her türlü hukuki sorun ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinin ve hukuk kurallarının uygulanmasını çeşitli organlar nezdinde sağlamak”* ifadesine yer verilerek avukatlık mesleğinin kamu hizmeti niteliği vurgulanmıştır. Avukatlık mesleğini, kamu hizmeti sayan kanun koyucu, avukatlık mesleğinin bu özelliği sebebiyle avukatların görevlerini yaparken karşılaştıkları zorlukları azaltmak adına yine Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinin son fıkrasında şu ifadelerle yer vermiştir;²⁰⁰ *“Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır.”* Bu hükümden anlaşılabacağı üzere Avukatlık Kanunu'nda sayılan kurumların, avukatın istediği bilgi ve belgeleri inceletme yükümlülükleri vardır, fakat bu yükümlülüğün kanunlarda özel olarak düzenlenen hükümlerin varlığıyla yumuşatıldığı unutulmamalıdır.²⁰¹

Avukatlık mesleğinin kamu hizmeti niteliğini kabul eden kanun koyucu, Avukatlık Kanunu madde 57'de; *“Görev sırasında veya yaptığı görevden dolayı avukata karşı işlenen suçlar hakkında, bu suçların hakimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümler uygulanır.”* hükmüyle avukata karşı işlenmiş suçların hakimlere karşı işlenmiş gibi değerlendirileceğini vurgulamıştır. Ayrıca TCK'da da suçun

¹⁹⁸ GÖZLER, KAPLAN, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 528; ERTÜRK, *Türk Hukukunda Kamu Avukatlığı ve Bağlı Avukatlık*, s. 4; QINAMI, *Türk Avukatlık Hukukunun Arnavutluk Avukatlık Hukuku İle Karşılaştırılması*, s. 7; BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 52; GÜNER, *Avukatlık Hukuku*, s. 86; ÖZKAN, Meral Sungurtekin, *Avukatlık Hukuku*, İzmir, Fakülteler Kitabevi Barış Yay., 2006, s. 3.

¹⁹⁹ BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 53.

²⁰⁰ BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 53; GÜNER, *Avukatlık Hukuku*, s. 89.

²⁰¹ ERTÜRK, *Türk Hukukunda Kamu Avukatlığı ve Bağlı Avukatlık*, s. 5; BUDAK, Ali Cem, “Avukatlık Kanunu’nun 2. Maddesine Göre Avukatın Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, 2004, S. 1, s. 363.

avukatın görevi nedeniyle işlenmiş olması halinde ağırlaştırıcı hal olarak kabul edileceği düzenlenmiştir.²⁰²

Avukatlık mesleğinin kamu hizmeti olmasının ikinci unsurunu yani, toplumsal gereksinimi karşılayacak olan hizmetin kamu kuruluşlarınca veya ilgili kamu kuruluşunun gözetim ve denetimi altında olmasını, Avukatlık Kanunu 76. maddesindeki; “ *Avukatlar, mesleki faaliyetlerini, tüzel kişiliği olan kamu kurumu niteliğindeki Baroların denetim ve gözetimleri altında sürdürürler.*” ifadesi sağlamaktadır (Av. K m. 76/1). Nitekim Türkiye Barolar Birliği, Anayasa’nın 135. maddesindeki²⁰³ kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarındandır.

Avukatın kamuya yönelik yaptığı savunma hizmetinin, Türkiye Barolar Birliği yani bir kamu kuruluşunun gözetim ve denetimi altında yapılması hasebiyle yasalar tarafından getirilen düzenlemelerde de avukatlık hizmeti bir kamu hizmeti olarak kabul edilmiştir.²⁰⁴ Fakat avukatlık mesleğinin kamu hizmeti niteliği taşıması, avukatın idare hukuku anlamında kamu görevlisi olduğu anlamına gelmemektedir. Kamu görevlisi sayılan avukatlar, sadece 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 36. maddesinde sayılan sınıfa dahil olanlardır.

2. Avukatlığın Serbest Meslek Olması

Avukatlık Kanunu’nun 1. maddesinde “*Avukatlık, ...serbest bir meslektir.*” ifadesiyle avukatlığın serbest meslek olduğu açıkça düzenlenmiştir.

²⁰² Örneğin, hakaret suçunun avukatın görevi sebebiyle ve görevi sırasında işlenmesi halinde suçun ağırlaştırıcı nitelikli hali olan TCK m. 125/3-a yani kamu görevlisine karşı işlendiği kabul edilir. ERTÜRK, *Türk Hukukunda Kamu Avukatlığı ve Bağlı Avukatlık*, s. 5.

²⁰³ “*Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir. Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına girme mecburiyeti aranmaz. Bu meslek kuruluşları, kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunamazlar. Bu meslek kuruluşları ve üst kuruluşları organlarının seçimlerinde siyasi partiler aday gösteremezler. Bu meslek kuruluşları üzerinde Devletin idari ve mali denetimine ilişkin kurallar kanunla düzenlenir. Amaçları dışında faaliyet gösteren meslek kuruluşlarının sorumlu organlarının görevine, kanunun belirlediği merciin veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkeme kararıyla son verilir ve yerlerine yenileri seçtirilir. Ancak, milli güvenliğin, kamu düzeninin, suç işlenmesini veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği hallerde gecikmede sakınca varsa, kanunla bir merci, meslek kuruluşlarını veya üst kuruluşlarını faaliyetten men ile yetkilendirilebilir. Bu merciin kararı, yirmidört saat içerisinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, bu idari karar kendiliğinden yürürlükten kalkar.*” (Anayasa m. 135).

²⁰⁴ BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 54.

Serbest meslek ile ilgili tanımı 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nda görmektediriz. Bu Kanun'un 65. maddesinin 2. fıkrasında; “*Serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi ve mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılması*” şeklinde tanımlanmıştır. Maddede yapılan tanımlamaya bakıldığında bir faaliyetin serbest meslek faaliyeti olabilmesi için, sermayeden ziyade bedeni çalışmaya, bilimsel ve mesleki bilgiye dayanması, icra edilen faaliyetin kendi nam ve hesabına yapılması ve yapılan faaliyetin devamlılık arz etmesi unsurlarının tamamını taşıması gerektiği görülecektir. Bu üç unsurdan herhangi birinin eksikliği halinde yapılan faaliyet serbest meslek faaliyeti olmaktan çıkacaktır.

Avukatlık mesleği, amacı gelir sağlamak olan ticari bir faaliyet olmadığı gibi avukatların meslekleri de sermayeden ziyade kendi kişisel bilgi ve emeklerine bağlıdır. Avukatların mesleklerini yapabilmesi için işyeri açmaları ve ruhsat alıp baroya kayıt yaptırmaları yeterlidir.²⁰⁵ Bu sebeple serbest meslek faaliyeti icra eden, ticari faaliyet yürütmeyen ve mesleklerini icra ederken kişisel çabalarının ön planda tutulduğu avukatlar, tacir değil serbest meslek faaliyeti yürüten kişilerdir. Kaldı ki avukatların ticaret yapması ve tacir olmaları da yasaktır.²⁰⁶

Avukatlığın serbest meslek olması sebebiyle Avukatlık Kanunu'nda bulunan düzenlemeler, etik kurallar, mesleki kurallar ve yargı içtihatları avukatın; faaliyet göstermek istediği alanı seçme, faaliyeti nasıl yürüteceğine karar verme, davayı alıp almama, mütalaa vermeye zorlanamama, işten elini çekme haklarına sahip olduğunu²⁰⁷ ve savunma vasıtalarını da kendi donanım ve bilgisiyle serbestçe takdir edeceğini düzenlemiştir.

3. Avukatlığın Meslek Tekeli Olması

Türkiye’de avukatlık mesleğini yapabilmenin belli koşulları vardır. Bu

²⁰⁵ ERTÜRK, *Türk Hukukunda Kamu Avukatlığı ve Bağlı Avukatlık*, s. 6; QİNAMI, *Türk Avukatlık Hukukunun Arnavutluk Avukatlık Hukuki ile Karşılaştırılması*, s. 9; KORKUSUZ, M. Refik, *Avukatlık Hukukuna Giriş*, Karahan Kitapevi, Adana, 2008, s. 6.

²⁰⁶ BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 54; ÖZKAN, *Avukatlık Hukuku*, s. 9-16.

²⁰⁷ KORKUSUZ, *Avukatlık Hukukuna Giriş*, s. 6; QİNAMI, *Türk Avukatlık Hukukunun Arnavutluk Avukatlık Hukuki ile Karşılaştırılması*, s. 3; BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 54.

koşullara sahip olan yani belli bir hukuk eğitimi almış, avukat ruhsatnamesi almaya hak kazanmış ve baro levhasına kaydolmuş kişiler, avukatlık mesleğini yapabileceklerdir. Avukatlık Kanunu'nun “Yalnız Avukatların Yapabileceği İşler” başlıklı 35. maddesinde de; “*Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir. Baroda yazılı avukatlar birinci fıkradakiler dışında kalan resmi dairelerdeki bütün işleri de takip edebilirler.*” şeklinde yer alan düzenlemeyle sadece avukatlık mesleğini yapabilecek kişilerin yapacağı işler düzenlenmiş ve avukatların tekel hakkına vurgu yapılmıştır.²⁰⁸ Avukatlık Kanunu'nun “Avukatlık Yetkilerinin Başkaları Tarafından Kullanılmaması” başlıklı 63. maddesinde de “*Baro levhasında yazılı bulunmayanlar ve işten yasaklanmış olan avukatlar, şahıslarına ait olmayan dava evrakını düzenleyemez, icra işlemlerini takip edemez ve avukatlara ait diğer yetkileri kullanamazlar. Baro levhasında yazılı bulunmayanlar avukatlık unvanını da taşıyamazlar.*” denilerek avukatlık mesleğinin tekelliğine vurgu yapılmış ve avukat olduğu halde işten yasaklanmış olanların da avukatlık mesleğine özgü işleri yapamayacakları belirtilmiştir.

Yasaklanmasına rağmen avukatlık mesleğine özgü işleri yapanlar ile tekel hakkına aykırı davranışların ise, bir yaptırımla karşı karşıya kalacakları Avukatlık Kanunu'nun 63/2,3. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir; “*Birinci fıkra hükmüne aykırı eylemde bulunanlara Cumhuriyet savcısı tarafından beşyüz Türk Lirasından iki bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. Avukatlık yapmak yetkisini taşımadıkları halde muvazaalı yoldan alacak devralarak ve kanunların tanıdığı başka hakları kötüye kullanarak avukatlara ait yetkileri kullananlar bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.*”

4. Avukatın Bağımsız Olması

En temel insan haklarından olan savunma hakkının ve hak arama özgürlüğünün tam anlamıyla gerçekleşmesi, savunma hakkının temsilcisi olan

²⁰⁸ BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 56; GÜNER, *Avukatlık Hukuku*, s. 112.

avukatların bağımsız olmalarını gerektirmektedir. Avukatlık Kanunu 1. maddesinde; “... Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.” şeklinde düzenlenerek avukatların müvekkillerini savunurken faaliyet göstermek istediği alanı seçme, faaliyeti nasıl yürüteceğine karar verme, davayı alıp almama, mütalaa vermeye zorlanamama ve işten elini çekme haklarına sahip olduğu vurgulanmıştır.²⁰⁹ Avukatların görevlerini yaparken bağımsız olmaları müvekkilin hak ve çıkarlarını daha iyi koruyabileceğini, savunmanın daha etkili ve özgürce yapılabileceğini göstermektedir. Bu sebeple Uluslararası Barolar Birliği’nce 1990 yılında belirlenen meslek kurallarının 6. maddesinde de avukatların bağımsızlığıyla ilgili şu ifadeler yer verilmiştir; “Avukatlar, meslek kurallarına, ahlakına ve standartlara uygun olarak müvekkillerinin yasal işlemlerini gerçekleştirirken tam bağımsız olacak, hiçbir kişi ya da kurumun baskı ve yasaklarına maruz kalmayacaktır.”²¹⁰ 1988 tarihinde yapılan CCBE Genel Kurul Toplantısında, “Avrupalı Avukatların Tabi Olduğu Meslek Kuralları”nın 2. maddesinde avukatların bağımsız olmaları gerektiği şu ifadelerle vurgulanmıştır; “Bir avukatın yapmak durumunda olduğu birçok görevi, kendi kişisel çıkarları ve dış baskılardan kaynaklananlar başta olmak üzere, onun her türlü etkiden arınmış mutlak bağımsızlığını gerektirir. Bu bağımsızlık, adaletin gerçekleşmesine duyulan güven açısından bir yargıcın tarafsızlığı kadar gereklidir. Bu yüzden, bir avukat bağımsızlığının zedelenmesinden kaçınmakla ve ne müvekkilini ne mahkemeyi ne de üçüncü şahısları memnun etmek kaygısı ile meslek ilkelerinden ödün vermemekle yükümlüdür. Bu bağımsızlık, davalar kadar hasımsız işlerde de gereklidir. Bir avukatın, bir müvekkiline; yalnızca ona kendini beğendirmek niyetiyle kendi kişisel çıkarlarına hizmet etmek üzere veya dış baskılarla verdiği danışmanlık hizmetinin hiçbir değeri yoktur.”²¹¹

Hukuk devletinin en büyük göstergelerinden biri, hukukun üstünlüğünün var olması, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, savunmanın özgürce her türlü baskıdan ve tehditten uzak olarak yapılabilmesi ve avukatın bağımsızlığının sağlanmasıdır. Avukatların bağımsızlığı, yasalardaki yetkilerini kullanırken ve

²⁰⁹ KORKUSUZ, *Avukatlık Hukukuna Giriş*, s. 6; QİNAMİ, *Türk Avukatlık Hukukunun Arnavutluk Avukatlık Hukuku ile Karşılaştırılması*, s. 3; BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 54.

²¹⁰ DIVRAK, KILIÇ, “Savunma Hakkı”, s. 58.

²¹¹ https://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/CCBE_avukatlik_meslek_kurallari.pdf, 26.12.2019 Erişim T.

kendini ifade ederken yaptığı savunmadan dolayı herhangi bir kuruma ya da kişiye hesap verme zorunluluklarının bulunmadığı, baskı altına alınmadıkları hal ve durumlardır.²¹² Avukatın bağımsızlığı sadece devlete karşı değil, meslek örgütlerine, topluma ve hatta müvekkiline karşı da geçerlidir.²¹³

Avukatların mesleğe kabulleri de dahil olmak üzere devletin denetimi ve baskısı altında bulunmamaları gerekmektedir. Bu yüzdendir ki, mesleğe kabul koşulları önceden belirlenmiş ve bu konuda devlete takdir hakkı verilmemiştir.²¹⁴ Avukatların görevlerini yerine getirirken bağımsızlıklarına zarar gelmemesi için Avukatlık Kanunu'nda, TCK'da ve CMK'da bazı özel düzenlemelere yer verilmiştir. Havana kurallarında da özgür savunmanın temsilcisi olan avukatın bağımsızlığının, devlet tarafından sağlanabilmesi için bazı kurallar düzenlenmiştir. Havana kurallarının 16. maddesi şu şekildedir: *“Hiçbir baskı, engelleme, taciz veya yolsuz bir müdahale ile karşılaşmadan her türlü mesleki faaliyeti yerine getirmelerini, yurt içinde ve yurt dışında serbestçe seyahat etmelerini ve müvekkilleriyle görüşmeleri imkânını, kabul görmüş meslek ahlak kurallarına, görevlerine, standartlarına uygun faaliyette bulundukları için kovuşturma veya idari, ekonomik veya başka tür yaptırımlarla sıkıntı çekmelerini veya tehditle karşılaşmamalarını sağlar kuralı da avukatların bağımsızlığını boyutlayan bir düzenlemeyi sağlamak zorundadır.”*

Avukatın müvekkilini temsil etmesinden ötürü aralarında bir ilişki bulunmakta ve bu ilişki sebebiyle avukat müvekkilinin istemleriyle bağlıdır.²¹⁵ Fakat avukatın, müvekkil çıkarları doğrultusunda hareket ederken Avukatlık Kanunu'na göre kendini bağımlı kılabilecek, bağımsızlığı zedeleyecek işlerden kaçınması gerekmektedir.²¹⁶

Avukatların bağımsızlığıyla ilgili diğer bir konu ise, iddia ve savunma dokunulmazlıklarıdır. İddia ve savunma dokunulmazlığı TCK'nın 128. maddesinde şu ifadelerle düzenlenmiştir; *“Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak*

²¹² DIVRAK, KILIÇ, “Savunma Hakkı”, s. 58, 59.

²¹³ BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 55; QİNAMİ, *Türk Avukatlık Hukukunun Arnavutluk Avukatlık Hukuku ile Karşılaştırılması*, s. 11.

²¹⁴ ERTÜRK, *Türk Hukukunda Kamu Avukatlığı ve Bağlı Avukatlık*, s. 6; QİNAMİ, *Türk Avukatlık Hukukunun Arnavutluk Avukatlık Hukuku ile Karşılaştırılması*, s. 12; KORKUSUZ, *Avukatlık Hukukuna Giriş*, s. 10.

²¹⁵ ERTÜRK, *Türk Hukukunda Kamu Avukatlığı ve Bağlı Avukatlık*, s. 8.

²¹⁶ QİNAMİ, *Türk Avukatlık Hukukunun Arnavutluk Avukatlık Hukuku ile Karşılaştırılması*, s. 13.

somut isnadlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilemez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyuşmazlıkla bağlantılı olması gerekir.” (TCK m. 128).

Son olarak avukatların bağımsızlıklarıyla ilgili konuyu Molireac’ın ifadeleriyle özetleyebiliriz. “Görevimizi yaparken kimseye, ne müvekkile, ne hâkime hele ne iktidara tabiyiz. Bizim aşığımızda kişilerin varlığı iddiasında değiliz. Fakat hiçbir hiyerarşik üst de tanımıyoruz. En kıdemsizin, en kıdemliden veya isim yapmış olandan farkı yoktur. Avukatlar esir kullanmadılar, fakat efendileri de olmadı.”²¹⁷

C. Avukatlık Mesleğine Kabul İçin Aranan Şartlar

Avukatlık mesleğine kabul için aranan şartlar, Avukatlık Kanunu’nun 3. maddesinde düzenlenmiştir. Avukatlık Kanunu m. 3’e göre avukatlığa kabul şartları şunlardır;

- 1- Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak. Avukatlık mesleğinin kamu hizmeti sayılması sebebiyle, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma şartı aranmıştır.
- 2- Türkiye’deki hukuk fakültelerinden mezun olmak veya yabancı ülke hukuk fakültesinden mezun olunduktan sonra Türkiye hukuk fakülteleri programlarındaki eksik derslerden geçmek ve denklik kazanmak, bu denkliğin kazanılması için mezun olunan okulun transkribinde yer alan dersler ve bu derslerin içerikleri incelenir eksik ders ve içerikler tamamlatılmak istenen üniversitenin müfredatına göre tamamlattırılır. Bu dersleri başarı ile veren kişilere denklik belgesi verilir.
- 3- Avukatlık stajını tamamlamak ve staj bitim belgesi almak. Avukatlık Kanunu’nun 16. maddesine göre avukatlık stajı yapabilmek için Kanun’un 3. maddesinin a, b ve f bentlerindeki koşulları taşımak, staj yapmalarına engel işleri ve 5. maddede yazan hallerin bulunmaması gerekir. Avukatlık Kanunu uyarınca staj süresi, ilk altı ayı yönetmelikte belirlenen sıraya ve süreye göre savcılıkta ve mahkemelerde, ikinci altı ayı ise en az beş yıl kıdemi bulunan bir avukatın yanında olmak üzere toplam bir yıldır.

²¹⁷ QİNAMİ, *Türk Avukatlık Hukukunun Arnavutluk Avukatlık Hukuku ile Karşılaştırılması*, s. 12.

- 4- Levhasına yazılmak istenen baro bölgesinde ikamet etmek. Bu şartın düzenlenme sebebi ise, avukatın ofisinin bulunacağı bölgenin ve avukata nerede ulaşılabilceğinin belirlenebilir olmasıdır.
- 5- Avukatlık ruhsatı alarak yemin etmek. Avukatlık stajını tamamlayıp şartları sağlayan aday, avukatlık yeminini ederek cübbe giyer. Avukatlık yemini, Avukatlık Kanunu'nun 9. maddesinde şu ifadelerle düzenlenmiştir; *“Hukuka, ahlaka, mesleğin onuruna ve kurallarına uygun davranacağıma namusum ve vicdanım üzerine andıçerim. Avukatın andıçtırıldığı, andın metnini de kapsıyan bir tutanağa bağlanır ve ilgilinin dosyasında saklanır. Tutanak baro yönetim kurulu üyeleri ile birlikte andıçen avukat tarafından imzalanır.”*
- 6- Avukatlık Kanunu'na göre avukatlığa engel bir hali bulunmamak.

D. Avukatlığa Kabulde Engeller

Avukatlık mesleğine engel haller Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinde sayılmıştır. Bu hallerin varlığında avukatlık mesleğine kabul istemi reddolunur.²¹⁸ Avukatlık Kanunu 5. maddede sayılan haller şunlardır;

“a) Türk Ceza Kanunu'nun 53'üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı iki yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmak,

b) Kesinleşmiş bir disiplin kararı sonucunda hakim, memur veya avukat olma niteliğini kaybetmiş olmak,

c) Avukatlık mesleği ile birleşemiyen bir işle uğraşmak,

d) Mahkeme kararı ile kısıtlanmış olmak,

e) İflas etmiş olup da itibarı iade edilmemiş bulunmak (Taksiratlı ve hileli müflisler itibarları iade edilmiş olsa dahi kabul olunmazlar),

²¹⁸ QİNAMİ, *Türk Avukatlık Hukukunun Arnavutluk Avukatlık Hukuki ile Karşılaştırılması*, s. 18.

f) Hakkında aciz vesikası verilmiş olup da bunu kaldırmamış bulunmak,

h) Avukatlığı sürekli olarak gereği gibi yapmaya engel vücut veya akılca malul olmak. Birinci fıkranın (a) bendinde sayılan yüz kazırtıcı suçlardan biri ile hüküm giymiş olanların cezası ertelenmiş, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa da avukatlığa kabul edilmezler.” (Av. K m. 5).

1. Avukatlık Mesleği ile Bağdaşmayan İşler

Avukatlık mesleği ile bağdaşmayan işler, Avukatlık Kanunu’nun 11. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede yer alan işler ile ilgilenilmesinin, avukat adayının avukatlık mesleğine kabulünü engellemesinin yanı sıra avukatlık mesleğine devam eden avukatın da baro levhasından silinmesine sebep olacağı²¹⁹ Avukatlık Kanunu’nun 72. maddesinde düzenlenmiştir. Avukatlık Kanunu m. 11’de, avukatlık mesleği ile bağdaşmayan işler şu şekilde düzenlenmiştir; “*Aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen hiçbir hizmet ve görev, sigorta prodüktörlüğü, tacirlik ve esnaflik veya mesleğin onuru ile bağdaşması mümkün olmayan her türlü iş avukatlıkla birleşemez.*” (Av. K m. 11).

2. Avukatlık Mesleği ile Bağdaşan İşler

Avukatlık mesleği ile bağdaşan işler, Avukatlık Kanunu’nun 12. maddesinde düzenlenmiş ve avukatların bu işleri yapmalarına hukuki bir engelin ve cezai bir yaptırımın olmadığı vurgulanmıştır. Avukatlık Kanunu’nun 12. maddesinde düzenlenen avukatlık mesleği ile bağdaşan işler şunlardır;

“a-Milletvekilliği, il genel meclisi ve belediye meclisi üyeliği,

b-Hukuk alanında profesör ve doçentlik,

c-Özel hukuk tüzel kişilerinin hukuk müşavirliği ve sürekli avukatlığı ile bir avukat yazıhanesinde ücret karşılığında avukatlık,

d-Hakemlik, arabuluculuk, tasfiye memurluğu, yargı mercilerinin veya adli bir dairenin verdiği herhangi bir görev veya hizmet,

²¹⁹ QİNAMİ, *Türk Avukatlık Hukukunun Arnavutluk Avukatlık Hukuki ile Karşılaştırılması*, s. 19.

e-Kamu iktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede başka iş veya hizmetle uğraşmaları yasaklanmamış bulunmak şartıyla; bu Kanun Hükmünde Kararnamenin kapsamına giren İktisadi Devlet Teşekkülleri, kamu iktisadi kuruluşları ve bunların müesseseleri, bağlı ortaklıkları ve iştirakleri ve iktisadi Devlet Teşekkülleri ile Kamu İktisadi kuruluşları dışında kalıp sermayesi Devlete ve diğer kamu tüzel kişilerine ait bulunan kuruluşların yönetim kurulu başkanlığı, üyeliği, denetçiliği,

f-Anonim, limited, kooperatif şirketlerin ortaklığı, yönetim kurulu başkanlığı, üyeliği ve denetçiliği ve komandit şirketlerde komanditer ortaklık,

g-Hayri, ilmi ve siyasi kuruluşların yönetim kurulu başkanlığı, üyeliği ve denetçiliği,

h-Gazete ve dergi sahipliği veya bunların yayım müdürlüğü, Milletvekilleri hakkında, 3069 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği ile Bağdaşmayan İşler Hakkında Kanun hükümleri saklıdır. (e) bendinde gösterilenlerin, Hazinesin, belediye ve özel idarelerin, il ve belediyelerin yönetimi ve denetimi altında bulunan daire ve kurumların, köy tüzel kişiliklerinin ve kamunun hissedar olduğu şirket ve kuruluşların aleyhinde; il genel meclisi ve belediye meclisi üyelerinin de bağlı bulundukları tüzel kişilerin ve yüksek öğretimde görevli profesör ve doçentlerin yüksek öğretim kurum ve kuruluşları aleyhindeki dava ve işleri takip etmeleri yasaktır. Bu yasak, avukatların ortaklarını ve yanlarında çalıştırdıkları avukatları da kapsar.” (Av. K m. 12).

IV. AVUKATIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Avukatlık mesleği, avukata bazı haklar tanıdığı gibi bazı yükümlülükler de yüklemiştir.

A. Avukatın Hakları

Avukatlık mesleği avukata; ücret isteme hakkı, hapis hakkı, avans isteme hakkı ve duruşmayı terk hakkı gibi birçok hak tanımıştır.

1. Ücret İsteme Hakkı

Avukatlık mesleğinin kamu hizmeti ve serbest meslek olması sebebiyle, avukatlar verdikleri hizmet karşılığında ücrete hak kazanırlar. Bu ücret Avukatlık Kanunu'na göre, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder (Av. K m. 164/1). Avukat ile müvekkili arasındaki bu ilişki tam iki tarafa borç yükleyen bir avukatlık sözleşmesi ile kurulur.²²⁰ Kural, avukatlık sözleşmesindeki ücret alacağının taraflarca serbestçe belirlenmesidir (Av. K m. 163/1), fakat belirlenen ücret avukatlık asgari ücret tarifesinin altında olamaz (Av. K m. 164/3). Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu, taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı, ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı, tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde avukatlık ücreti, avukatlık asgari ücret tarifesine göre belirlenir (Av. K m. 164/4). Asgari ücret tarifesinin tavan miktarının üzerinde bir ücret belirlenmesi durumunda ise, sözleşme miktarı tarifedeki tavan miktara indirilir.²²¹ Taraflar arasında sözleşmeyle kararlaştırılan ya da tarife göre belirlenen ücreti ödeme yükümlülüğü, avukat ile avukatlık sözleşmesi akdeden kişiye aittir.²²²

2. Avukatın Hapis Hakkı

Avukat, avukatlık ücret sözleşmesi gereğince kendisine ödenmesi gereken ücret ödenmedikçe müvekkile ait olarak elinde bulundurduğu menkulleri, parayı veya kıymetli evrakı teslim etmek zorunda değildir. Avukatın, Avukatlık Kanunu'nun 39. maddesinin 2. fıkrası gereğince kullandığı bu hak hapis hakkıdır. Avukat bu hakkını gider ve ücret alacaklarına ilişkin kullanabilir, fakat hapis hakkını kullandığı ücret alacağı, hakkın kullanıldığı iş ile ilgili olmalıdır.²²³ Avukatlık

²²⁰ ERTÜRK, *Türk Hukukunda Kamu Avukatlığı ve Bağlı Avukatlık*, s. 22.

²²¹ ERTÜRK, *Türk Hukukunda Kamu Avukatlığı ve Bağlı Avukatlık*, s. 23.

²²² BOZDAĞ, Ahmet, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Hukuki Yardım Alma Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, S. 132, s. 142.

²²³ "Şikâyetli avukat hakkında, disiplin kovuşturmasına konu olan eylemi nedeniyle açılan kamu davası sonunda, TCK 240/1.maddesi gereğince hükümlülüğüne karar verildiği, cezasının ertelendiği ve kararın Yargıtay'ca onanarak kesinleştiği, ... 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 16.10.1997 gün ve 1997/100-97 sayılı kararından ve kesinleşme şerhinden anlaşılmıştır. Ceza Mahkemesi kararının gerekçesinde de açıklandığı gibi, şikâyetli avukat, şikâyetçiyle ilgili olarak iki ayrı işi üstlenmiştir. Birinci iş daha önce kendisine teslim edilen bonoların tahsili işlemi olup, iddia edilen ücret alacağı bu işle ilgilidir. Bu işe ilişkin olarak, kendisine verilen kıymetler üzerinde ücret alacağına karşılık avukatın hapis hakkı mevcuttur (Av. K m.39). Ancak, kovuşturmaya neden olan ve hapis hakkı ileri sürülerek şikâyetli tarafından iade edilmeyen iki adet bono ve bir adet çek, birinci işle ilgili olmayıp, avukata daha sonra tahsil için teslim edilen senetlerdir. Bu durumda, avukatın, ücret alacağı ile ilgili

Kanunu'nda düzenlenen hapis hakkı, Medeni Kanun'da düzenlenen hapis hakkından farklı düzenlenmiş ve avukata malları satma yetkisi verilmemiştir.

3. *Avans İsteme ve Masraf Talep Hakkı*

Avukatın müvekkilden avans isteme hakkı, Avukatlık Kanunu'nun 173. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Maddeye göre; *“Avukata tevdi edilen işin yapılması veya yapıldıktan sonra sonucunun alınması için gerekli bütün vergi, resim, harc ve giderler iş sahibinin sorumluluğu altında olup, avukat tarafından ilk istekte avukata veya gerektiği yere ödenir. Bu harcamaların avukat tarafından yapılabilmesi için, yeteri kadar avansın iş sahibi tarafından verilmiş olması gerekir. Avukatın iş için yapacağı yolculuk masrafları ve bulunduğu yerden ayrılma tazminatı, anlaşma gereğince iş sahibi tarafından ayrıca ödenir. Bu giderler peşin olarak ödenmedikçe avukat yolculuğa zorlanamaz.”* Avukat tarafından istenen avansın, gideri olan konularda ve yapılacak işle orantılı olması zorunludur. Çünkü avukatın yaptığı giderleri yazılı evrakla ispatlama zorunluluğu olduğu gibi, iş tamamlandıktan sonra geriye kalan parayı da müvekkile iade etmesi gerekir (Meslek Kuralı m. 42).²²⁴ Müvekkil avukatlık sözleşmesi gereğince avukata peşin ödemesi gereken ücreti ödemezse Av. K m. 174/3'e göre avukatın işe başlama zorunluluğu yoktur ve bu sebeple doğabilecek zararlarda sorumluluk avukata ait değildir.²²⁵

olmayan bir işten dolayı kendisine teslim edilen diğer değerler üzerinde hapis hakkı bulunduğu düşünülemeyeceğinden, eylemin Avukatlık Kanunu'nun 166. maddesine uygun olmadığı açıktır. Bu durum karşısında, kesinleşmiş mahkeme kararıyla saptanan maddi olguların tartışılmayacağı da gözetilerek, avukat disiplin hukuku yönünden kusurlu bulunmuştur. Bu nedenle, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabet görülmemiş ve kararın kaldırılması ile disiplin cezası tayini gerekmiştir.” Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulunun 13.04.2002 T ve 2001/295 E, 2002/108 K.

²²⁴ *“Şikayetli avukatın, alınmaması gereken ve harç olarak isimlendirilen avansın davada harcanmadığı halde hesabını vermemesi iade etmemesi avukatlık mesleğine olan güveni sarsıcı nitelikte bir eylemdir.”* Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulunun 11.06.2004 T ve 2004/107 E, 2004/203 K, sayılı kararı), ÇELİK, Lamih, “Meslek Kurallarında Avukatın Bilgi Verme Yükümlülüğü”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2006, S. 67, s. 411.

²²⁵ *“Avukatın işe başlamadan giderler için avans istemesi gerekir. Kendisine masraf ve vekalet ücreti ödenmediği gerekçesiyle müvekkiline yaptığı işler hakkında bilgi vermesi düşünülemez.”* Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulunun 12.09.2003 T ve 2003/129 E, 2003/249 K, sayılı kararı), ÇELİK, “Meslek Kurallarında Avukatın Bilgi Verme Yükümlülüğü”, s. 410; *“Şikayetli avukat, dava masrafının verilmediği için süresinde itirazın iptali davasını açmadığını ileri sürmüştü de bu hususta müvekkilini bilgilendirmediği ve üzerine düşeni yaptığını kanıtlamayan hiçbir yazılı belge sunmadığından bu beyana itiraz edilemez.”* Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulunun 27.01.2001 T ve 2001/198 E, 2001/19 K, sayılı kararı), ÇELİK, “Meslek Kurallarında Avukatın Bilgi Verme

4. Dosyayı İnceleme Hakkı

Dosya inceleme hakkı, avukatlar açısından savunma görevlerinin icrasında büyük bir öneme sahiptir. Avukata başvurulmuş davalarda, dosyanın tam olarak içeriğine haiz olunabilmesi için Av. Kanunu'nun 46 maddesindeki; *“Avukat veya stajyer, vekâletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebilir. Bu inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesi zorunludur. Vekâletname ibraz etmeyen avukata dosyadaki kağıt veya belgelerin örneği veya fotokopisi verilmez.”* hükmünün verdiği yetkiye dayanarak dosya inceleme yoluna gidilebilir. Dosya incelenmesi sırasında avukatın kimlik kartının ibrazı yeterlidir. Dosyanın avukata inceletirilmemesi savunma hakkının ve aynı zamanda silahların eşitliği ilkesinin ihlalini oluşturacaktır. İddia makamının görebildiği bir dosyanın savunma makamı tarafından da görülebilir ve inceletirilebilir olması adil yargılamanın gereğidir. Kaldı ki, Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinde de kurumların avukata bilgi ve belge konusunda yardımcı olması gerektiği şu ifadelerle düzenlenmiştir; *“Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekaletname ibrazına bağlıdır. Derdest davalarda müzekkereler duruşma günü beklenmeksizin mahkemeden alınabilir.”* Maddeden de anlaşılacağı üzere asıl olan avukatın vekaletname sunmadan bilgi ve belgelere ulaşması, istisna olan ise belgelerden örnek alınacağı durumlarda vekaletname sunulmasıdır.

5. Duruşmayı Terk Hakkı

Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Meslek Kuralları 21. maddesine göre, kural olarak avukatların duruşmayı terk etme hakları yoktur. Fakat kişisel durumlar veya meslek onurunun zorunlu kıldığı istisnai durumlarda duruşmayı terk hakkı

Yükümlülüğü”, s. 410.

düzenlenmiştir. Duruşmayı terk eden avukatların ise, baroya bildirimde bulunması zorunludur. İstisnai durumların gerçekleştiği hallerde de yani mesleğe veya kendine yönelen ithamlardan dolayı avukatların bu duruma katlanma yükümlülüğü yoktur. Özgür savunmanın temsilcisi konumunda olan bağımsız avukat, meslek onuruna veya kişisel haklarına karşı yapılan müdahaleler karşısında duruşmayı terk etme hakkına sahiptir. Bu hakkı kullandıktan sonra, hakkı kullanma gerekçeleriyle birlikte baroya derhal bildirir.²²⁶

B. Avukatın Yükümlülükleri

Avukatlık mesleği avukata; aydınlatma yükümlülüğü, sadakat yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü ve özen yükümlülüğü gibi birçok yükümlülükde yüklemektedir.

1. Aydınlatma Yükümlülüğü

Avukat, müvekkil ile avukatlık ilişkisi kurduğu aşamadan itibaren yargılamanın her aşamasıyla alakalı bilgi verme yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülük sadece ilişki kurulduktan sonraki aşamayı değil kurulmadan öncekini de kapsar. Yani avukat, vekalet ilişkisi kuracağı müvekkile, işi alırken davadaki avantaj ve dezavantajları, olası durumları ve sonuçları söylemekle yükümlüdür. Davanın sonuçlanması halinde ise, karara karşı gidilebilecek kanun yollarını ve kararın icra aşamasının nasıl işleyeceği ile ilgili bilgi verme yükümlülüğü altındadır. Avukat bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirirken müvekkilinin anlayabileceği bir üslup tercih etmelidir.

Avukatın, aydınlatma yükümlülüğü sadece müvekkiline karşı değildir. Bu yükümlülük avukatın adliye çalışanlarını şikayet etmesi, hakimın reddini istemesi veya aleyhine dava açıldığı durumda iddianamesi ya da dava dilekçesini baroya

²²⁶ “Avukatlar; kişisel onurları ile meslek onurunun zorunlu kıldığı haller dışında duruşmayı terk edemezler. Hakkı terk halinde derhal baronun bilgilendirilmesi gerekir. Olayda şikayetli avukatın, davacı vekili olarak üstlendiği bir davanın duruşmasında, tanık dinletme talebinin ret edilmesi üzerine, bu ne biçim adalet, tanık dinlenmediği takdirde olay aydınlığa kavuşamaz, ben bunu kabul etmiyorum diyerek duruşmayı terk ettiği, dosyada bulunan tutanak örneği ve şikayetlinin bu tutanak içeriğine uygun beyanları ile sabit bulunmaktadır. Kovuşturma konusu olayda mahkemece verilen ara kararının avukatın kişisel onuruna ve meslek onuruna yönelik bir anlam taşıdığı düşünülmüştüğünden kendisini duruşmayı terk etmeye zorlayan bir neden bulunmamaktadır. Kaldı ki avukat bu hususta baroya bilgi de vermemiştir bu nedenle avukata disiplin cezası verilmiştir.” Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulunun 08.02.1995 T ve 1995/50 E, 1995/54 K, sayılı kararı), ÇELİK, “Meslek Kurallarında Avukatın Bilgi Verme Yükümlülüğü”, s. 402, 403.

bildirilmesi durumlarını da kapsar. Ayrıca avukat başka bir meslektaşı hakkında dava açmadan ya da icra takibi başlatmadan önce de durumu baroya bildirme yükümlülüğü altındadır.²²⁷ (Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları m. 27/2).²²⁸

2. Sadakat Yükümlülüğü

Sadakat yükümlülüğü, avukat ve müvekkil arasındaki güven ilişkisine dayanmaktadır.²²⁹ Müvekkil, menfaatlerini koruyacağına, zararına olan işlerden sakınacağına inandığı, güvendiği avukatla vekalet ilişkisi kurar. Bu sebeple vekalet ilişkisinin tarafı olan ve kendisine güvenilen avukat müvekkilinin menfaatinin çatıştığı kimselerle işbirliği yapamaz, onları temsil edemez ve karşı tarafa mütalaa veremez bu gibi durumlardan da kaçınmak zorundadır, çünkü bu haller de sadakat yükümlülüğünün ihlali kapsamına girmektedir. Avukatlık Kanunu 38. maddesi de, aynı konuyla ilgili menfaatleri çatışan bir tarafa avukatlık yapmayı veya mütalaa vermeyi işi reddetme zorunluluğu sebepleri içerisinde saymıştır (Av. K m. 38/1-b).

3. Sır Saklama Yükümlülüğü

Sır saklama yükümlülüğü, avukatlık mesleğinin en önemli yükümlülüklerinden biridir. Kişilerin en özel mahrem sırlarının öğrenildiği avukatlık mesleğinde, müvekkili korumak ve özel hayatın gizliliğine hanel getirmemek adına

²²⁷ TBB meslek kurallarının “meslektaşlar arası dayanışma ve ilişkileri” bölümünde yer verilen “bilgi verme” yükümlülüğünün amacı avukatların birbirleri aleyhindeki hukuksal girişimlerde dikkatli ve özenli davranmasını sağlamak bütün girişimlerin mesleğe zarar verecek tarzda kullanılmasını geniş bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğinden dava, icra takibi, Cumhuriyet Savcılığına şikâyetler gibi her türlü hukuksal girişim madde kapsamında düşünölmeli 27/2. madde geniş yorumlanarak meslektaşlar arası dayanışma ve ilişkiler özenle korunmalıdır. (TBB Disiplin Kurulunun 20.09.2002 T ve 2002/101 E, 2002/245 K, 05.12.2003 T ve 2003/295 E, 2003/405 K. sayılı kararları), ÇELİK, “Meslek Kurallarında Avukatın Bilgi Verme Yükümlülüğü”, s. 405.

²²⁸ “Hiçbir avukat, herhangi bir meslektaşı özellikle hasım vekili meslektaşı hakkında küçük düşürücü nitelikteki kişisel görüşlerini açıkça belirtmez. Bir avukat, başka bir avukata karşı asıl ya da vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna bir yazı ile bildirir. Bu kural, bilgi verme yükümlülüğü ile bağılı olarak baroların ve Türkiye Barolar Birliği’nin üçüncü şahısların aleyhine veya üçüncü şahısların barolar ve TBB aleyhine açacağı davalar için de geçerlidir. Resmi ya da özel kuruluşlarda bağımlı olarak birlikte çalışan avukatlar, kadro görevleri ne olursa olsun, adalet ve eşitlik ilkelerinden ayrılmamaya ve iş dağıtımı, denetimi ve her türlü iş ilişkilerinde meslek dayanışmasına ve onuruna uymayan davranışlardan kaçınmaya özen göstermekle yükümlüdürler.” (TBB Meslek Kuralları).

²²⁹ ERTÜRK, *Türk Hukukunda Kamu Avukatlığı ve Bağılı Avukatlık*, s. 25.

hem Avukatlık Kanunu'nda hem de Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nda sır saklama yükümlülüğü açıkça düzenlenmiştir.

Av. Kanunu'nun 36. maddesine göre; “(1) *Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse, Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır.* (2)*Avukatların birinci fıkrada yazılı hususlar hakkında tanıklık edebilmeleri, iş sahibinin muvafakatini almış olmalarına bağlıdır. Ancak, bu halde dahi avukat tanıklık etmekten çekinebilir. Çekinme hakkının kullanılması, hukuki ve cezai sorumluluk doğurmaz.* (3)*Yukarıki hükümler, Türkiye Barolar Birliği ve baroların memurları hakkında da uygulanır.”*

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 37. maddesine göre; “*Avukat meslek sırrı ile bağlıdır. a. Tanıklıktan çekinmede bu ölçüyü esas tutar. Avukat, davasını almadığı kimselerin başvurması nedeniyle öğrendiği bilgileri de sır sayar. Avukatlık sırrının tutulması süresizdir, meslektan ayrılmak bu yükümü kaldırmaz. b. Avukat, yardımcılarının, stajyerlerinin ve çalıştırdığı kimselerin de meslek sırrına aykırı davranışlarını engelleyecek tedbirler alır.”*

Avukatın sır saklama yükümlülüğü, müvekkil ile olan vekalet ilişkisinden kaynaklı öğrendiği bilgilerin, müvekkilin özel yaşamına ilişkin olması sebebiyle sadece Avukatlık Kanunu'nda ve TBB Meslek Kuralları'nda düzenlenmemiştir. Bu yükümlülük aynı zamanda CMK'nın 46 maddesinde²³⁰ ve HMK'nın 249. maddesinde²³¹ de düzenlenmiştir. Özel hayatın gizliliğinin önemine binaen sır saklama yükümlülüğünü yerine getirmeyen avukatın TCK m. 258²³² gereğince cezai yaptırıma uğrayacağına ayrıca yer verilmiştir.

²³⁰ “(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.” (Av. K m. 46).

²³¹ “(1) Kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler. Ancak, 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükmü saklı kalmak üzere sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verildiği takdirde, bu kimseler tanıklıktan çekinemezler.” (HMK m. 249).

²³² “(1) Görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği 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 yıla kadar hapis

4. Özen Yükümlülüğü

Avukat, vekalet ilişkisi gereği müvekkilinin işlerini, davalarını ve üzerine düşen mesleğiyle alakalı her türlü görevi büyük bir dikkat ve titizlikle yerine getirmek zorundadır.²³³ Bu dikkat ve titizlik sadece davanın takibi sırasında değil, aynı zamanda dava açılırken de gösterilmelidir.²³⁴ Avukata yüklenen bu sorumluluk dava açılmasıyla başlar ve dava veya işlerin takip edilmesiyle devam eder.

Avukat dava ve işleri takip ederken amaçlanan sonuçtan değil, takip sırasında yapılan faaliyetlerin özenle yapılıp yapılmamasından sorumludur.²³⁵ Avukat dava veya işin sonucunu garanti edemez. Fakat müvekkil lehine sonuçlanması için mesleki bilgi ve tecrübesini özenle ortaya koymak zorundadır.²³⁶ Avukata yüklenen bu sorumluluk, Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir; *“Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.”*²³⁷

cezası verilir. (2) Kamu görevlisi sıfatı sona erdikten sonra, birinci fıkrada yazılı fiilleri işleyen kimseye de aynı ceza verilir.” (TCK m. 258).

²³³ “Mesleğin genel yararı, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halkla olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni egemen kılma çabası, salt avukatlık işlemleriyle sınırlandırılmaz. Geniş biçimde değerlendirilmesi mesleğin özelliği gereği olan bu alan, bir anlamda özel yaşamı bile kapsar. İnan ve güven sarsıcı durumlar, kaçınılmaz olaylar sonucunda ortaya çıksa da meslek üyesi, mesleği için özveride bulunarak çekilebilecektir. Avukatlık, tutum ve davranışlarda, giyimde, konuşmada, özel yaşamda bile özen isteyen bir meslektir. Görevin doğrudan ilgili olduğu yargı-adalet-hukuk kesimi, hiçbir gölge, kuşku ve söylentiye elverişli olmayan yücelikler alanıdır. 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. Avukat, meslek disiplin ve ahlakını olumsuz yönde etkileyecek her eylemden uzak duracak, genelde ve özelde meslek onurunu güçlendirip yükseltecektir.” (Anayasa Mahkemesinin 23.06.1989 T ve 1988/50 E, 1989/27 K sayılı kararı), ÇELİK, Lamih, “Meslek Kurallarında Avukatın Özen Yükümlülüğü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, S. 72, s. 343.

²³⁴ “Avukatın üstlendiği davayı hiçbir haklı neden olmadığı halde açmakta gecikmesi ve müvekkilinin zarar görmesine neden olması disiplin suçu oluşturur.” (TBB Disiplin Kurulunun 19.12.1992 T ve 1992/97 E, 1992/109 K. sayılı kararı), ÇELİK, “Meslek Kurallarında Avukatın Özen Yükümlülüğü”, s. 339.

²³⁵ UYAR, Talih, Avukatın “Özen Yükümlülüğü” ve “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, S. 131, s. 378; “Şikayetli avukatın üstlendiği bir davanın Ağır Ceza Mahkemesi’ndeki yargılanması sırasında birçok duruşmaya mazaretsiz olarak katılmadığı, müvekkiline bilgi vermediği ve iş sahibinden yazılı muvafakat almaya gerek görmeden aleyhte tesis edilen kararı temyiz etmediği anlaşıldığından, Baro Disiplin Kurulu’nca yapılan değerlendirme isabetli görülmüş ve kararın onanması gerekmiştir.” TBB Disiplin Kurulunun 05.03.1994 T ve 1994/16 E, 1994/24 K. sayılı kararı), ÇELİK, “Meslek Kurallarında Avukatın Özen Yükümlülüğü”, s. 340.

²³⁶ UYAR, Avukatın “Özen Yükümlülüğü” ve “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, s. 378.

²³⁷ “Avukatlık, doğruluk karinesinden yararlanan mesleklerdendir. Kişilerin bu mesleğin

5. Reklam Yapma Yasağı

Kamu hizmeti niteliğine sahip olan avukatlık mesleğinde avukatların, Avukatlık Kanunu ve meslek kuralları gereğince yazılı ve görsel basında reklam vermeleri yasaklanmıştır. Avukatlık Kanunu'nun 55. maddesindeki; *“Avukatların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kağıtlarında avukat unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır. Bu yasak, ortak avukatlık bürosu ve avukatlık ortaklığı hakkında da uygulanır.”* şeklindeki düzenlemeyle konulan yasak TBB Meslek Kuralları'nın 7. maddesinde de şu ifadelerle yer almıştır; *“Avukat, salt ün kazandırmaya yönelik her türlü gereksiz davranıştan titizlikle kaçınmalıdır. Avukat, yalnız adres değişikliğini, reklam niteliğini taşımayacak biçimde, ilan yoluyla duyurabilir. Avukatın başlıklı kağıtları, kartvizitleri, büro levhaları reklam niteliği taşıyabilecek aşırılıkta olamaz. Avukat, telefon rehberinde meslekler kısmında adres yazdırabilir. Bunun dışında farklı büyüklükte harflere ya da ilan niteliğinde yazılara yer veremez. Ortak büro kuran avukatlar, büronun reklam aracı olmamasına, hukuk bürosu olma niteliğini yitirmemesine dikkat ederler.”*²³⁸

Avukatların reklam yapma yasağı sadece Avukatlık Kanunu'nda ve TBB Meslek Kuralları'nda düzenlenmemiş, TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği'nde de düzenlenmiştir. Bu yönetmelikle günümüz koşulları göz önüne alınarak internet ile ilgili hükümlere yer verilmiştir.²³⁹

mensuplarına inançları asıldır. Bu nedenle, avukatların, kolektif inanca ters düşecek ve bu inancı sarsacak davranışlardan dikkatle kaçınmaları gerekir.”(TBB Disiplin Kurulunun 09.04.1994 T ve 1994/27 E, 1994/31 K. sayılı kararı), ÇELİK, “Meslek Kurallarında Avukatın Özen Yükümlülüğü”, s. 343.

²³⁸ “Avukatın dava giderlerini üstlenmesi, meslektaşlar arasında rekabete yol açabilecek nitelikte ve meslek etiğine uygun düşmeyen bir davranıştır.”(TBB Disiplin Kurulunun 19.01.2002 T ve 2001/197 E, 2001/24 K. sayılı kararı), ÇELİK, “Meslek Kurallarında Avukatın Özen Yükümlülüğü”, s. 343.

²³⁹ “Bu yönetmelik kapsamında olanlar, internet dahil, teknolojinin ve bilimin olanak tanıdığı her tür ortamda avukatlık mesleğinin onur ve kurallarına, avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene, Türkiye Barolar Birliği tarafından belirlenen “Avukatlık Meslek Kuralları”na aykırı olmayacak şekilde kendisini ifade etme hakkına sahiptir.

Bu Yönetmelik kapsamında olanlar, mesleki faaliyetlerini internet üzerinden sürdürmek, müvekkillerini bilgilendirmek, mesleki makalelerini ve bilimsel çalışmalarını yayımlamak amacıyla internet sitesi açabilir. Tabelada, basılı evraklarında ve internet sitesinde tercih ettiği e-posta adreslerini kullanabilir. İnternet sitesi üzerinden mesleki faaliyetini yürütürken avukatlık mesleğinin onur ve kurallarına, avukat unvanının gerektirdiği saygı ve güvene aykırı olmamak şartı ve gerekli güvenlik tedbirlerini alarak, sır saklama yükümlülüğüne uygun davranmak kaydı ile internetin kendine özgü araçlarını ve sadece ilgili kişinin ulaşabileceği, şifre-algoritma ile korunan internet sitesinin geri planında kişiselleştirilmiş “sanal ofis” benzeri uygulamaları kullanabilir. Bu uygulamalar ilgisinin dışındakilerin kullanımına açılmaz.

6. Dosya Tutma Yükümlülüğü

Avukatlık Kanunu m. 52'ye göre; “Avukat, üzerine aldığı her iş yahut yazılı mütalasına baş vurulan her husus hakkında düzenli dosya tutmak zorundadır. Avukat, kendisi tarafından yazılan veya taslağı yapılan her belgeyi imzalamakla yükümlüdür.” Bu hem bir yükümlülük hem de avukatın müvekkileriyle olan iletişimde, müvekkile dosyayla ilgili bilgi verme yani aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesinde araçtır. Dava ve işlerini yürütürken dosya tutan bir avukat, işin/ davanın hangi aşamada olduğunu, nelerin yapıldığını ve yapılacakların neler olduğunu daha kolay bir şekilde planlayabilecek böylece işini yaparken özenle ifa yükümlülüğüne riayet etmiş ve en etkili araçlarından biri olan dosya tutma yükümlülüğünü de yerine getirmiş olacaktır. Avukata verilen dosya tutma yükümlülüğü sadece işi yaparken değil, işin sona ermesinden itibaren de devam eder. İşin sona ermesiyle birlikte avukata, tutulan dosyanın müvekkile yazılı bildirimle geri alma çağrısında bulunmadığı durumlarda üç yıl saklama zorunluluğu verilmiş ve bu zorunluluk, Av. K m. 39'da şu ifadelerle düzenlenmiştir; “Avukat, kendisine tevdi olunan evrakı, vekaletin sona ermesinden itibaren üç yıl süre ile saklamakla yükümlüdür. Şu kadar ki, evrakın geri alınması müvekkile yazı ile bildirilmiş olduğu hallerde saklama yükümlülüğü, bildirme tarihinden itibaren üç ayın sonunda sona erer.

Bu Yönetmelik kapsamında olanlar açacakları internet sitelerinde;

a) Site sahibi ya da sahiplerinin adı soyadı varsa akademik unvanı, avukatlık ortaklığı ise tescil unvanı, avukatlık bürosu ise büro unvanı, fotoğrafı, Türkiye Barolar Birliği ve baro sicil numaraları, mesleğe başlama tarihi, mezun oldukları üniversite, bildikleri yabancı dil, mesleki faaliyetin yürüttüğü büro adresi, telefon ve faks numaraları, e-posta adresi, baro ve Türkiye Barolar Birliği seçimlerine yönelik oy verecek üye ve delegeleri kendileri ve diğer adaylar hakkında bilgilendirme gibi bilgilerin bulunmasını sağlar,

b) İş sağlama amacına yönelik olmamak ve meslektaşlarıyla haksız rekabete yol açmamak kaydıyla internet sitelerini arama motorlarına kayıt ederken anahtar kelime (keyword) olarak; "adı ve soyadı", "avukatlık ortaklığı unvanı", "avukatlık bürosu unvanı", "bulunduğu şehir ve kayıtlı oldukları baro" "avukat, hukuk, hukukçu, adalet, savunma, iddia, eşitlik, hak" dışında bir sözcük ya da tanıtım tümcesi kullanamaz,

c) İş sağlama amacına yönelik ve meslektaşlarıyla haksız rekabete yol açacak şekilde, internet kullanıcılarını kendi sitesine veya kendi sitesinden bir başka siteye yönlendirecek internet kısa yolları kullanamaz, kullanılmasına izin veremez ve reklam veremez ve alamaz.” (TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği m. 9).

İKİNCİ BÖLÜM

AVUKATIN ARANMASI

I. KORUMA TEDBİRİ OLARAK ARAMA

A. Genel Olarak Koruma Tedbirleri

Ceza muhakemesinin yürütülmesini ya da muhakeme sonunda verilen hükmün infazını sağlamak amacıyla, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda geçici olarak başvurulanan, hükmün kesinleşmesinden önce temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren,²⁴⁰ yetkili merci kararı ile soruşturma ve kovuşturma devrelerinin her aşamasında başvurulabilen tedbirlere koruma tedbirleri denir.²⁴¹

Koruma tedbirlerinin bir üst kavramı tehlike tedbirleridir. Tehlike tedbirleri, toplum içerisinde bireylerin uzak veya yakın bir tehlikeyle karşı karşıya kaldıklarında bu tehlikeye karşı zarar görmelerini önlemek ya da bu tehlikeyi ortadan kaldırmak için uygulanan tedbirlerdir.²⁴² Tehlike tedbirleri iki çeşittir; birincisi, toplum düzeninin korunmasına hizmet eden, toplumun karşı karşıya kaldığı uzak tehlikenin önlenmesini ve suçun meydana gelmesinin engellenmesini sağlayan önleme tedbirleri; ikincisi ise, toplumu önlenemeyen yakın tehlikeden korumaya çalışan suçun işlenmesinden sonra ortaya çıkan koruma tedbirleridir.²⁴³ Koruma

²⁴⁰ Kaynağını Anayasa'nın 13. maddesinde; “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” şeklinde düzenlenen ifadeden almıştır.

²⁴¹ YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 261; ÜNVER, Yener, HAKERİ, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Adalet Yay., 2014, s. 328; ERDAGÖZ, Özcan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, (Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi SBE), 2008, s. 3; YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 261.

²⁴² ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 3.

²⁴³ YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 261; ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 3.

tedbirleri 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90 ve 140. maddeleri²⁴⁴ arasında düzenlenmiştir.²⁴⁵

Ceza muhakemesinin amacı, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır.²⁴⁶ Maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında; muhakeme sürecinde delillerin karartılmaması, suç konusu eşyaya el konulabilmesi, suç şüphesi altında olan kişinin yakalanabilmesi ve ceza muhakemesinin amacının gerçekleşebilmesi için henüz hüküm kurulmadan toplum menfaati göz önüne alınarak kişinin, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun uygun tedbirine göre temel hak ve özgürlüklerinin koruma tedbiriyle kısıtlanması söz konusudur.²⁴⁷ Koruma tedbirleri, sadece hükmün kurulabilmesi ya da delillerin karartılmaması için kullanılan tedbirler değildir, toplumun adalete olan güvenini sağlayabilmek, suç işleyen kişilerin cezai yaptırımlarla karşılaşacakları ve bu yaptırımların da infaz edilebilirliğini göstermek amacıyla, hükmün infazını sağlamak için de başvurulabilen tedbirlerdir.²⁴⁸

B. Koruma Tedbirlerinin Özellikleri ve Şartları

1. Koruma Tedbirlerinin Özellikleri

Ceza muhakemesinin amacını gerçekleştirmek için yetkili mercilerin kararıyla henüz hüküm kurulmadan, temel hak ve özgürlüklere yasayla getirilen, geçici bir sınırlama olan koruma tedbirlerinin, yasa ile düzenlenme, geçici olma, araç olma, hükümden önce temel hak ve özgürlükleri sınırlama ve yetkili merci kararı şeklinde olan özelliklerinden kısaca bahsedilecektir.²⁴⁹

²⁴⁴ Yakalama ve gözaltı, tutuklama, adli kontrol, arama ve el koyma, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme.

²⁴⁵ YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 299; ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s.3; ÜNVER, HAKERİ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 328.

²⁴⁶ GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku 1*, s. 3; YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 269.

²⁴⁷ TURGUTALP, Mehmet Ali, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi (5271 Sy. CMK'nın 135. Maddesi*, (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE), 2011, s. 2; BİLGE, Samet Selahattin, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE), 2016, s. 2; YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 299.

²⁴⁸ ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 3.

²⁴⁹ YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.300; ŞAHİN, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Hukuku 2*, Ankara, Adalet Yay., 2018, s. 5.

a. Yasa ile Düzenlenme Zorunluluğu

Koruma tedbirleri, henüz hüküm verilmeden önce kişilerin temel hak ve hürriyetlerine müdahale teşkil eder. Bu sebeple Anayasa'nın 13. maddesine göre, *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”* Yani temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ancak sınırlamanın yasayla düzenlenmiş olmasına bağlıdır.²⁵⁰ Yasa ile düzenlenen koruma tedbiri, yasada sadece isim olarak yer almalı, aynı zamanda tedbirin şartları ve uygulanma usulü de düzenlenmelidir.²⁵¹

b. Geçici Olma

Koruma tedbirleri, ceza muhakemesinin amacı olan; maddi gerçeğe ulaşılmasına, hükmün kesinleşmesine ya da hedeflenen amacın gerçekleşmeyeceğinin anlaşılmasına kadar uygulanabilir.²⁵² Yani koruma tedbirleri geçici tedbirlerdir, amacın gerçekleşmesi ya da hükmün kesinleşmesiyle birlikte tedbire derhal son verilmesi gerekir.²⁵³ Örneğin tutuklu olarak yargılanan bir sanığın, beraat kararı almasıyla tutuklama koruma tedbiri derhal ortadan kalkar ve kişi tahliye edilir. Sanığın beraat almasına rağmen tedbire hemen son verilmemiş olması ve tedbirin devam etmesi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturacaktır. Geçici nitelikte olan koruma tedbirleri, hükümle sona erebileceği gibi, koruma tedbirinin uygulanması için alınan kararda da tedbirin ne zaman sona ereceği ile ilgili zaman sınırlamasına yer verilebilir.²⁵⁴

²⁵⁰ TIRTIR, Mustafa, *Telekomünikasyon Yolu ile İletişimin Denetlenmesi*, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi SBE), 2015, s. 5; ŞAHİN, *Ceza Muhakemesi Hukuku 2*, s. 5.

²⁵¹ ŞAHİN, *Ceza Muhakemesi Hukuku 2*, s. 5.

²⁵² ŞAHİN, *Ceza Muhakemesi Hukuku 2*, s. 13.

²⁵³ TIRTIR, *Telekomünikasyon Yolu ile İletişimin Denetlenmesi*, s. 5.

²⁵⁴ “Hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılır. (2) Yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılamıyorsa, aynı süre içinde yakalandığı yer adliyesinde, mevcut değil ise en yakın adliyede kurulu sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması suretiyle yetkili hâkim veya mahkeme tarafından bu kişinin sorgusu yapılır veya ifadesi alınır.” (CMK m. 94).

c. Araç Olma

Koruma tedbirleri, bir cezalandırma yöntemi ve ceza muhakemesinin amacı olmadığı gibi tek başına bir anlam da ifade etmezler.²⁵⁵ Koruma tedbirleri, ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşmasını sağlamak, delillerin karatılmasının önüne geçmek, verilen hükmün infazını sağlamak amaçlarını taşıyan bir araçtır.²⁵⁶ Koruma tedbirlerinin muhakemenin amacını sağlamak gibi işlevleri olmadığı için yargılama sırasında birden fazla koruma tedbirine hükmedilebileceği gibi koruma tedbirlerinin birbirine dönüşme ihtimalleri de vardır.²⁵⁷ Örneğin, suç şüphesi altında bulunan bir kişinin yakalanması ve evinin aranması için, yakalama, gözaltı ve arama tedbirlerine aynı anda başvurmak gerekebilir. Hatta yapılan arama sırasında suç eşyasına el konulmuş ise el koyma koruma tedbiri devreye girecektir. Tutuklu sanığın ceza muhakemesi sonunda ceza alması durumunda ise, tutuklama koruma tedbiri hükmün infazı amacına hizmet etmiş olan araç koruma tedbiri olacaktır.

d. Temel Hak ve Özgürlüklerin Bazılarının Hükümden Önce

Sınırlandırılması

Koruma tedbirlerinin ortak özelliklerinden bir diğeri, temel hak ve özgürlüklerin ²⁵⁸ henüz daha kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü olmadan sınırlandırılmasıdır. Temel hak ve özgürlüklerin önemi sebebiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8²⁵⁹, 9²⁶⁰ ve 10.²⁶¹ maddeleri ile 1. ek protokolün 1 ve 2. maddelerinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının şartlarına ve sınırlamanın kanunla düzenlenmesi zorunluluğuna yer verilmiştir.²⁶² Anayasa'nın da 13. maddesinde²⁶³ sınırlamanın, Anayasa'nın ilgili maddelerindeki sebeplere bağlı

²⁵⁵ YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 303.

²⁵⁶ ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 13.

²⁵⁷ BİLGE, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 3; YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 306.

²⁵⁸ “ırk, renk, cins, dil, din, siyasi veya diğer bir ahide, milli veya sosyal menşe, servet, doğuş veya diğer herhangi bir fark gözetilmeksizin, insanın insan olması sebebiyle her insan tarafından istifade edilebilen haklardır.” (İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 1), TURGUTALP, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi* (5271 Sy. CMK'nın 135. Maddesi), s. 3.

²⁵⁹ Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması

²⁶⁰ Düşünme Vicdan ve Din Özgürlüğü

²⁶¹ İfade Özgürlüğü

²⁶² TURGUTALP, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi* (5271 Sy. CMK'nın 135. Maddesi), s. 3.

²⁶³ “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne

kalarak, anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak yapılabileceği düzenlenmiştir. Anayasa'nın 19. maddesinde,²⁶⁴ tutuklama, yakalama ve zorla getirme; Anayasa'nın 20²⁶⁵ ve 21. maddelerinde arama ve el koyma; 22. maddesinde²⁶⁶ iletişimin denetlenmesi ve 23. maddesinde²⁶⁷ de yurt dışına çıkmamak şeklindeki adli kontrol tedbirlerinin uygulanma şartlarına yer verilmiştir.

e. Yetkili Merci Kararı

Hüküm verilmeden önce, temel hak ve özgürlüklere müdahale söz konusu olduğu için, koruma tedbirlerinin uygulanmasında kural olarak hakim kararı

ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” (Anayasa m. 13).

²⁶⁴ “Şekil ve şartları kanunda gösterilen: Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir. Hakim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir. Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hakim huzuruna çıkarılınca kadar bildirilir. Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal (...) 14 ve savaş hallerinde uzatılabilir. Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir. Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.” (AY m. 19).

²⁶⁵ “Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.” (AY m. 20).

²⁶⁶ “Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.” (AY m. 22).

²⁶⁷ “Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlandırılabilir.” (AY m. 23).

aranır.²⁶⁸ Hakim kararının aranmasına istisna olarak gecikmesinde sakınca bulunan haller düzenlenmiştir. Bu hallerde hakim onayına sunulmak ön koşuluyla Cumhuriyet Savcısı veya kolluk kuvvetleri koruma tedbirinin uygulanmasına karar verebilirler ²⁶⁹ . Fakat Cumhuriyet savcısı veya kolluk kuvvetlerinin emriyle gerçekleşen bu istisnai durum tüm koruma tedbirleri için geçerli değildir. Gecikmede sakınca bulunan hallerin mevcudiyetinde bile Cumhuriyet savcısı veya kolluğun kararı ile uygulanamayacak koruma tedbirleri de mevcuttur.²⁷⁰

2. Koruma Tedbirlerinin Şartları

Kişi hak ve hürriyetlerine müdahale niteliği taşıyan koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için bazı şartlar düzenlenmiştir. Bu şartlar gerçekleşmeden temel haklara müdahale mümkün olmayacaktır. Koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için, gecikmede sakınca bulunması, görünüşte haklılık ve ölçülülük şartlarının bulunması gerekir.

a. Gecikmede Sakınca Bulunması

Gecikmede sakınca bulunması; uygulanması gereken koruma tedbirlerinin uygulanmadığı zaman, suç şüphesi altında bulunan kişinin kaçma ihtimalinin, delilleri karartma ihtimalinin veya ceza muhakemesinin amacının tehlikeye düşme ihtimalinin var olduğu durumlardır.²⁷¹ Koruma tedbirinin uygulanması bir aciliyeti barındırmalıdır. Kanun koyucu, bazı maddelerde gecikmede sakınca bulunan ve aciliyet barındıran hallere açıkça yer vermiştir. Bu maddelerden bir tanesi de Ceza Muhakemesi Kanunu'nun tutuklama koruma tedbirini düzenleyen 100. maddesidir. CMK'nın 100. maddesinin 2. fıkrasındaki; “Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir...” şeklindeki hüküm ile gecikmede sakınca bulunan hallerin neler olduğu ve hangi koşulların gerçekleşmesi halinde tutuklama koruma tedbirine gidilebileceği düzenlenmiştir. Bazı koruma tedbirlerinde ise, kanun koyucu, koruma

²⁶⁸ ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 14.

²⁶⁹ “Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler.” (CMK m. 119/1).

²⁷⁰ “Soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde sanığın tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re'sen mahkemece karar verilir.” (CMK m. 101/1).

²⁷¹ ŞAHİN, *Ceza Muhakemesi Hukuku* 2, s. 14; YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 301.

tedbirini uygulayacak yetkili mercie gecikmede sakınca bulunması durumunu tayin etme yetkisi vermiştir. Bu duruma örnek olarak CMK'nın arama koruma tedbirini düzenleyen 119. maddesindeki; “*Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler.*” ifadeleri verilebilir.

b. Görünüşte Haklılık

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için bir hakkın tehlikeye düşmüş olması gerekir.²⁷² Hakkın var olduğu ve tehlikede olduğu konusunda kesinlik aranmamaktadır. Çünkü koruma tedbirleri, ceza muhakemesinin maddi gerçeği ortaya çıkarma amacının aracı olarak uygulanır, yani henüz maddi gerçeğe ulaşılmadan hakkın tehlikede olduğu ile ilgili kesinlik aramak hayatın olağan akışına uygun düşmeyecektir. Fakat önemli olan görünüşte yani ilk bakışta tedbirin uygulanmasının haklı olacağı ihtimalinin yüksek olmasıdır. Eğer yargılama sırasında ya da yargılama sonunda tedbirin haksız yere uygulandığı ortaya çıkmış ise, kanun koyucu kişilere, uygulanan tedbirden dolayı gördükleri zarardan ötürü Ceza Muhakemesi Kanunu 141 ve devamı maddelerince zararın nasıl tazmin edilebileceğini düzenlemiştir.

c. Ölçülülük

Ölçülülük ilkesi, hedeflenen amaç ile bu amacın elde edilebilmesi için uygulanan koruma tedbirinin uygun olmasını ve aralarındaki dengenin sağlanmasını ifade eder.²⁷³

Ölçülülük ilkesinin gerçekleşebilmesi için gereken şartlardan biri de uygulanan koruma tedbirinin gerekli olmasıdır. Yani söz konusu olan tedbir uygulanmadığı zaman delillerin karartılma ihtimalinin veya şüphelinin/sanığın kaçma ihtimalinin yüksek olması ve başka bir koruma tedbiriyle hedeflenen amacın sağlanamayacak olması gerekir.

²⁷² YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 303; ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 15.

²⁷³ YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 303; ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 16.

Diğer bir husus ise, uygulanan koruma tedbirinin elverişli olmasıdır. Yani araç olarak kullanılan koruma tedbiri maddi gerçeğe hizmet etmelidir. Örneğin, koruma tedbiri olarak hakkında tutuklama kararı verilen bir şüpheliye, kaçma şüphesinin varlığı sebep gösterilerek yurt dışına çıkmamak şeklindeki adli kontrol tedbirinin uygulanması durumunda açıkça elverişsizlik olduğu görülecektir. Maddi gerçeğe hizmet etmeyen, bu amaca ulaştırmayacak koruma tedbirleri elverişsiz olacak ve uygulanan koruma tedbiri de hukuka aykırı hale gelecektir.

Son olarak ölçülülük ilkesi orantılılık ilkesini de içinde barındırmaktadır. Yani anayasal bir ilke (AY m. 13) olan ölçülülük ilkesinin gerçekleşebilmesi için, koruma tedbiriyle hedeflenen amaçtan elde edilecek yararlar ihlal edilen temel hak ve özgürlükler arasında bir denge olmalıdır.²⁷⁴ Kanun koyucu bazı koruma tedbirlerinde dengenin nasıl sağlanacağını ölçütlerini vermiştir. Buna göre CMK m. 133'te; *“Bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir.”* şeklindeki düzenlemeyle şirket yönetimi için kayyum tayini koruma tedbirinin uygulanması bazı suçların varlığına bağlı kılınmıştır. Yine Ceza Muhakemesi Kanunu tutuklama koruma tedbirinin kişi hürriyetine yapılan ağır bir müdahale olması sebebiyle CMK m. 100/4'te yer alan; *“Sadece adli para cezasını gerektiren suçlarda veya vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenenler hariç olmak üzere hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez.”* hükmü ile sayılan durumlarda tutuklanma tedbirinin uygulanmasını yasaklamıştır.

C. Arama Kavramı, Aramaya Hakim Olan İlkeler ve Aramanın Türleri

1. Arama Kavramı

Kelime anlamı olarak arama, Türkçe sözlükte; *“arama işi, taharri, araştırma, gizli olanı bulma”*²⁷⁵ anlamlarına gelirken aramak, *“birini ya da bir şeyi bulmaya çalışmak, arama için yapılan faaliyet, araştırma işlemi, yoklama”*²⁷⁶ anlamlarına

²⁷⁴ TIRTIR, *Telekomünikasyon Yolu ile İletişimin Denetlenmesi*, s. 6; YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 303.

²⁷⁵ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, 17.04.2020 Erişim T.

²⁷⁶ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, 17.04.2020 Erişim T.

gelmektedir. Arama, hukuk sözlüğünde ise, “birini ya da bir şeyi bulmaya çalışmak”²⁷⁷ şeklinde tanımlanmıştır.

Doktrindeki arama tanımlarına bakıldığında yapılan ortak bir tanım olmadığı ve tanımlamaların birbirinden farklı olduğu görülecektir. Doktrindeki tanımlar derlendiği zaman şu şekilde bir arama tanımı yapılabilecektir. Arama, kural olarak hakim kararıyla istisnaen de gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının veya kolluk amirinin yazılı emriyle şüpheli, sanık ya da üçüncü kişilerin üzerinde, eşyasında, aracında, konutunda veya iş yeri ve sair yerlerinde gizli saklı olan bir şeyin ortaya çıkarılması için yapılan araştırma faaliyetidir.²⁷⁸

Koruma tedbiri anlamında arama ise, saklanan kişinin ya da gizlenen eşyanın önleme ya da adli amaçlarla ortaya çıkarılması için yapılan araştırma faaliyetidir.²⁷⁹

Hukumumuzda arama ile alakalı en temel hükümler, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 116 ve 137. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra 25832 sayılı AVÖAY ve Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nda da arama ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Fakat aramanın tanımına 1982 Anayasası’nda, 5271 sayılı CMK’da ve mülga 1412 sayılı CMUK’da yer verilmemiştir. Aramanın tanımı ilk olarak 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı AVÖAY’nin 5. maddesinde yapılmıştır. AVÖAY madde 5’e göre arama; “Adli arama, bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde özel kağıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir.” şeklinde tanımlanarak aramanın amacı ve kapsamı da ifade edilmiştir. Benzer bir tanım da Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Yönetmeliği’nin 113. maddesinin 1. fıkrasında şu şekilde yapılmıştır; “Jandarmanın, adli göreve ilişkin olarak, kanun ve nizamlar çerçevesinde yapacağı aramalar; şüphelinin, sanığın ve delil olabilecek ya da

²⁷⁷ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, 17.04.2020 Erişim T.

²⁷⁸ ÖZBEK, V. Özer, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Ankara, Seçkin Yay., 1999, s. 17; BAKİ, Yunus, *Adli Arama*, (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE), 2007, s. 2; BİLEN, Mesut, *Adli Arama ve Önleme Araması*, (Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi SBE), 2006, s. 14; YALÇIN, Hüseyin, *Önleme Araması*, (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE), 2010, s.6; ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 18.

²⁷⁹ YALÇIN, *Önleme Araması*, s. 6.

zoralmı konusu eşyaların elde edilmesi için yürütülen araştırma faaliyetleridir.” Arama ile ilgili Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun 9. maddesinde ise şu bilgiler yer almaktadır; “Polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usûlüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar.”

Arama koruma tedbirinin sonunda iki durum ortaya çıkacaktır. Bu durumlardan birincisi; koruma tedbirinin amacına ulaşılması halinde yani aranan kişi ya da eşyanın bulunması durumunda bu koruma tedbirinin diğer koruma tedbirlerini takip edeceği vasıta tedbirlerdir. Çünkü arama, şüphelinin veya sanığın yakalanması halinde yakalama²⁸⁰ ve eşyanın suç delili olması halinde de el koyma²⁸¹ gibi ceza muhakemesinin amacına hizmet edecek diğer koruma tedbirlerine dönüşür.²⁸² İkinci durum ise, arama koruma tedbirinin amacına ulaşamaması yani sanık hakkında beraat kararına hükmedilmesi ya da şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın verilmesi ile sonuçlanmasıdır.²⁸³

Arama faaliyeti gizli olan veya saklanan bir şeyin ya da kişinin ortaya çıkarılması için yapılır, yani arama koruma tedbirinde kişilerin özel hayatlarına müdahale söz konusudur. İdari kontrolün²⁸⁴ dışında kalan, şekli açıdan önleme aramasının ve adli aramanın özelliklerini taşıyan, fakat unsurlarındaki eksikliklerden dolayı arama sayılmayan durumlar da mevcuttur. Bu durumlardan aşağıda kısaca bahsedilecektir.²⁸⁵

²⁸⁰ CMK m. 98 vd.

²⁸¹ CMK m. 120 vd.

²⁸² BAKİ, *Adli Arama*, s. 3; YALÇIN, *Önleme Araması*, s. 9.

²⁸³ BAKİ, *Adli Arama*, s. 3; YALÇIN, *Önleme Araması*, s. 9.

²⁸⁴ AVÖAY’nin 18. maddesine göre, maddede sayılan idari kontroller “şartları oluştuğunda kolluk tarafından kendiliğinden yapılabilir.” Örneğin, umuma açık istirahat ve eğlence yeri sayılan otel, motel, pansiyon, kamping ve benzeri konaklama yerleri gibi yerlerin genel güvenlik ve asayiş yönünden denetimi, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’na göre araçlarda bulunması gerekli eşyaların denetimi, sınır kapılarından giriş çıkış yapanların pasaport denetimleri ve kimlik sorma gibi idari kontrol ve denetimler teknik olarak arama kavramına dahil değildir. Yani bu kontroller adli arama ve önleme araması kapsamına girmemektedir.

²⁸⁵ ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 19.

a. Beş Duyu Organı ile Varlığı Algılanabilen Delil, İz veya Emlaklar

Yukarıda da bahsedildiği üzere bir faaliyetin teknik manada arama sayılabilmesi için, saklanmış veya gizlenmiş bir kişinin ya da bir nesnenin (menkulün) ortaya çıkarılmaya çalışılması gerekmektedir. Eğer gözle görülebilen ya da işitilerek algılanabilen bir delil ya da iz varsa bu durumda teknik anlamda aramadan bahsedilemez.²⁸⁶ Teknik anlamda aramadan bahsedilebilmesi için gizli tutulma iradesinin varlığı aranır. Yani arama faaliyeti gerçekleştirilirken kişinin özel hayat alanına bir müdahale olması gerekir. Örneğin, kendi arabasında seyir halinde giden bir kişinin polis tarafından durdurulmasında şoför koltuğunun yanında herkes tarafında görülebilecek bir şekilde silahın fark edilmesi ve polis memuru tarafından silaha el konulması bir arama faaliyeti değildir. Silah gizlenmemiş ve silahın bulunabilmesi için özel bir gayret de sarf edilmemiştir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi bir kararında, polisin helikopter ile uçuş kurallarına uygun bir şekilde uçuş yaptığı sırada etrafı tellerle çevrili bir bahçede uyuşturucu ve uyarıcı madde yetiştirildiğini görmüş ve bu durumu fotoğraflamıştır. Bunun üzerine açılan dava Yüksek Mahkemeye gitmiş ve mahkeme uçuşun kurallara uygun yapıldığına, özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmediğine, bu durumun arama kapsamına girmeyeceğine karar vermiştir.²⁸⁷

b. Konutta ve Diğer Mahallerde Arama Sayılmayan Haller

Terk edilmiş, kullanılmayan evde araştırma yapılması ya da terk edilmiş eşyanın yoklanması teknik anlamda arama kapsamına girmez.²⁸⁸ Çünkü yapılan işlemin arama sayılabilmesi için, hem özel hayatın gizliliğini ihlal etmesi hem de kişide saklanma ya da gizlenme iradesinin bulunması gerekmektedir. Terk edilmiş ya da kullanılmayan alanlarda bu durumlar söz konusu değildir. Terk edilmiş olmasa da bahçeye ya da evin dıştan görülebilecek diğer eklentilerine sadece gözle bakmak, içine girmemek arama sayılmayacaktır.

²⁸⁶ ÖZBEK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 18; BAKİ, *Adli Arama*, s. 3.

²⁸⁷ OPTİCAN, Scoot L., *Amerika, Kanada ve Yeni Zellanda'da Hukuka Aykırı Deliller, Arama ve İkrar*, Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller, Çev. Feridun Yenisey, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yay., 2006, s. 43-47; ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 20.

²⁸⁸ ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 21; YALÇIN, *Önleme Araması*, s. 9.

c. Araçlarda Arama Sayılmayan Haller

Kanunların izin verdiği hallerde polisin aracı durdurması ve aracın dedektör köpekler vasıtasıyla koklatılması ya da elektromanyetik araçlarla incelenmesi arama kapsamına girmemektedir.²⁸⁹ Bu durum AVÖAY'nin 18. maddesinde idari denetim olarak düzenlenmiştir. Terk edilmiş, kullanılmayan aracın üstünde araştırma yapılması teknik anlamıyla bir arama faaliyeti değildir. Hatta park yasağı olan bölgelerde de yasağa rağmen aracın bırakılması ve buna müteakip aracın çekilmesi ve incelenmesi arama işlemi değildir.²⁹⁰

d. Kişilerin Terk Ettiği Eşya Üzerinde Delil Araması

Yukarıda da ifade edildiği üzere, kişilerin terk ettiği veya çöpe attığı eşyalar üzerinde hakimiyetleri kalmadığı, gizleme ve saklama iradelerinin olmadığı anlaşılabacağından, bu eşyalar üzerinde yapılacak araştırma işlemi de özel hayatın gizliliğini ihlal etmeyecek ve bu sebeple teknik anlamda arama işlemi sayılmayacaktır. Fakat bu durumun ülkeden ülkeye kültürel farklılıklar sebebiyle değişim gösterebileceği unutulmamalıdır.

Örneğin, Yeni Zelanda'da yapılan araştırmalar neticesinde insanların çöplerinin üzerinde yapılacak araştırma faaliyetinin, özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği belirtilmiş ve polislerin kapıya atılan çöpler üzerinde yapacağı araştırma işleminin teknik anlamda arama olup olmayacağı tartışmaları ortaya çıkmıştır. Yeni Zelanda'daki durumun tam tersi duruma Amerika'da rastlanmaktadır. Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne göre; kapıya bırakılan çöplerin özel hayatın gizliliğiyle bağının kalmadığı, terk edildiği anda bu gizliliğin kalktığı, bu sebeple çöpler üzerinde yapılan araştırma işleminin arama olmadığı kabul edilmiştir.²⁹¹

e. Durdurma, Soru veya Kimlik Sorma, Sıvazlayarak Silah Kontrolü Yapma

Kolluk görevlilerinin kişileri durdurarak kimlik sormaları veya soru sormaları bir arama işlemi değildir. “... olay tarihinde ... caddesi... sokak ile ... sokak kesişiminde gerçekleştirilen devriye görevi sırasında, görevlilerin, mesleki tecrübelerine ve içinde bulundukları durumdan çıkardıkları izlenime göre; sigara

²⁸⁹ BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 15; YALÇIN, *Önleme Araması*, s. 7.

²⁹⁰ ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 23.

²⁹¹ OPTİCAN, *Amerika, Kanada ve Yeni Zelanda'da Hukuka Aykırı Deliller, Arama ve İkrar*, s. 43-47.

satışı yapması nedeniyle tanıdıkları sanığın, geçmiş tarihlerde sigara sattıklarını bildikleri mevkiye doğru sırtında dolgun vaziyetteki bir çanta ile gittiğini görmeleri nedeniyle şüphelenerek oluşan bu makul sebep nedeniyle PYSK'nın 4/A maddesinin verdiği yetkiye dayalı olarak sanığı durdurdukları, sanığın tedirgin hareketler sergilenmesinin işlenmekte olan bir suçun varlığına ilişkin şüpheyi arttırdığı, sanığa sırt çantasında ne olduğu sorulduğunda, içerisinde bandrolsüz sigara olduğunu söyleyerek bu sigaraları görevlilere rızaen teslim etmesinin “gizlenmiş bir şeyi bulmaya çalışma ve araştırma” anlamlarına gelen arama işlemi olarak değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla suçun delili ve konusunu oluşturan sigaraların ele geçirilip muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu”²⁹² Ceza Genel Kurulu'nun verdiği bu kararda kolluğun durdurma ve soru sormasının arama olmadığına, soru sormanın gerçekleşmesi üzerine kişinin kendisinin teslim ettiği eşyanın da aramayla ele geçmiş eşya statüsünde olmadığına karar verilmiştir. Yine kişinin yakalanmasının ardından sıvazlama yöntemiyle silah ve benzeri şeylerin araştırılması teknik anlamda arama faaliyeti değildir.²⁹³

2. Aramaya Hakim Olan İlkeler

a. Hukuk Devleti İlkesi

Hukuk devleti, 17 ve 18. yüzyıllarda ortaya çıkan, kişi hak ve özgürlüklerine yapılan müdahalede sınır tanımayan polis devleti anlayışına karşı olarak meydana gelen devlet anlayışıdır.²⁹⁴

Hukuk devleti, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin hukuki güvenceye alındığı, devletin de eylem ve işlemlerini hukuk kuralları çerçevesinde gerçekleştirdiği devlet olarak tanımlanır.²⁹⁵

1982 Anayasası'nın 2. maddesinde de; “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.” ifadeleriyle Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk

²⁹² CGK, 17.01.2017 T ve 2016/7-63 E, 2017/9 K.

²⁹³ “Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanunî haklarını derhal bildirir”. (CMK m. 90/4).

²⁹⁴ BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 21.

²⁹⁵ ERDEMİR, “Hukuk Devleti ve Savunma Hakkı”, s. 81.

devleti olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi de kararlarında hukuk devletini şu şekilde tanımlamıştır; *“Her işlem ve eylemi hukuka uygun olan, insan haklarına saygılı, insan hak ve özgürlüklerini koruyup güçlendiren, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine tabi olan devlet”*.²⁹⁶ *“Hukuk devleti, her işlemi hukuka uygun olan, insan haklarına saygı gösteren, insan hak ve özgürlüklerini koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlarından kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir”*.²⁹⁷ Hukuk devletinin temelinde, insan olmak sebebiyle sahip olunan dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez olan temel hak ve özgürlüklerin korunması ve güvence altına alınması vardır. Bu durum 1982 Anayasası’nın 12. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir; *“Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez olan temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin, topluma ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.”*

Keza hukuk devleti, insan haklarının gerçekleştirilmesi, adaletin sağlanması ve güvenliğin temin edilmesi temeli üzerine kurulmuştur.²⁹⁸ Yani temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmadığı, vatandaşların korku içinde yaşadıkları, başlarına her an bir şey gelebileceği endişesi taşıdıkları ve devletin tüm özel alanlara müdahalede bulunabileceği kaygısıyla yaşamlarına devam ettikleri devlet, hukuk devleti olmaktan çok uzak ve ancak polis devleti olabilecek nitelikte bir devlettir.²⁹⁹ Bu sebeple, toplumun huzurunun ve güvenliğinin sağlanması amacıyla kişilerin özel yaşamlarına müdahalede bulunacak hukuk devleti, bu müdahalenin sınırlarını ve şartlarını çizmiş olmak zorundadır.

Hukuk devletinin temel amaçlarından olan insan haklarının korunacağı güvencesi, Anayasa’nın 13. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir; *“Temel hak ve*

²⁹⁶ Anayasa Mahkemesi, 2003/106 E, 2004/59 K.

²⁹⁷ Anayasa Mahkemesi, 27.03.1986 T ve 1985/31 E, 1986/11 K.

²⁹⁸ BAKİ, *Adli Arama*, s. 12; ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 30; YALÇIN, *Önleme Araması*, s. 15.

²⁹⁹ BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 23; BAKİ, *Adli Arama*, s. 13.

hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” Bu maddede de vurgulandığı üzere, hukuk devletinde temel hak ve özgürlükler sınırlandırılırken, bu sınırlamanın yasal dayanağı mevcut olmalı yani devlet tarafından gerçekleştirilebilecek bu faaliyet önceden belirlenmiş olmalıdır.³⁰⁰ Vatandaşların da bu tedbiri öngörebilir olması gerekmektedir. Arama koruma tedbiri açısından da arama yasada detaylı olarak düzenlenmeli ve vatandaşlar hangi şartların varlığı halinde bu tedbire maruz kalacaklarını bilerek, rahat ve huzur içinde yaşamalıdır. Aksi takdirde kişiler sürekli bir biçimde devlet tarafından, kolluk personeli eliyle ne zaman ve nerede aramaya maruz kalacaklarının, özel hayatın ve özgür yaşam hakkının ne zaman ihlal edileceğinin bilinmezliği kaygısı altında bir yaşam süreceklerdir.³⁰¹

Hukuk devleti olabilmenin diğer bir şartı ise, denetim mekanizmasıdır. Yani temel hak ve özgürlüklerin yasayla sınırlandırılmış olması yetmez. Sınırlamaları düzenleyen kanunların, yasal dayanak gösterilerek keyfi bir biçimde uygulanmasının önüne geçmek amacıyla yürütmenin eylem ve işlemlerinin yargı organlarınca denetlenmesi gerekir.³⁰² Anayasa Mahkemesi de bir kararında yargısal denetim olması gerektiğini şu şekilde belirtmiştir; “*Hukuk devletinde yönetimin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu zorunludur. Bu nedenle hukuk devletinin vazgeçilmez koşullarından birisi yargısal denetimdir.*”³⁰³

Sonuç olarak, hukuk devleti ilkesi gereği arama koruma tedbiri de sıkı şartlarla kanunda düzenlenmiş ve kolluk görevlilerinin keyfi uygulamalarının önüne geçmek için yargısal denetim getirilmiştir.

b. İnsan Onurunun Dokunulmazlığı İlkesi

Kanunda herhangi bir tanımı bulunmayan insan onuru, doktrinde ortak şekilde şöyle tanımlanmıştır; “*Bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi*

³⁰⁰ ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 29; YALÇIN, *Önleme Araması*, s. 16.

³⁰¹ BAKİ, *Adli Arama*, s. 13; BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 23.

³⁰² BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 22; ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 28; YALÇIN, *Önleme Araması*, s. 14.

³⁰³ Anayasa Mahkemesi, 01.10.1991 T ve 1990/40 E, 1991/43 K.

çevresini şekillendirme yeteneği veren, hür iradeyi dışarı yansıtan ruh ve manevi güç.”³⁰⁴ Her gerçek kişi insan onuruna sahiptir. Bu onur, ancak hukuk devletlerinde korunabilir ve varlığını sürdürebilir. Kişilerin sahip olduğu insan onurunun onların dini, dili, ırkı ve cinsiyetiyle herhangi bir ilişkisi yoktur³⁰⁵ ve hatta kişilerin suç şüphesi altında olması ya da hüküm giymiş olması insan onuruna sahip olmayacakları anlamına gelmeyeceği gibi sırf bu sebeplerle insan onurunu ayaklar altına alan muamelelerde bulunulması da kabul edilemez.³⁰⁶

Anayasa Mahkemesi de kararlarında insan onurundan bahsederken şu ifadelerle yer vermiştir;

*“İnsan ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun, sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce, muamele, ona muhatap olanı insan olmaktan çıkarır. İnsan haysiyeti kavramını, toplumların kendi görenek ve geleneklerine ve topluluk kurallarına göre saygıya değer olabilmesi için bir insanda bulunması zorunlu gördükleri niteliklerle karıştırmamak gereklidir.”*³⁰⁷

*“Arama, gereksiz yapıldığında insan onurunu kıran bir davranıştır. Bu nedenle mutlak bir zaruret olmadıkça bu yola başvurulmaması gerekir. Modern toplumlarda diğer kişi haklarında olduğu gibi özel hayata saygı da sınırsız bir hak değildir. Kimi hallerde, bu haklara da müdahaleler gerekli olmakta ve bazı önemli nedenlerle kişi kimi durumlara katlanmak durumundadır. Aramanın; özel hayatın gizliliğine, konut dokunulmazlığına ve kişi özgürlüğüne getirdiği geçici sınırlamaların anayasal dayanağı; temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını mümkün kılan, anayasanın 13. maddesinin ilk fıkrasında belirtilen genel sınırlama nedenleri ile özel hayatın gizliliğine ilişkin 20. maddesinde belirtilen nedenlerdir.”*³⁰⁸

Türkiye Cumhuriyeti’nin bir hukuk devleti olması sebebiyle Anayasa’nın da birçok maddesinde insan onurunun önemi vurgulanmıştır. Bunlardan bazıları; Anayasa’nın Kişinin Hakları ve Ödevleri başlıklı ikinci bölümünün; Kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığının düzenlendiği 17. maddesinin 2.

³⁰⁴ BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 24; ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 31; BAKİ, *Adli Arama*, s. 15.

³⁰⁵ ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 32.

³⁰⁶ BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 24.

³⁰⁷ Anayasa Mahkemesi, 28.06.1966 T ve 1963/132 E, 1966/29 K.

³⁰⁸ Anayasa Mahkemesi 31.03.1987 Tarihli Kararı.

fıkrasındaki; “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.” hükmü ve düzeltme ve cevap hakkı başlıklı 32/1. maddesindeki; “Düzeltilme ve cevap hakkı, ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınır ve kanunla düzenlenir.” hükmüdür. Ayrıca Anayasa’nın başlangıç bölümünün 8. paragrafında, “her Türk vatandaşının... Onurlu bir hayat sürdürme hak ve yetkisinin bulunduğu” belirtilmiştir.

İnsan onuru, bu denli önemli olması sebebiyle uluslararası sözleşmelerde de yerini almıştır. 10 Aralık 1984 tarihli İşkence ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza ve Davranışları Önleme Sözleşmesi ve 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Sözleşmede de insan onurunun korunmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır.³⁰⁹ AİHS’in 3. maddesiyle de insan onuruna yapılan birçok saldırıya karşı koruma getirilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin 5. maddesindeki; “Hiç kimse zalimce, insanlık dışı, onur kırıcı cezalara ve işlemlere uğratılamaz.” düzenlemesiyle insan onurunun dokunulmazlığı vurgulanmıştır. Ayrıca 29 Ekim 2004 tarihinde Roma’da Avrupa Birliği üyesi 25 devlet tarafından imzalanan Avrupa Anayasası’nın 2. bölümünde Birliğin Temel Haklar Antlaşması başlığı altında yer alan 61. maddesinde; “İnsanlık onuru çiğnenemez. İnsanlık onuru saygı görmeli ve korunmalıdır.”³¹⁰ ifadelerine yer verilmiştir.

Arama koruma tedbirinin insan onurunun zedelenmesinin önüne geçilmesi için sadece kanunlarda düzenlenmesi yeterli değildir. Arama işlemi icra edilirken arama kararı olsa dahi kişilerin evinde yapılan aramada evin kasten dağıtılması, arama yapılan yerde bulunanlara karşı, hakaretvari ve alaycı üslup kullanılması da insan onurunu zedeleyecektir.³¹¹ Keza kişilerin üzeri aranırken de arama işlemi sırasında üçüncü kişiler olmasa dahi kolluk görevlileri sarf ettikleri sözlerle ya da davranışlarla kişinin haysiyetini ayaklar altına alamaz ve onur kırıcı muamelelerde bulunamaz.³¹² Onur kırıcı davranışın gerçekleştirilmesi aramanın icrasının üçüncü kişiler önünde gerçekleşmesine bağlı değildir. AİHM’e göre onur kırıcı davranış; kişiyi üçüncü kişilerin ya da bizzat kendisinin gözünde küçük düşüren, aşağılık

³⁰⁹ BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 25; ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 34.

³¹⁰ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

³¹¹ ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 33.

³¹² BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 26.

duygusu oluşturan davranışlardır.³¹³ Onur kırıcı davranış, arama sırasında kişiye sarf edilen sözler ya da yapılan muamelelerle sınırlı değildir, kişiye aranan eşyanın yerini göstermesi için zorlanmada bulunulması da onur kırıcı muameledir.³¹⁴

c. Özel Hayatın Gizliliği İlkesi

İnsan onurunun korunması, kişi temel hak ve özgürlüklerinin korunmasına bağlıdır. Bu kapsamda saygı duyulması, korunması gereken diğer bir ilke de özel hayatın gizliliğidir.

Devletlerin, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine yani özel hayatlarına duyduğu saygı; kişilere bu hakkı verip vermedikleri ya da verilen hakkın nasıl kullanıldığı ile bağlantılıdır. Kişi hak ve özgürlüklerine saygı duyan, özel hayatın gizliliğini kapsamlı olarak düzenleyen devletler, özgürlükçü ve daha demokratik devletlerdir.³¹⁵ Bu devletlerde kişiler hayatlarını diledikleri gibi sürdürürken özel hayatları da toplumun ve devletin müdahalesine karşı korunmuştur. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlı olarak düzenlendiği, özel hayatın gizliliğinin sadece isim olarak varlığını sürdürdüğü, devletin kişilerin özel yaşamlarına herhangi bir sınırlama ve şart olmadan her daim el atabildiği, baskıcı, özgürlüklerin kısıtlandığı devletler otoriter devletlerdir.³¹⁶

Özel hayatın gizliliği de bu kadar önemli olması sebebiyle birçok uluslararası belgede yerini almıştır.³¹⁷ Bu uluslararası belgeler; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları

³¹³ BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 26.

³¹⁴ ÖZBEK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 27.

³¹⁵ ÖZTÜRK, Bahri, *Özel Hayatın Gizliliği ve Arama*, *Manisa Barosu Dergisi*, Y. 11, 1992, S. 41, s. 4; ARAS, Ümit Yaşar, *İnsan Hakları Temelinde Özel Hayat Hakkının Ulusal ve Uluslararası Alanda Uygulamaları*, (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi SBE), 2010, s. 33; ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 36; YALÇIN, *Önleme Araması*, s. 17; BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 27.

³¹⁶ ÖZTÜRK, *Özel Hayatın Gizliliği ve Arama*, s. 4; ARAS, *İnsan Hakları Temelinde Özel Hayat Hakkının Ulusal ve Uluslararası Alanda Uygulamaları*, s. 33; YALÇIN, *Önleme Araması*, s. 17; BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 27; ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 36.

³¹⁷ Avrupa Konseyi Parlamenterler Danışma Asamblesinin 428 (19709) sayılı kararında, özel hayat tanımı şu şekilde yapılmıştır; “zorunlu olarak bireyin kendi hayatını en az müdahale ile yaşamasını içerir: özel, aile ve ev hayatı, fiziksel ve moral bütünlüğü, onuru ve şöhreti, aldatılma durumunda olmaktan sakınmak, ilgisiz ve utandırıcı gerçeklerin açıklanmaması, özel fotoğrafların izinsiz yayınlanmaması, güvenilerek verilen veya alınan enformasyonun açıklanmasının engellenmesi.” ARAS, *İnsan Hakları Temelinde Özel Hayat Hakkının Ulusal ve Uluslararası Alanda Uygulamaları*, s. 32.

Evrensel Beyannamesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşmesi'dir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 12. maddesinde; *"Kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışılmaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır."* ifadesiyle, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşmesi'nin 17. maddesinde; *"Hiç kimsenin özel hayatına, ailesine, evine ya da haberleşmesine keyfi ya da yasadışı olarak müdahale edilemez; hiç kimsenin şeref ve itibarına yasal olmayan tecavüzlerde bulunulamaz. Herkesin, bu gibi müdahalelere ya da tecavüzlere karşı yasalarca korunma hakkı vardır."* ifadesiyle ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde; *"Her şahıs hususi ve ailevi hayatına, meskenine ve muhaberatına hürmet edilmesi hakkına maliktir. Bu hakların kullanılmasına resmi bir makamın müdahalesi demokratik bir cemiyette ancak milli güvenlik, âmme emniyeti, memleketin iktisadi refahı, nizamın muhafazası, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın ve başkasının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri bulunduğu derecede ve kanunla derpiş edilmesi şartıyla vukubulabilir."* ifadesiyle düzenlenmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası özgürlükçü ve demokratik bir devletin gereği olarak 20, 21 ve 22. maddelerinde özel hayatın gizliliğine yer vermiştir. 20. maddesinde herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ve özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı; 21. maddesinde, hiç kimsenin konutuna dokunulamayacağı ve 22. maddesinde ise, herkesin, haberleşme hürriyetine sahip olduğu ve haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu düzenlenmiştir. Toplum düzeninin sağlanması amacıyla bu hakların nasıl sınırlandırılacağı da yine anayasada şu şekilde düzenlenmiştir; kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş bir hakim kararı olmadıkça ya da gecikmesinde sakınca olan hallerde kanunla yetkilendirilmiş merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz, el konulamaz; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve eşyalarına el konulamaz; kimsenin haberleşmesi engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yani sonuç olarak özel hayatın ve aile hayatının gizliliği esastır, bu gizlilik ancak ölçülü olarak ve kanundaki şartlara bağlı kalınarak sınırlandırılır.

İnsan toplumsal bir varlık olması sebebiyle diğer insanlarla etkileşim içerisinde yaşamını sürdürür.³¹⁸ Bu sebeple insan yaşamının özel ve genel yönü olmak üzere iki yönü olduğu kabul edilir.

Hayatın genel yönü, kişinin toplumsal bir varlık olması sonucu diğer insanlarla paylaştığı, gizlemediği, herkesin kolaylıkla öğrenebildiği, kişinin aleni olmasında bir sakınca görmediği hayatıdır.³¹⁹ Hayatın genel yönüne örnek olarak, kişinin belinde taşıdığı ruhsatsız silahının ya da satmak için sergilediği uyuşturucu maddenin varlığının aleni olması sebebiyle, bu eşyalara yapılan müdahaleler de arama olarak nitelendirilmeyecektir.

Hayatın özel yönü, topluma açık olmayan, kimse tarafından bilinmeyen gizli alanıdır. Hayatın özel yönü de özel hayat ve gizli alan olmak üzere ikiye ayrılır.³²⁰ Özel hayat, kişinin, toplumun her kesmi tarafından bilinmeyen sadece en yakınları, ailesi ve bilmesinde sakınca görmediği, kendi özgür iradesiyle yakın arkadaş olarak gördüğü kişilerle paylaştığı hayatıdır. Bu özel hayat alanı, başkaları tarafından bilinmesi istenmeyen hayat alanıdır. Kişinin kendi özel hayatıyla ilgili bilgi verdiği üçüncü kişilerin de bu bilgileri başkalarına açıklama hakları yoktur.³²¹ Hayatın gizli alanı ise, kişinin ailesi ve yakın çevresi dahil hiç kimseyle paylaşmadığı, yalnız kendisinin bildiği, başka hiç kimsenin bilmediği ve bilemeyeceği yaşamıdır.³²² Yani gizli hayat alanı kişinin başkalarının öğrenmemesi için gerekli tedbirler aldığı özel hayat alanıdır. Örneğin, kişinin mektupları, tuttuğu günlükler ve cinsel hayatı gibi konular hayatının gizli alanını oluşturur.³²³ Bu durumlarda özel hayatın gizliliğine mutlak bir koruma vardır. Yani bu alan, devlet dahil kimsenin müdahale edemeyeceği özel bir yaşam alanıdır. AİHM'in de özel hayatın gizliliği ile ilgili olarak verdiği bir kararında; *"eşcinsellik yaşağının olması sebebiyle başvurunun takibata maruz kalacağı korkusunun itibar edilebilir bir korku olduğunu, başvurunun bu sebeple sıkıntı yaşamada şüphe olmadığını, sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen bir hakkın kullanımına müdahalenin, hukuka uygun, amaç*

³¹⁸ BAKİ, *Adli Arama*, s. 18; YALÇIN, *Önleme Araması*, s. 17.

³¹⁹ ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 38.

³²⁰ ÖZTÜRK, *Özel Hayatın Gizliliği ve Arama*, s. 5; ARAS, *İnsan Hakları Temelinde Özel Hayat Hakkının Ulusal ve Uluslararası Alanda Uygulamaları*, s. 33; BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 27; YALÇIN, *Önleme Araması*, s. 17.

³²¹ BAKİ, *Adli Arama*, s. 18.

³²² YALÇIN, *Önleme Araması*, s. 18; ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 40; ARAS, *İnsan Hakları Temelinde Özel Hayat Hakkının Ulusal ve Uluslararası Alanda Uygulamaları*, s. 42.

³²³ BAKİ, *Adli Arama*, s. 19.

ya da amaçları ikinci fıkra bakımından meşru ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sürece, 8/2. fıkrası bakımından haklı sayılamayacağını, davaya konu olayın sebebi olan yasanın da 8/2. deki sınırlama için gerekli olmadığını ve söz konusu yasak ile kişinin cinsel hayatına müdahale edildiğini, böylece özel hayatın ihlal edildiği” ifadeleri yer almıştır.³²⁴

Özel hayata müdahale edilmemesi ve özel hayatın korunması konularında devlete birtakım pozitif ve negatif yükümlülükler yüklenmiştir. Devletin negatif statü hakkı, bireylerin devlet müdahalesi olmadan özel hayatlarını sürdürebilmesini kapsarken pozitif statü hakkı ise, devletin temel hak ve özgürlükler kapsamında olan, özel hayatın korunması amacıyla düzenlemeler yapmasını, özel hayat ihlaline karşı koruyucu tedbirler almasını, ihlal halinde uygulanacak yaptırımların düzenlenmesini kapsamaktadır.³²⁵

d. Orantılılık İlkesi

Ceza muhakemesinde amaç maddi gerçeğe ulaşmaktır. Maddi gerçeğe ulaşılırken bazı araç yöntemler kullanılır, bu araç yöntemlerden bir tanesi de koruma tedbirleridir. Hukuk devleti ilkesi gereğince araç yöntem olan koruma tedbirleri seçilirken, temel hak ve özgürlüklere en az müdahaleye yol açacak tedbirin seçilmesine özen gösterilmesi gerekmektedir. Yani koruma tedbiriyle hedeflenen amaçtan elde edilecek yarar ile koruma tedbirinin uygulanması sonucu ortaya çıkacak hak ihlali arasında bir denge kurulmalıdır.³²⁶ Bu denge sadece amaç ile hak ihlali arasında değil şüpheli ya da sanık tarafından işlenildiği iddia edilen fiil ile koruma tedbiri arasında da kurulmalıdır. Örneğin, kişiye adli kontrol uygulanarak hedeflenen amaca ulaşılma imkanı varken kişinin tutuklanması, orantılılık ilkesinin apaçık ihlalidir.

Bir Yargıtay kararında orantılılık ilkesine şu şekilde yer verilmiştir; “*Mantık kuralına göre; amaç ortadan kalkınca bu amaca hizmet eden araç gereksizleşir. Yargılama hukukunun yorumuna ve özüne ters düşülecektir. Ceza Yargılamasında, ceza hukukunun tersine, örnekseme dahil, geniş bir yorum olanağı vardır ve söz*

³²⁴ ADT-Birleşik Krallık Kararı 31.07.2000 T, Başvuru No: 35765/97, ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 41, 42.

³²⁵ ŞEN, Ersan, *Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, Kazancı Kitap, İstanbul, 1996, s. 15; BAKİ, *Adli Arama*, s. 20; BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 28; YALÇIN, *Önleme Araması*, s. 18.

³²⁶ BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 31.

anlamı (amaç) değil, anlam sözü; uygulama kuralları değil, kurallar uygulamayı yönlendirir. Ceza yargılamasında, amacı aşan aracın kullanılamayacağını öngören orantılılık ilkesine göre, bir ceza yargılaması işleminin yapılmasıyla sağlanacak yarar ile verilecek zarar; yani amaç ile kullanılacak araç arasında akla uygun bir oran olmalıdır. Bu oran bulunmuyorsa ve araç amacı aşıyorsa, o işlem yapılamaz.”³²⁷

Arama koruma tedbiri açısından bakıldığında ise, bu tedbire başvurulmasındaki amaç ya kişinin yakalanmasını ya da delillerin ele geçirilmesini sağlamaktır. Hakkında usulüne uygun arama kararı bulunsa dahi henüz arama icra edilmeden delillerin şüpheli/sanık tarafından teslim edilmesi halinde, hedeflenen amaca ulaşılmış olacak ve artık koruma tedbirinin uygulanmasına gerek kalmayacaktır.³²⁸ Aksi takdirde tedbirin uygulanması orantılılık ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, arama koruma tedbiri bakımından orantılılık ilkesini değerlendirdiği bir kararında şu ifadelerle yer vermiştir; “Somut olayda arama tek bir kamu görevlisi tarafından ve başvurucuya hakkındaki dosyayı inceleyip, avukatını arama fırsatı verildikten sonra, başvurucunun da hazır bulunduğu şekilde yapılmıştır. Yaklaşık iki saat süren aramada, bütün ev aranmış ancak herhangi bir belge incelenmemiş veya herhangi bir şeye el konulmamıştır. Dolayısıyla hedeflenen araç ile yapılan müdahale orantılı bulunduğu konuta saygı gösterilmesi hakkına müdahalede bulunulmadığı kabul görmüştür.”³²⁹

Sonuç olarak, arama koruma tedbiri temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıdığı için hukuk devleti ilkesi unutulmadan, keyfilikten uzak, orantılılık ilkesine riayet edilerek ceza muhakemesi amacına hizmet edecek şekilde uygulanmalıdır.

e. Maddi Gerçeğin Araştırılması İlkesi

Kişi hak ve özgürlükleriyle yakın ilişki içerisinde olan ceza muhakemesinde amaç, sadece biçimsel gerçekliğe ulaşmak değil, maddi gerçekliğe de ulaşmaktır.

³²⁷ YCGK, 19.10.1992 T ve 1992/5-260 E, 1992/283 K, ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 43.

³²⁸ ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 44.

³²⁹ Camenzind-İsviçre davası, 16.12.1997 T., BAKİ, *Adli Arama*, s. 23.

Yargıtay’a göre ceza muhakemesinin amacı; “*Hiç bir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır.*”³³⁰

Ceza muhakemesindeki amacın maddi gerçeklik olması, amaca giden her yol mübahtır mantığıyla hareket edilerek gerçeğe ulaşılmaya çalışılacağı anlamına gelmemektedir.³³¹ Bu sebeple delil araştırması, CMK’nın 217. maddesi dikkate alınarak yapılmalıdır. CMK’nın 217. maddesinin 2. fıkrasında; “*Yüklenen suç hukuka uygun her türlü delille ispat edilebilir.*” şeklindeki düzenlemeyle delil serbestliği ilkesine vurgu yapılmıştır. Delil serbestliği ilkesinin sınırı ise delil yasaklarıdır. Delil yasakları Anayasa m. 38 ve CMK m. 206/2’de kanuna aykırı delillerin kabul edilemeyeceği şeklindeki düzenlemeyle ifade edilmiştir.

Ceza muhakemesinin diğer bir özelliği ise, maddi gerçeğe ulaşılmasında soruşturma ve kovuşturma organlarının re’sen araştırma yükümlülüğünün olmasıdır. Re’sen araştırma yükümlülüğü CMK’nın 160/1. maddesinde şu ifadelerle düzenlenmiştir; “*Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar.*”

f. Dürüst İşlem İlkesi

Ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçekliğe ancak adil bir yargılama sonucunda ulaşılabilir. Adil bir yargılamanın yapılabilmesi için kişilere savunma ve kendilerini ifade hakkı tanınmalıdır. Savunma hakkının sadece yasal düzenlemelerde yer alması yeterli değildir, aynı zamanda bunun etkin bir şekilde kullanılması da gereklidir. Bu sebeple iradeyi engelleyen, savunmanın etkin yapılmasını kısıtlayan her türlü hile, zorlama ve yanıltma hukuk devletinin gerekliliği olan dürüst işlem ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Dürüst işlem ilkesinin gerçekleşebilmesi için, ceza yargılaması ve delil elde etme süreci devlet tarafından daha önceden konulmuş yasalar çerçevesinde yapılmalıdır. Yargıtay bir kararında dürüst işlem ilkesinin varlığından şu şekilde bahsetmektedir; “*İfade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır ilkesi karşısında, kendini savunamayacak derecede malul sanığın sorgusuna başvurulması, CMUK’un 135/a, Anayasa’nın 17. ve AİHS’nin 6. maddesi hükümlerine aykırıdır. Kendisini makul şekilde müdafaa edemeyecek*

³³⁰ YCGK, 22.03.2005 T ve 2004/4-220 E, 2005/32 K, YALÇIN, *Önleme Araması*, s. 31.

³³¹ ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 46.

*derecede malul sanığın duruşma ve sorgu engeli bulunduğu kabul edildiğine göre, sorgusu yapılarak kendisinden herhangi bir şekilde delil elde etmek de dürüst işlem ilkesine aykırıdır”.*³³²

Dürüst işlem ilkesi, arama koruma tedbiri açısından da büyük öneme sahiptir. Örneğin, arama kararı alınarak aramanın icra edilmesi gereken durumlarda, karar olmaksızın kişileri korkutarak ya da aramaya izin vermemesi veya yapılan arama işlemini şikayet etmesi durumunda, haklarında verilecek cezanın artacağı yönünde tehditlerde bulunarak ve onların bilgisizliklerinden yararlanılarak yapılan aramalarda elde edilen deliller, dürüst işlem ilkesine aykırılık sebebiyle, hukuka aykırı delillerdir bunlar ve yargılamada kullanılamazlar.³³³ Bu sebeple bir koruma tedbiri olan arama sonucunda ele geçirilen, delil değeri taşıyan eşyaların muhakemede kullanılabilmesi için yapılan aramanın dürüst işlem ilkesine aykırı olmaması gerekmektedir.

3. Arama Türleri

Devletlere tanınmış iki türlü arama yetkisi vardır; Bu yetkilerden birincisi: devletin toplum düzenini, güvenliğini, genel ahlakını ve sağlığını tehlikelerden korumak ve suç işlenmesini önlenmek amacıyla gerçekleştirdiği önleme araması faaliyeti;³³⁴ ikincisi ise: suçun işlenmesinden sonra failin ya da suç konusunu oluşturan delil, iz veya emarelerin ortaya çıkarılması amacıyla gerçekleştirilen adli arama faaliyetidir.³³⁵ Bu arama türlerinin anayasal dayanağını Anayasa’nın 20 ve 21. maddelerinde görmekteyiz.

a. Önleme Araması, Amacı ve Şartları

Önleme araması; milli güvenlik ve kamu düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla somut ve muhtemel tehlikenin ortadan kaldırılması için, kişilerin üstünde, eşyasında ve herkese açık olan kapalı yerlerde taşınması ya da bulundurulması yasak olan ya da suç işlemede kullanılabilecek her türlü silah ve

³³² YCGK, 09.10.2001 T ve 2001/10-209 E, 2001/212 K, ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 48.

³³³ BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 30.

³³⁴ YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 279.

³³⁵ YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 367.

patlayıcı madde tespitine yarayan, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emriyle yapılan aramadır.³³⁶

01.06.2005 tarihli Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 19. maddesi önleme aramasını şu şekilde tanımlamıştır; “*Önleme araması, Milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emriyle ikinci fıkrada belirtilen yerlerde, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kağıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemidir.*”

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 9. maddesinde, önleme aramasının yapılacağı durumlar şu şekilde belirtilmiştir; “*Polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usûlüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar.*”

Yine PYSK'nın 9. maddesinde önleme araması yapılacak yerler de belirtilmiştir. Bu yerler; 1) 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yer veya yakın çevresi, 2) Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya sendikaların genel kurul toplantılarının yapıldığı yerin yakın çevresi, 3) Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerler, 4) Öğretim ve eğitim özgürlüğünün sağlanması için her derecede öğretim ve eğitim kurumlarının ve üniversite binaları ve ekleri içerisinde, kurumun imkânlarıyla önlenmesi mümkün görülmeyen olayların çıkması olasılığı karşısında rektör, acele hallerde de dekan veya bağlı kuruluş yetkililerinin kolluktan yardım istemeleri halinde, girilecek üniversite, bağımsız fakülte veya bağlı kurumların içerisinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkış yerleri, 5) Umumi veya umuma açık yerlerde veya öğrenci yurtları veya eklentileri, 6) Yerleşim yerlerinin giriş ve çıkışları, 7) Her türlü toplu taşıma veya seyreden taşıt

³³⁶ YALÇIN, *Önleme Araması*, s.43; DOĞAN, Duygu-Çağlar, “Ceza Muhakemesinde Adli Arama”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 92, 2011, s. 161.

araçları şeklinde ayrıntılı olarak gösterilmiştir.

PVSK'nın 9. maddesine bakıldığında önleme aramasının, kişilerin üstünde, özel kağıtlarında, araçlarında ve eşyalarında yapılabileceği düzenlenmişken konutta ve kamuya açık olmayan özel iş yerlerinde önleme araması yapılması düzenlenmemiştir. Keza AÖVAY'nin 19. maddesinde de konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel iş yerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamayacağı düzenlenmiştir. Bu maddeye PVSK'nin 20. maddesiyle bir istisna getirilmiştir. Bu istisnaya göre, kolluk görevlilerine, yardım çağrısında bulunulduğunda veya yangın, sel ve boğulma gibi tehlikeler konusunda kolluk görevlileri haberdar edildiğinde ya da bizzat görevliler tarafından görülmesi halinde bu durumlara son verilebilmesi için konuta, iş yerine veya eklentilerine herhangi bir arama kararı olmaksızın girilebileceği düzenlenmiştir.

Önleme aramasına, kural olarak hakim karar verir, fakat gecikmesinde sakınca bulunan hallerde 24 saat içerisinde hakim onayına sunulmak şartıyla en büyük mülki amirin emriyle de önleme araması gerçekleştirilebilir, gecikmede sakınca bulursa bile Cumhuriyet savcısının önleme araması kararı verme yetkisi yoktur. Kural bu olmakla birlikte, AVÖAY 25. maddesinde, hakimden önleme araması kararı alınmasını gerektirmeyen durumlar düzenlenmiştir. Bu durumların varlığında arama kararı ya da emri gerekmez. AVÖAY 25. maddede sayılan durumlar şunlardır; *“a) Devletçe kamu hizmetine özgülenmiş bina ve her türlü tesislere giriş ve çıkışın belirli kurallara tâbi tutulduğu hâllerde, söz konusu tesislere girenlerin üstlerinin veya üzerlerindeki eşyanın veya araçlarının aranmasında, b) 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun ek 1 inci maddesi kapsamında bulunan, sivil hava meydanlarında, limanlarda ve sınır kapılarında, binaların, uçakların, gemilerin ve her türlü deniz ve kara taşıtlarının, giren çıkan yolcuların X-ray cihazından geçirilerek, gerektiğinde üstünün ve eşyasının aranması ile buralarda görevli kamu kuruluşları ve özel kuruluşlar personelinin, üstlerinin, araçlarının ve eşyalarının aranmasında, c) 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu'nun 11 inci maddesi kapsamında, kişilerin üstünün, eşyalarının Olağanüstü Hâl Valisinin emriyle aranmasında, d) 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun ³³⁷ 3 üncü maddesi*

³³⁷ Bu Kanun; 2018 yılında çıkarılan, Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

kapsamında, konutların ve her türlü dernek, siyasî parti, sendika, kulüp gibi teşekküllere ait binaların, işyerlerinin, özel ve tüzel kişiliklere sahip müesseseler ve bunlara ait eklentilerin ve her türlü kapalı ve açık yerlerin, mektup, telgraf ve sair gönderilerin ve kişilerin üzerlerinin sıkıyönetim komutanının emriyle aranmasında, e) Kanunların, muhafaza altına alınmalarına olanak verdiği kişilerin, üst veya eşyalarının aranmasında, f) 26/4/1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun çerçevesinde görevli kolluğun, aynı Kanunun 79 uncu maddesindeki silâh taşıma yasağı kapsamında, silâh taşıdığından şüphelenilen kişilerin üstlerinin ve eşyalarının aranmasında. Umuma açık veya açık olmayan özel işletmelerin, kurumların veya teşebbüslerin girişlerindeki kontroller, buralara girmek isteyen kimselerin rızasına bağlıdır. Kontrol edilmeyi kabul etmeyenler, bu gibi yerlere giremezler. Bu gibi yerlerde kontrol, esasta özel güvenlik görevlileri tarafından yerine getirilir. Ancak, bu yerlerin ve katılanların taşıyabilecekleri özel niteliklere göre, önleme aramaları kolluk güçleri tarafından da yapılabilir.”

Bu durumların dışında arama kararı gerektirmeyen diğer bir hal ise, Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği’nin 6. maddesinde düzenlenmiştir. YGAİAY’nin 6. maddesinin 2. fıkrasına göre; yakalanan kişinin kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önlemek, zarar verici alet varsa bunlardan arındırmayı sağlamak için yapılan yoklama işlemi teknik anlamıyla bir arama faaliyeti değildir. Çünkü bu maddede sayılan durumlarda yapılan arama işlemi, suçun önlenmesi ya da suç delillerine ulaşılabilmesi için yapılan bir arama faaliyeti değil, kişinin kendisine ya da başkasına zarar verme ihtimalini ortadan kaldırmak amacıyla yapılan arama işlemidir.

Kişi, gözaltına alındığı zaman nezarethaneye konulmadan önce de bir üst aramasına tabi tutulur. Bu arama kişinin vücut bütünlüğünün korunması ve nezarethanede kaldığı süre boyunca kendisine zarar vermesinin önüne geçilmesi adına yapılan ve YGAİAY’nin 10. maddesinde³³⁸ düzenlenen aramadır. Yapılan bu

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180731-1.htm>

³³⁸ “gözaltı birimine getirilen kişi hakkında aşağıdaki hükümler uygulanır:

a) Nezarethaneye veya zorunlu hâllerde bu amaca tahsis edilen yerlere konulmadan önce usulünce aranır. Kadının üst veya vücudunun aranması, bir kadın görevli veya bu amaçla görevlendirilecek diğer bir kadın tarafından yapılır.

b) Kendisine zarar verebilecek kemer, kravat, ip, kesici ve delici alet gibi nesnelerden arındırılır.

arama işleminde hakim kararı aranmayacağı, AVÖAY'nin 8/c maddesinde şu ifadelerle düzenlenmiştir; “Aşağıdaki hallerde ayrıca bir arama emir ya da kararı aranmaz.... Gözaltına alınan kişinin, nezarethaneye konmadan önce yapılan üst aramasında...”

Önleme araması işleminin gerçekleşebilmesi için hakim kararı yanında, bir de aramanın makul sebeple yapılması şartı aranmaktadır. Yani, somut ve öngörülebilir bir tehlikenin varlığı halinde, toplum düzenini bozacak kişiler ya da müsadereye tabi eşya üzerinde arama işlemi yapılabilecektir.³³⁹

b. Adli Arama, Amacı ve Şartları

Adli arama; “Bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir.” (AVÖAY m. 5). CMK m. 116'daki; “Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir” ifadesine ve 117'deki; “Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.” ifadesine bakıldığında aramanın yakalama ve delillerin ele geçirilmesi olmak üzere iki amacının olduğu görülecektir. Yani arama, yakalama³⁴⁰ ve el koyma³⁴¹ koruma tedbirlerine aracılık eden bir koruma tedbiridir.

Yakalama, YGAİAY'nin 4. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır, “Kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözaltına veya muhafaza

c) Üzerinden çıkan eşya ve para muhafaza altına alınır. Paranın nev'i, seri numarası ve miktarı, eşyanın vasıfları ve markasını belirten bir tutanak düzenlenir ve bu tutanağın bir sureti üstü aranan kişiye verilir.” (YGAİAY m. 10).

³³⁹ YALÇIN, Önleme Araması, s. 51

³⁴⁰ CMK m. 98 vd.

³⁴¹ CMK m. 120 vd.

altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınmasını ifade eder.” Bir kişinin yakalanması ancak dört durumda mümkündür. Bu durumlar;

1- Kişinin suç işlediği anda suçüstü tespit edilmesi, bu durumlar yakalama emrine gerek olmaksızın, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde herkesin yakalama yapabileceği müzekkeresiz yakalama halidir (CMK m. 90).

2- Kişi hakkında yetkili merciler tarafından yakalama emri çıkartılmış olması, bu durum CMK madde 98’de; *“Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Ayrıca, tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir. Yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında Cumhuriyet savcıları ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilirler. Kovuşturma evresinde kaçak sanık hakkında yakalama emri re’sen veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim veya mahkeme tarafından düzenlenir.”* şeklinde detaylı olarak düzenlenmiştir.

3- Kişinin hakkında tutuklama kararı bulunması, CMK 101. maddeye göre hakkında tutuklama kararı verilmiş kişiye karşı da yakalama işlemi yapılabilecektir.

4- Kişi hakkında zorla getirme kararı bulunması, yani CMK’nın 43³⁴², 44³⁴³ ve 146.³⁴⁴ maddelerine dayanarak verilen bir zorla getirme kararının bulunması da kişinin yakalamasına sebep olabilecektir.

Adli aramanın diğer amacı ise, delil elde etmektir. Amacı maddi gerçeğin araştırılması olan ceza muhakemesinde, bu amaca ulaşabilmek için suçun delillerinin, iz, eser ve emarelerinin elde edilmesi gerekmektedir. Delil elde edilmesinin amacı, şüphenin ortadan kaldırılması ve hükmün masumiyet karinesini

³⁴² “Tanıklar çağrı kâğıdı ile çağrılır. Çağrı kâğıdında gelmemenin sonuçları bildirilir. Tutuklu işlerde tanıklar için zorla getirme kararı verilebilir. Karar yazısında bu yoldan getirilmenin nedenleri gösterilir ve bunlara çağrı kâğıdı ile gelen tanıklar hakkındaki işlem uygulanır.” (CMK m. 43).

³⁴³ “Usulüne uygun olarak çağrılıp da mazeretini bildirmeksizin gelmeyen tanıklar zorla getirilir ve gelmemelerinin sebep olduğu giderler takdir edilerek, kamu alacaklarının tahsili usulüne göre ödettirilir. Zorla getirilen tanık evvelce gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirse aleyhine hükmedilen giderler kaldırılır.” (CMK m. 44).

³⁴⁴ “Hakkında tutuklama kararı verilmesi veya yakalama emri düzenlenmesi için yeterli nedenler bulunan veya 145 inci maddeye göre çağrıldığı halde gelmeyen şüpheli veya sanığın zorla getirilmesine karar verilebilir.” (CMK m. 146).

lekelemeden her türlü şüpheden uzak bir biçimde verilmesini sağlamaktır.³⁴⁵ Ceza muhakemesinde hukuka aykırı olmamak şartıyla suç konusu olayın aydınlatılması için her türlü şey delil olabileceği³⁴⁶ için suç ile ilgili iz ve emarelerin bulunmasında arama işleminin önemi büyüktür.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına sebep olan arama işleminin hukuka uygun olabilmesi için belli şartlar taşıması gerektiği düzenlenmiştir.

Bu şartlardan ilki Anayasanın 13. maddesidir. Anayasa madde 13'te yer alan; *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”* şartlar gerçekleşmeden yapılan arama işlemi hukuka aykırı olacaktır.

Şartlardan ikincisi ise, makul şüphenin bulunmasıdır. Makul şüphenin anlaşılabilmesi için öncelikle ceza muhakemesindeki şüphe türlerine kısaca değinmek gerekir. Ceza muhakemesinde basit, makul, yeterli ve kuvvetli şüphe olmak üzere dört tür şüphe mevcuttur. Basit şüphe; somut olaylara dayanan, soruşturmaya başlamak için yeterli kabul edilen en hafif şüphe derecesi olan başlangıç şüphanesidir.³⁴⁷ Basit şüphe CMK'nın 160. maddesinde; *“Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar”* şeklinde ifade edilmiştir. Somut hiçbir olaya dayanmayan, sadece tahmine dayanan durumlarda basit şüphe dahi oluşmadığı, bu sebeple soruşturmaya başlanamayacağı kabul edilmiştir.³⁴⁸

Yeterli şüphe; basit şüphe üzerine başlayan soruşturmada elde edilen delillerle kişiyi mahkum etme ihtimalinin, beraat etme ihtimalinden daha yüksek olduğu ve kamu davasının da açılmasının gerektirdiği şüphe derecesidir.³⁴⁹ Yeterli şüphe CMK m. 170'de şu şekilde düzenlenmiştir; *“Kamu davasını açma görevi, Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilir. Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler.”*

³⁴⁵ BAKİ, *Adli Arama*, s. 38.

³⁴⁶ ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 72.

³⁴⁷ BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s.44; ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 80.

³⁴⁸ BAKİ, *Adli Arama*, s. 43.

³⁴⁹ ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 81.

Kuvvetli şüphe; yapılan soruşturmada elde edilen delillere göre kişinin mahkum olma ihtimalinin kuvvetle muhtemel olduğu, şüphenin en yüksek dereceli halidir.³⁵⁰ Kişi hak ve hürriyetlerine büyük oranda zarar vereceği düşünülen koruma tedbirlerine başvurulurken ön şart olarak kuvvetli şüphe aranır.³⁵¹

Arama koruma tedbiri için gerekli olan makul şüphe ise, hayatın olağan akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphe türüdür.³⁵² Makul şüphenin nasıl belirleneceği ise AVÖAY'nin 6. maddesinde; *“Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir. Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir. Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır.”* şeklindeki ifadeyle düzenlenmiştir.

Diğer bir şart ise, yetkili merci kararının bulunmasıdır. Arama koruma tedbiri temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıdığı için CMK'nın 119. maddesinin 1. fıkrasında ve AVÖAY'nin 7. maddesinin 1. fıkrasında ancak hakim kararıyla verilebileceği düzenlenmiştir. Kural olarak arama kararının alınabilmesi için kolluğun makul şüphenin varlığıyla ilgili gerekçeleri hazırlayıp Cumhuriyet savcısına sunması ve buna müteakip savcının talebiyle birlikte sulh ceza hakiminin onayının alınması gerekmektedir (AVÖAY m. 7/1).³⁵³ İstisna olarak gecikmesinde

³⁵⁰ ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 81.

³⁵¹ CMK m. 100, m. 133, m. 139.

³⁵² AVÖAY m. 6/1.

³⁵³ “Doğubayazıt İlçe Emniyet Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Grup Amirliğince yapılan istihbari çalışmalarda 03.07.2009 günü saat 11.30 sıralarında Doğubayazıt'tan İstanbul'a gidecek olan 34 ET plaka sayılı yolcu otobüsünde sahte para, mülteci ve kaçak eşya bulunduğu bilgisinin elde edildiği, Doğubayazıt İlçesi Ağrı istikameti çıkışı olan “86 noktası” olarak adlandırılan yerde otobüsün beklenmeye başlanıldığı, 34 ET plakalı bir turizm firmasına ait otobüsün geldiğinin görülmesi üzerine durdurulduğu, otobüs şoförü olan sanıktan otobüste suç unsuru madde veya malzeme olup olmadığının sorulduğu, “yoktur” demesi üzerine Doğubayazıt Sulh Ceza Mahkemesince olaydan 8 gün önce verilmiş 25.06.2009 gün ve 2009/713 Değişik İş sayılı önleme araması kararına istinaden otobüsün aranmaya başlanıldığı, otobüsün ikinci sürücüsünün dinlenme yeri olarak kullanılan arka kapısının yanında yolcuların bulunduğu yerden bağımsız olan alt kısımda bulunan istirahat yerinde göçmen bir kişinin ve otobüsün ön tamponunun arkasında bulunan yedek tekerlek konulan kapalı bölmenin içerisinde toplam 2.240 paket gümrük kaçağı sigara ve puro bulunduğunun tespit edildiği, dosya içerisinde hakim, Cumhuriyet savcısı veya kolluk amiri tarafından verilmiş bir adli arama kararının bulunmadığı, 5271 sayılı CMK'nun 2/e, 161 ve 2559 sayılı PVSK'nun Ek 6. maddeleri uyarınca bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenen

sakinca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısının, savcıya ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emriyle arama gerçekleştirilecektir (AVÖAY m. 7/2). Fakat gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk amirinin emriyle arama yapılacak durumlar sınırlıdır.³⁵⁴ Konutta, iş yerinde veya kamuya açık olmayan kapalı alanlarda kural olarak hakim kararı; gecikmesinde sakınca bulunan istisnai hallerde ise, Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle arama yapılır, yani gecikmesinde sakınca bulursa bile kolluk amirinin emriyle konutta, iş yerinde veya kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama yapılamaz.

II. AVUKATIN ADLİ ARANMASI

A. Aramanın Avukatlar Açısından Özel Düzenlenmesinin Sebepleri

Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avukatlık Kanunu avukatların eşyasının, üstünün, konutunun ve bürosunun aranması veya buradaki eşyalara el konulması usulünü özel olarak düzenlemiştir.

Avukatlık Kanunu 2. maddesinde avukatlığın amacından şu ifadelerle bahsedilmiştir; *“Avukatlığın amacı; hukuki münasabetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak*

kolluğunun derhal Cumhuriyet savcısına olayı haber verip emri doğrultusunda soruşturma işlemlerine başlaması gerekmekte iken usulüne uygun adli arama emri veya kararı almadan delil elde etmek amacıyla olaydan 8 gün önce verilmiş mevcut önleme araması kararı uyarınca yaptığı arama işlemi usulüne uygun verilmiş bir arama kararı bulunmadığından açıkça hukuka aykırı olup bu arama sonucunda elde edilen delillerin hükme esas alınması da mümkün değildir.” YCGK, 25.11.2014 T ve 2013/610 E, 2014/512 K.

³⁵⁴ *“Görüldüğü gibi, arama işleminin yapıldığı tarihteki yasal düzenlemelere göre, arama ancak hakim kararıyla mümkündür. C.Savcılar ile onun yardımcısı sıfatıyla emirlerini yerine getirmekle görevli kolluğun arama emri yetkisi istisnai olup, bu yetkinin doğması için bir ön koşul olarak, gecikmesinde sakınca umulan halin gerçekleşmesi gerekir. Gecikmede sakınca bulunduğundan söz edebilmek için de, ilgilinin hakime başvurup karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi halinde o tedbirin uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması halinde dahi beklenen faydayı vermemesi söz konusu olmalıdır. Somut olayda şüphelinin işyeri olduğu iddia edilen yerde, sahte rakı imal edildiğinin ihbarı üzerine, hakim kararı alınmaksızın, yapılan aramada birinin yarısı, diğerinin tamamı dolu iki adet 750 litrelik varil içinde saf alkol, bir adet rakı ve votka şişelerinin kapaklarını sabitlemede kullanılan yaylı üç kollu elektrikli makine, kapakları düzeltmede kullanılan elektrikli ve motorlu makineler, varille bağlantılı şekilde mushuklar ve bunlara bağlı hortumlarla birlikte birbirlerine aktarmada kullanılan motorlu makine, 12 adet 30 litre kapasiteli boş bidon, 1850 adet boş rakı şişesi tespit edilip zaptedilmiş ise de, düzenlenen tutanakta gecikmede sakınca bulunduğu ilişkin hiçbir belirlemeye yer verilmediği gibi, dosya içeriğinde de, gerçekleştirilen arama için hakim kararı alınmasının gecikme yaratacağını ve bunun da sakınca doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır.”* YCGK, 17.11.2009 T ve 2009/7-160 E, 2009/264 K.

çözümlemesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır. Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder.” Maddeden anlaşılacağı üzere avukat, sadece özel hukuk alanındaki uyuşmazlıkların çözümünde değil kamu hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde de büyük rol oynamakta ve yargının kurucu unsurları arasında sayılmaktadır.³⁵⁵ Avukatların aranması konusunda özel düzenlemelerin yapılması; avukatlık mesleğinin bağımsızlığına, avukatın sır saklama yükümlülüğüne ve savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına dayanmaktadır.³⁵⁶

1. Avukatın Bağımsızlığı

En temel insan haklarından biri olan savunma hakkının özgürce kullanılabilmesi için, savunmanın temsilcisi olan avukatların bağımsız olmaları gerekir. Avukatlık Kanunu’nun 1. maddesindeki düzenlemeye bakıldığında, avukatların müvekkillerini savunurken, savunma faaliyeti yürütecekleri alanı seçerken ve seçtikleri alanda faaliyetlerini nasıl yürüteceklerine karar verirken bağımsız olduklarının vurgulandığı görülecektir.³⁵⁷ Bu bağımsızlık, savunma hakkının etkili ve özgür bir şekilde icra edileceğini ve müvekkilin çıkarlarının da daha etkili bir şekilde korunacağını göstermektedir. Avukatın mesleğini icra ettiği sıradaki bağımsızlığının bu denli önemli olması sebebiyle Uluslararası Barolar Birliği’nce 1990 yılında belirlenen meslek kurallarının 6. maddesinde; “Avukatlar, meslek kurallarına, ahlakına ve standartlara uygun olarak müvekkillerinin yasal işlemlerini gerçekleştirirken tam bağımsız olacak, hiçbir kişi ya da kurumun baskı ve yasaklarına maruz kalmayacaktır.” ifadesiyle avukatın bağımsızlığına vurgu yapmıştır.³⁵⁸

Bağımsızlık, görevlerini yerine getirirken doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak bir kısıtlama, baskı ya da müdahale olmaksızın avukatların bağımsızlığını

³⁵⁵ “Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.” (Av. K m. 1/2).

³⁵⁶ ÖRS, Cengiz Ozan, “Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 123, 2016, s. 109; KOCAOĞLU, S. Sinan, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012, s. 45-48.

³⁵⁷ BALAK, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, s. 54; KORKUSUZ, *Avukatlık Hukukuna Giriş*, s. 6.

³⁵⁸ DIVRAK, KILIÇ, “Savunma Hakkı”, s. 58.

garanti eden, eşitlik ilkesine dayalı, adli, idari ve hukuki ilkelerin düzenlenmesi ve korunmasıdır.³⁵⁹ Hukukun üstünlüğünün var olduğu, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı, savunmanın özgürce her türlü baskıdan ve tehditten uzak olarak yapılabildiği hukuk devletinin en büyük göstergelerinden biri, avukatın bağımsızlığıdır. Bu bağımsızlık avukatların yasalardaki yetkilerini kullanırken ya da savunma yaparken baskı altına alınmamasını ve herhangi bir kuruma ya da kişiye hesap verme zorunluluğunun bulunmamasını içerir.³⁶⁰ Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere avukat, bağımsızlığını sadece devlete karşı değil, meslek örgütlerine, topluma ve hatta müvekkiline karşı da ileri sürebilir.³⁶¹ Havana Kuralları'nda da³⁶² avukatın bağımsızlığının sağlanabilmesi için devlete bir takım yükümlülükler getirilmiştir. Türk hukukunda da avukatın bağımsızlığının sağlanabilmesi için Avukatlık Kanunu ve CMK'da arama ve el koymayla ilgili istisnai düzenlemelere yer verilmiş, bunun yanı sıra TCK m. 128'de de avukatların iddia ve savunma dokunulmazlıkları ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. TCK m. 128'deki düzenleme şu şekildedir; *“Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekir.”*

2. Sır Saklama Yükümlülüğü

Avukatların üstünün, eşyasının, konutunun ve bürosunun aranması sahip oldukları sır saklama yükümlülüğüyle de yakından ilişkilidir.³⁶³ Arama koruma

³⁵⁹ GÜNER, *Avukatlık Hukuku*, s. 110; ATAMAN, Zeynep Pelin, *Savunma Etiği Avukatlar İçin El Kitabı 1*, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi, s. 27, <http://etik.gov.tr/avukatlaricinelkitabı-savunmaetigi.pdf>, 20.04.2020 Erişim T.

³⁶⁰ DIVRAK, KILIÇ, “Savunma Hakkı”, s. 58, 59; ŞENOL, Talay, “Bağımsız Avukatlık”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, S. 54, s. 280.

³⁶¹ QINAMI, *Türk Avukatlık Hukukunun Arnavutluk Avukatlık Hukuku ile Karşılaştırılması*, s. 11.

³⁶² “Hiçbir baskı, engelleme, taciz veya yolsuz bir müdahale ile karşılaşmadan her türlü mesleki faaliyeti yerine getirmelerini, yurt içinde ve yurt dışında serbestçe seyahat etmelerini ve müvekkilleriyle görüşmeleri imkânını, kabul görmüş meslek ahlak kurallarına, görevlerine, standartlarına uygun faaliyette bulundukları için kovuşturma veya idari, ekonomik veya başka tür yaptırımlarla sıkıntı çekmelerini veya tehditle karşılaşmamalarını sağlar kuralı da avukatların bağımsızlığını boyutlayan bir düzenlemeyi sağlamak zorundadır” (Havana Kuralları m. 16).

³⁶³ ÖRS, “Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma”, s. 11; ŞİŞMAN, Hasan, “Avukatın Üzerinin, Büro veya Konutunun Aranması”, s. 1, (<https://hasansisman.wordpress.com/2012/10/13/avukatın-uzerinin-buro-veya-konutunun-aranması/>) 15.12.2019 Erişim T.

tedbirinin sır saklama yükümlülüğüyle ilişkili olmasının sebebi, avukatın müvekkilinin en özel mahrem sırlarını bilmesi ve bu sırlar dolayısıyla müvekkilin özel hayatının gizliliğini koruma yükümlülüğünün olmasıdır.

Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinde sır saklama yükümlülüğü şu şekilde düzenlenmiştir; “*Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse, Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır.*”

CMK'nın 46. maddesinde de avukatların sır saklama yükümlülüğü sebebiyle tanıklıktan çekinebileceklerine şu ifadelerle yer verilmiştir; “*Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır: Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler...*” 46. maddedeki ifadelerle bakıldığında, tanıklıktan çekinme hakkı sadece avukatlar açısından düzenlenmemiş, avukat stajyerleri ve yardımcıları da bu kapsama dahil edilmiştir.

Sır saklama yükümlülüğü, temel hak ve özgürlüklerden olan özel hayatın gizliliği ilkesiyle ilintili olması sebebiyle, Avukatlık Kanunu ve TCK'nın yanı sıra TBB Meslek Kuralları'nda da düzenlenmiştir. Avukatın sır saklama yükümlülüğünün düzenlendiği TBB Meslek Kurallarının 37. maddesi şu şekildedir; “*Avukat meslek sırrı ile bağlıdır. a. Tanıklıktan çekinmede de bu ölçüyü esas tutar. Avukat, davasını almadığı kimselerin başvurusu nedeniyle öğrendiği bilgileri de sır sayar. Avukatlık sırrının tutulması süresizdir, meslekten ayrılmak bu yükümü kaldırmaz. b. Avukat, yardımcılarının, stajyerlerinin ve çalıştırdığı kimselerin de meslek sırrına aykırı davranışlarını engelleyecek tedbirler alır.*”

Müvekkilin özel hayatının gizliliği ile ilgili belgelerin açığa çıkmaması ve mahremiyetinin korunması için avukat hakkında uygulanacak arama koruma tedbirine istisnai düzenlemeler getirilmiştir.

3. Savunma Hakkının Korunması

Savunma hakkı, ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğe ulaşılabilmesi³⁶⁴ ve adil bir yargılamanın gerçekleşebilmesi için şüpheliye ve sanığa tanınan en temel haklardandır.

³⁶⁴ GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku 1*, s. 3; YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 269.

Adaletin gerçekleşmesi hukuk devletinin en temel unsuru olan adil yargılanmaya, yani yargılamanın vazgeçilmez unsuru olan savunma hakkının etkin bir biçimde kullanılmasına bağlıdır.³⁶⁵ Savunma hakkı; devlet dahil herkese karşı ileri sürülebilen, bireyin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez bir hak olduğu için hem uluslararası insan hakları belgelerinde hem de Anayasada düzenlenmiştir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 11. maddesinde³⁶⁶ ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde³⁶⁷ savunma hakkının önemi vurgulanmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın da 36. maddesinde savunma hakkı; *“Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanan suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”* ifadesiyle düzenlenmiştir.

Ceza muhakemesinin amacına ulaşılmasında ve adil yargılanmanın gerçekleşmesinde bu denli öneme sahip olan savunma hakkının korunabilmesi için, savunma hakkının temsilcisi avukata uygulanacak olan ceza muhakemesi işlemleri özel olarak düzenlenmiştir. Ceza muhakemesi işlemlerinden biri olan arama koruma tedbirinin avukatlar açısından farklı düzenlenmesinin sebebi, şüphelinin ya da sanığın avukatıyla görüşmek üzere avukatın bürosuna gittiğinde ya da avukata bilgi ve belge verdiğinde bunun korunacağına olan güvenin sağlanmasıdır. Aksi takdirde müvekkilde, avukat bürosunun güvenli olmadığı, avukatın bürosunun ve üzerinin kolay bir şekilde aranacağı düşüncesi oluşacak ve savunma hakkı zedelenecektir.³⁶⁸

Kocaoğlu, savunma hakkının zedelenmesi ile ilgili şu ifadelere yer vermiştir; *“Çünkü bu düşünceye sahip şüpheli veya sanık, büroya görüşmeye giderken kolaylıkla aranabilecek bir yer olduğu için avukatlık bürosuna savunması için lazım belge ve delilleri yanında götürmez. Bu durum ise açıkça şüpheli veya sanığın*

³⁶⁵ ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 4; DIVRAK, KILIÇ, “Savunma Hakkı”, s. 51; ZAFER, *Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan*, s. 516.

³⁶⁶ *“Bir suç işlemekten sanık herkes, savunması için kendisine gerekli tüm güvencelerin sağlanmış olduğu açık bir yargılamada yasal yoldan suçlu olduğu tespit edilmedikçe suçsuz sayılır.”*, 1984 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, m. 11, (BALCI, SÖNMEZ, *Temel Belgelerde İnsan Hakları*, s. 269.).

³⁶⁷ *“Her sanık, kendi kendisini savunmak veya kendi seçeceği bir müdafinin ya da bir müdafî tutmak için gerekli mali imkanlardan mahrum bulunuyorsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa mahkeme tarafından ücretsiz olarak tayin edilecek bir müdafinin yardımından yararlanma ve savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma hakkına sahiptir”*, 1959 tarihli İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) m. 6/3-c,b (BALCI, SÖNMEZ, *Temel Belgelerde İnsan Hakları*, s. 269.).

³⁶⁸ ÖRS, “Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma”, s. 114.

savunma hakkını kısıtlar”³⁶⁹

Faruk Erem ise; “... avukatlar tam bir güven içerisinde bulunmazlarsa mesleklerini ifa edemezler. Avukatın bürosu basit bir iş mahalli değildir. Avukatın yazıhanesinin aranabileceğini düşünen bir müvekkilin avukatına güvenmesine imkân yoktur. Aranabilen avukat yazıhanesi tuzak haline gelebilir. Zamanla, çok az kişi bu tuzağa düşer Savunma özgürlüğü yalnız duruşmada serbestçe savunma yapabilme olanağı değildir. Kişi dilediği delili getirmek veya getirmemek takdirine de sahip bulunmalıdır. Nasıl sanık yemine zorlanamazsa, aynı şekilde elinde bulunan delili vermeğe de zorlanamaz. Avukat yazıhanesine intikal etmiş bir delil artık savunmanın takdirine tevdi edilmiştir” şeklinde ifade etmiştir.³⁷⁰

Sonuç olarak, avukatların bağımsızlığı, sır saklama yükümlülüğüne sahip olması ve savunma hakkının korunması, avukatlar hakkında uygulanacak olan arama koruma tedbirinin farklı düzenlenmesi gerekliliğini ortaya koymuştur.

B. Avukatın Üzerinin ve Eşyasının Adli Arama Kapsamında Aranması

Bir kişinin üzerinin aranması; giydiği elbise üstünde veya altında, doğal vücut boşluklarında ve dış görünüş itibarıyla bedeni üzerinde tıbbi araç ve yöntemler kullanılmadan gözle veya elle kontrol edilerek delil aranmasıdır.³⁷¹

Üst araması iki şekilde gerçekleştirilir: Birincisi, kişinin üzerindeki elbiselerin elle aranmasıdır. İkincisi ise, vücudun yüzeyinde veya doğal boşluklarında herhangi bir tıbbi müdahale ya da araç kullanmaksızın elle veya gözle yapılan aramadır. Üst aramasının ikinci şekli olan vücut yüzeyinde veya doğal boşluklarında yapılan arama beden muayenesi³⁷² ile karıştırılmamalı ve bu düzeye ulaşmamalıdır.³⁷³

³⁶⁹ KOCAOĞLU, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi...”, s. 55.

³⁷⁰ EREM, Faruk, *Meslek Kuralları Şerhi*, s. 74, 75.

³⁷¹ BİLEN, Adli Arama ve Önleme Araması, s. 93; ERDAGÖZ, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, s. 200; DOĞAN, Duygu-Çağlar, “Ceza Muhakemesinde Adli Arama”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 92, 2011, s. 167; BAKİ, Adli Arama, s. 91; KIZIROĞLU-KESKİN, Serap, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 2009, s. 146.

³⁷² “Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re’sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet

Üst araması, vücut veya vücut boşluklarının elle yoklanması ve gözle incelenmesi şeklinde yasayla görevli herhangi bir memur tarafından yapılırken, beden muayenesinde vücut incelenirken tıbbi yöntem ve araçlar kullanılır ve bu araçlar ancak bir doktor veya sağlık personeli tarafından kullanılabilir.

Kişinin vücudunun veya vücut boşluklarının tıbbi yöntem ve araçlar kullanılmadan çıplak soyularak aranması da mümkündür. Bu arama işlemi icra edilirken kişinin cinsiyetindeki memur tarafından mümkün olduğunca bedene dokunulmadan ve gözle inceleme yapılması gerekir (AVÖAY m. 28/3, m. 28/9). Bu inceleme sırasında kişinin cinsel bölgeleri de incelenebilir. Fakat bu inceleme gözle yapılacağı gibi insan onuruna da en az zarar verecek şekilde olmalıdır.³⁷⁴ Aksi takdirde cinsel organlarda yapılan muayene iç beden muayenesi sayılır (CMK m. 75/4).

Kişinin elbisesinin üstünden, altından ya da doğal vücut boşluklarından yapılacak arama kişi özgürlüğüne, insan haysiyet ve onuruna yapılan önemli bir müdahale teşkil ettiği için keyfilikten uzak ve hukuk devleti ilkelerine uygun olarak yapılmalıdır.

Kişinin eşyasında yani zilliyetliğinde olan maddi varlığa sahip, delil olabilecek nitelikteki, taşınır ya da müsadereye tabi her şey üzerinde arama işlemi gerçekleştirilebilir.³⁷⁵ Yani kişinin çantası, protezi, cd'leri, evrakları, konutunda olsa bile mobilyaları, sandığı, kasası gibi eşyalar da aramaya tabidir. Fakat kişinin üzerindeki ya da konutundaki bilgisayar veya bilgisayar programları arama

savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır" (CMK m. 75).

³⁷³ ERDAGÖZ, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, s. 196; BAKİ, Adli Arama, s. 93.

³⁷⁴ "AİHM Valasinas&İspanya'ya karşı davasında verdiği kararda çıplak olarak aramanın bazen zorunlu olduğunu ancak uygulamanın doğru yapılması gerektiğini belirtmiştir.Bu anlamda bir erkeğin bir kadın karşısında soyunmaya zorlamanın ve cinsel organını tutmanın haysiyeti zedeleyen küçük düşürücü muamele olduğunu belirtmiştir." BİLEN, Adli Arama ve Önleme Araması, s. 93, dipnot 281.

³⁷⁵ BAKİ, Adli Arama, s. 93; DOĞAN, "Ceza Muhakemesinde Adli Arama", s. 167; KIZIROĞLU-KESKİN, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)", s. 147.

kapsamına dahil değildir. Bu konuda CMK m. 134'te özel bir düzenleme bulunmaktadır.³⁷⁶

Eşya üzerinde yapılan aramanın teknik olarak arama sayılabilmesi için kişinin özel hayatına müdahalede bulunulmalıdır. Yukarıda “*Arama Sayılmayan Haller*” başlığı altında bahsedildiği gibi kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal etmeyen, terk edilmiş eşyalar üzerindeki inceleme, arama koruma tedbirinin kapsamına dahil değildir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kişinin aracında yapılacak aramayla ilgili açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kişilerin araçları, eşya sınıfına dahil olduğundan bunların aranabileceği kabul edilmektedir.³⁷⁷ AVÖAY'nin adli aramayı tanımlayan 5. maddesindeki “... bir kimsenin... kendisine ait... aracında yapılan araştırma işlemi” ifadesiyle araçlarda arama yapılabileceği açıkça düzenlenmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116 ve 117. maddelerinde kimlerin aranabileceği düzenlenmiştir. Buna göre 116. maddede; “*Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, iş yeri veya ona ait diğer yerler aranabilir*” ifadelerine yer verilmiştir. Maddede geçen ifadeye göre şüpheliye ve sanığa arama koruma tedbiri uygulanabilecektir. Şüpheli³⁷⁸ ve sanık³⁷⁹ kavramları ise, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesinde tanımlanmıştır. CMK m. 117'ye göre; “*Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.*” Yani suçla ilgisi olmayan, hükmün infazını engellemeye çalışmayan, suç eşyasını almamış veya gizlememiş olan kişiye karşı 117. madde hükmüne dayanılarak arama işlemi yapılabilir. CMK'nın hem 116 hem de 117. maddelerine göre yapılacak arama işlemlerinde, aranılacak kişilerin kimlik bilgilerinin gösterilmesi zorunludur (CMK m. 119/2).

³⁷⁶ “Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine (...) karar verilir. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulur. Hâkim kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde çıkarılan kopyalar ve çözümü yapılan metinler derhâl imha edilir.” (CMK m. 134/1).

³⁷⁷ ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 203.

³⁷⁸ “Şüpheli: Soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişi” (CMK m. 2/1-a).

³⁷⁹ “Sanık: Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişi” (CMK m. 2/1-b).

Hukuki statü ya da görevleri gereğince belli özellikleri bulunan kişilerin arama şartları daha farklı düzenlenmiştir. Bu kişiler; cumhurbaşkanı, diplomatik dokunulmazlığı olanlar, milletvekilleri, hakim-savcılar ve yüksek yargı organı mensupları, noterler ve avukatlardır. Konu kapsamı gereğince avukatlar dışındaki diğer kişiler kısaca bahsedilip geçilecek, avukatların üzerinin, eşyasının ve aracının aranması şartlarına detaylı olarak yer verilecektir.

Büyükelçiler, elçiler ve maslahatgüzarlar gibi diplomatik temsilcilerin dokunulmazlığa sahip olduğuna ilişkin 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi kabul edilmiştir. Viyana Sözleşmesi'nin 29. maddesine göre, diplomatik temsilciler görevleri ile ilgili ya da görev dışı konularda işledikleri suçlar sebebiyle gözaltına alınamaz, tutuklanamaz ve yargılanamazlar.³⁸⁰ Bu sebeple bu kişilere arama koruma tedbirinin uygulanması mümkün değildir.

Milletvekillerinin dokunulmazlıkları Anayasa'nın 83. maddesinde şu ifadelerle düzenlenmiştir; *“Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır.”* 83. maddenin 2. fıkrasına bakıldığında milletvekilinin suç işlemesi durumunda yakalama, tutuklama ve ifade alma işlemlerinin yapılamayacağı belirtilmiş, diğer koruma tedbirleriyle ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu sebeple milletvekilleri hakkında, arama koruma tedbirine başvurulmasının önünde anayasal bir engel bulunmamaktadır.³⁸¹

Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 88. maddesindeki; *“Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri dışında suç işlediği ileri sürülen hakim ve savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz, sorguya çekilemez. Ancak, durum Adalet Bakanlığına derhal bildirilir.”* ifadesine ve Kanun'un 82. maddesindeki; *“Hakim ve savcılarının görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle,*

³⁸⁰ BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 108; ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 161.

³⁸¹ BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 110; ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 166; BAKİ, *Adli Arama*, s. 76.

haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır. Adalet Bakanı inceleme ve soruşturmayı, adalet müfettişleri veya hakkında soruşturma yapılacak olandan daha kıdemli hakim veya savcı eliyle yaptırılabilir. Soruşturma ile görevlendirilen hakim ve savcılar, adalet müfettişlerinin 101'inci maddedeki yetkilerini haizdirler.” ifadesine bakıldığında, ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında hakim ve savcıların Adalet Bakanlığı izni olmadan aranamayacakları görülecektir. Yüksek yargı organları başkan ve üyeleri hakkında yapılacak olan arama işlemi Yargıtay Kanunu,³⁸² Danıştay Kanunu³⁸³ ve Anayasa Mahkemesi Kanunu³⁸⁴ ile engellenmiştir. Bu kişiler hakkında da ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında arama yapılamayacaktır.

Noterlik Kanunu 153. maddesine göre; noterlere görevleri nedeniyle ya da görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı kovuşturma yapılabilmesi için Adalet Bakanlığından izin alınması gerekir. Aynı Kanun'un 156. maddesine göre, noterlerin ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde yapılacak olan soruşturma genel hükümlere göre yürütülür. Noterlik Kanunu'nun 153 ve 156. maddelerine bakıldığında noterlerin görevleri dışındaki ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde yapılacak olan aramanın genel hükümlere tabi olduğu görülecektir.

1. Avukatın Üzerinin ve Eşyasının Aranmasının Şartları

Avukatın bürosunda arama ve elkoyma tedbirleri Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinde düzenlenmesine rağmen, avukatın üzerinin aranmasıyla ilgili özel bir düzenlemeye Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer verilmemiştir. Fakat Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre özel kanun niteliğinde olan Avukatlık Kanunu'nda avukatların üzerinin aranmasıyla ilgili düzenlemeye yer

³⁸² “Yargıtay Birinci Başkanı, birinci başkanvekilleri, daire başkanları, üyeleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekilinin görevleriyle ilgili veya kişisel suçlarından dolayı haklarında soruşturma yapılabilmesi Birinci Başkanlık Kurulunun kararına bağlıdır. Ancak, ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinin hazırlık ve ilk soruşturması genel hükümlere tabidir.” (Yargıtay Kanunu m. 46/1).

³⁸³ “Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyelerin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işlemiş bulundukları suçlardan dolayı, Danıştay Başkanının seçeceği bir daire başkanı ile iki üyeden oluşan bir kurul tarafından ilk soruşturma yapılır.” (Danıştay Kanunu m. 76/1).

³⁸⁴ “Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyelerinin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlarla şahsi suçları için soruşturma açılması Anayasa Mahkemesinin kararına bağlıdır. Başkan, gereken hallerde işi Anayasa Mahkemesine götürmeden önce bir üyeye ön inceleme de yaptırabilir. İmzasız, adressiz yahut takma adla yapılan veya yapıldığı anlaşılan ya da belli bir olayı ve nedeni içermeyen, delilleri ve dayanakları gösterilmeyen ihbar ve şikayetler Başkanlıkça işleme konulmaz.” (Anayasa Mahkemesi Kanunu m. 55/1).

verilmiştir. Bu düzenlemeye 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.” (Av. K m. 58).

Avukatlık Kanunu’nda bu hükme yer verilmesinin sebebi, Anayasa’nın 36. maddesindeki savunma hakkı ve Avukatlık Kanunu’nun 36. maddesindeki sır saklama yükümlülüğü kapsamında avukatların kolluk kuvvetleri karşısında bağımsızlığının sağlanmasıdır.³⁸⁵ Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesi sayesinde, kolluk kuvvetleri avukata baskı uygulayamayacak, avukat ile müvekkil arasındaki gizlilik korunacak ve avukat mesleğini güvenle yapabileceği bir ortama kavuşacaktır. Aksi takdirde avukatın müvekkiline ait olan özel ve mahrem sırları, belgeleri veya resimleri üçüncü kişilerin eline geçecek ve bu durum sır saklama yükümlülüğünün ihlalini doğurup, avukatın mesleğini güven içinde yapamamasına neden olacaktır.³⁸⁶

Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesine göre; “... ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz.” Yani avukatın üzerinin aranabilmesi iki şartın varlığına bağlı kılınmıştır. Bu şartlardan birincisi, suçun ağır ceza mahkemesinin görev alanına giriyor olması ikincisi ise, suçüstü halidir.³⁸⁷

a. Suçun Ağır Ceza Mahkemesinin Görev Alanına Giren Bir Suç Olması

Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesindeki ifadeye bakıldığında, avukatın üzerinin aranması için gerekli olan ilk şartın, işlenen suçun ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmesi olduğu görülecektir. Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesinde avukatın işlediği suç açısından, görev suçu ya da adi suç ayrımı yapılmaksızın, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suç üstü hali dışında avukatın üzerinin ve

³⁸⁵ KOC AOĞLU, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi ...”, s. 50.

³⁸⁶ ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 167.

³⁸⁷ “Suçüstü: 1. İşlenmekte olan suç, 2. Henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç, 3. Fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç, ifade eder” (CMK m. 2/1-j).

eşyasının aranamayacağı düzenlenmiştir.³⁸⁸ Yani avukatın işlediği iddia olunan suç, göreviyle ilgili olmasa dahi eğer ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suç üstü hali yoksa aranamayacak, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlarda ise aranabilecektir.

Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar ise, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 12. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir; “*Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanunu’nda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları, Türk Ceza Kanunu’nun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ve 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler, askeri mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler ile çocuklara özgü kovuşturma hükümleri saklıdır.*” Bunun yanı sıra Avukatlık Kanunu’nun 58-61. maddelerine bakıldığında avukatların, avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri tüm suçların da Ağır Ceza Mahkemesinin görev alanına girdiği görülecektir.

b. Avukatın Suçüstü Halinde Yakalanmış Olması

Avukatın üzerinin ve eşyasının aranabilmesi için gereken diğer bir şart ise, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçtan dolayı, avukatın suçüstü halinde yakalanmış olmasıdır. Suçüstü hali, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 2. maddesinin 1. fıkrasında şu şekilde tanımlanmıştır; “*Suçüstü: İşlenmekte olan suç, henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç, fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç, ifade eder*” (CMK m. 2/1-j). Ağır Ceza Mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı

³⁸⁸ ŞEN, Ersan, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2018, s. 342.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesinde tanımı yapılan suçüstü halinde yakalanan avukatın üzeri aranabilir.

Yani avukatın aranabilmesi için, avukatın işlediği suçun ağır ceza mahkemesinin görev alanına giriyor olması ve suç üstü halinin de mevcut olması gerekir. Eğer avukat, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suç işlemesine rağmen ortada suçüstü hali mevcut değilse ya da avukat suçüstü halinde bulunmuş fakat işlenen suç ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmiyorsa avukatın üzeri, eşyası ve aracı aranamaz. Eğer, Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesindeki her iki unsur da mevcutsa, avukatın üzerinin ve eşyasının aranabilmesi CMK'nın 119. maddesindeki genel hükümlere tabidir. Genel hükümlere tabi olduğu durumlarda, avukatın üzerinin aranması için kural olarak hakim kararı gerekir fakat bu kural mutlak değildir. Yani gecikmesinde sakınca bulunan istisnai hallerin mevcudiyetinde Cumhuriyet savcısı, savcıya ulaşamadığı hallerde ise, kolluk amirinin yazılı emri ile de avukatın üzeri ve eşyası aranabilecektir.³⁸⁹

Avukatın üzerinin, eşyasının ve aracının aranması için gerekli olan; ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suç ve suçüstü hali unsurlarının her ikisinin ya da herhangi birinin olmaması durumunda avukatın üzerinin, eşyasının ve aracının aranması, idare hukuku anlamında haksız fiil oluşturabileceği gibi, ceza hukuku anlamında da TCK'nın 120. maddesinde³⁹⁰ düzenlenen haksız arama suçunu oluşturacaktır. Danıştay 8. Dairesi de avukatın üzerinin haksız aranması sebebiyle tazminata hükmettiği bir kararında şu ifadelere yer vermiştir; “Avukat olan davacının, avukatlık kimliğini ibraz etmesine rağmen kolluk kuvvetleri tarafından üzerinin aranması nedeniyle manevi zararın tazmini istemiyle dava açılmıştır. Avukatlık Kanunu uyarınca ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatların üzeri aranamaz. Suçüstü hali olmadan müvekkili önünde kolluk kuvvetlerince üzeri aranan davacının meslek onurunun zedelendiği açıktır. Davalı idarenin bu eylemde hizmet kusurunun bulunduğu, davacının manevi zararının karşılanmasına, haksız zenginleşmesine de yol

³⁸⁹ “Hakim tarafından verilmiş bir arama kararı ve tehirinde mazarrat bulunan bir durum olmadığı gibi Cumhuriyet Savcısı tarafından da bu konuda usulüne uygun verilmiş bir arama emri de bulunmadığından dava konusu eşyanın usulsüz yapılan arama sonucu ele geçmesi ve aleyhe başka da delil bulunmaması nedeniyle, sonucu itibarıyla beraat kararı doğru olduğundan yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanmasına...” Yargıtay 7. CD, 29.01.2007 T ve 2004/17257 E, 2007/305 K.

³⁹⁰ “Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.” (CMK m. 120).

açılmamasını sağlamak üzere takdiren manevi zararın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalı idare tarafından davacıya ödenmesine ve fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmesi hukuka uygundur.”³⁹¹

Sonuç olarak yapılan düzenlemelere bakıldığında savunma makamının temsilcisi, yargının kurucu unsuru olan avukatın, bağımsızlığının sağlanabilmesi ve savunma hakkının korunabilmesi adına arama koruma tedbirinin istisnai düzenlemelerine yer verilmiştir.

2. Avukatın Üzerinin ve Eşyasının Aranmasının İcrası

Yukarıda bahsedilen iki şartın yani ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü hali şartlarının varlığı halinde avukat, arama koruma tedbirinin muhatabı olacaktır.

CMK’nın 160. maddesinde; “*Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar.*” ifadesiyle soruşturma aşamasındaki yetkili merciin savcı olduğu düzenlenmiştir. Bu sebeple soruşturma aşamasında gerçekleştirilecek olan bir arama koruma tedbiri, savcı tarafından uygulanabilecektir. Savcı tarafından yapılacak olan soruşturma işlemleri, CMK’nın 169. maddesinin 2. fıkrasındaki; “*Her soruşturma işlemi tutanağa bağlanır. Tutanak, adlî kolluk görevlisi, Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hâkimi ile hazır bulunan zabıt kâtabi tarafından imza edilir.*” hüküm gereği tutanağa bağlanmak zorundadır. Savcının yapacağı arama koruma tedbiri de bir soruşturma işlemi olması sebebiyle zabıt katibinin tutacağı bir tutanağa bağlanmalıdır. Fakat uygulamada savcının aramaya katılarak arama yapması pek karşılaşılan bir durum değildir.³⁹² Bu sebeple savcı CMK’nın 161. maddesinin 1. fıkrasındaki; “*Cumhuriyet savcısı, doğrudan doğruya veya emrindeki adlî kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabilir; yukarıdaki maddede yazılı sonuçlara varmak için bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilir.*” hükmüne dayanarak kolluğu arama koruma tedbiri açısından görevlendirebilir. Savcı

³⁹¹ Danıştay 8. Dairesi, 12.11.2010 T ve 2010/5626 E, 2010/6024 K.

³⁹² ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 210.

tarafından yetkilendirilen kolluk görevlilerinin kimler olabileceği ise, AVÖAY'nin 4. maddesinde³⁹³ belirtilmiştir.

Genellikle kolluk görevlileri tarafından yapılan arama koruma tedbiri uygulanırken, toplum ve birey psikolojisi bilinmeli ve bu doğrultuda hareket edilmelidir.³⁹⁴ Yasa koyucu da arama koruma tedbirinin temel hak ve özgürlüklerden olan özel hayatın gizliliği ve insan onurunun dokunulmazlığı ilkelerine getirilen bir sınırlama olması sebebiyle, aramanın icrasının büyük bir dikkat ve özen içerisinde gerçekleştirilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Yani aramanın hukuka uygunluğu sadece arama kararı veya emriyle ilgili değil, aynı zamanda aramanın icra edilirken hukuka uygun olması gerektiğiyle de ilgilidir. Arama kararındaki şartların eksikliği yapılan aramayı hukuka aykırı hale getirebileceği gibi, insan onuruna saygı duymayan, olması gerektiği gibi icra edilmeyen arama uygulaması da yapılan aramayı hukuka aykırı hale getirecektir.³⁹⁵ Bu sebeple arama işlemi bir plan ve sistem dahilinde yürütülmelidir.

Bir plan dahilinde yürütülen arama işleminin icrası sırasında kolluğun yapması gereken ilk şey, güvenlik önlemlerini almak ve kimlik göstermek suretiyle kendini tanıtmaktır. Bu durum AVÖAY'nin 28 ve 29. maddelerinde şu şekilde düzenlenmiştir; *“Aramanın gerçekleştirileceği yerde, öncelikle kişilerin kaçmasını ve saldırmalarını engelleyecek şekilde gerekli güvenlik tedbirleri alınır. Kolluk görevlileri, kolluk görevlisi olduğunu ispatlayan kimliğini gösterir.”* (AVÖAY m. 28/1-2). *“Araçlarda aramanın gerçekleştirileceği yerde, öncelikle kişilerin kaçmasını ve saldırmalarını engelleyecek şekilde gerekli güvenlik tedbirleri alınır.”* (AVÖAY m. 29/1).

Kendini tanıtan kolluk görevlisi, aramanın; kime karşı, hangi suçtan dolayı ve amacının ne olduğu konularında aramaya maruz kalan kişiye açıklama yapmalı ve onu bilgilendirmelidir. Bu bilgilendirme, arama kararının veya emrinin ilgili kişiye gösterilmesi şeklinde yazılı yapılabileceği gibi sözlü de yapılabilir. AVÖAY'nin 28 ve 29. maddelerinde aramaya maruz kalan kişinin bilgilendirilmesiyle ilgili şu hükümlere yer verilmiştir; AVÖAY m. 28; *“Üst ve eşya araması sırasında, yapılan*

³⁹³ “Kolluk: Jandarma, polis, sahil güvenlik ve gümrük muhafaza görevlileri..” (AVÖAY m. 4).

³⁹⁴ BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 114.

³⁹⁵ “Hukuka aykırı olarak yapılmış bir arama sonucu elde edilen deliller de, suç tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK.nun 254.maddesindeki “soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz” hükmü gereğince mahkemece geçerli bir delil olarak gözetilemeyeceğinden...” Yargıtay 7. CD, 2004/5671 E, 2007/1111 K.

aramanın konusu olan eşyanın ne olduğu veya aramanın yapılmasına temel teşkil eden sebepler ilgiliye açıklanır.”, AVÖAY m. 29; “Araç araması sırasında, yapılan aramanın konusu olan eşyanın ne olduğu veya aramanın yapılmasına temel teşkil eden sebepler ilgiliye açıklanır.” Aramaya maruz kalan kişilerin bilgilendirilmesi gerektiği sadece AVÖAY’de değil, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinin 3. fıkrasında da düzenlenmiştir.³⁹⁶

Aramanın icrası sırasında kolluk görevlilerinin dikkat etmesi gereken diğer bir konu da arama faaliyeti sırasında müdafî bulunmasına izin verilip verilmeyeceğidir. Şüpheli ya da sanık konumundaki avukatın, üzerinin, eşyasının ya da aracının aranması sırasında başka bir avukatın hukuki desteğinden yararlanabileceği kabul edilmektedir. Kolluk görevlilerinin bu konuya da hassasiyetle yaklaşması gerekmektedir. Nitekim CMK’nın 149. maddesinin 1. fıkrasında; “Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafîin yardımından yararlanabilir; kanunî temsilcisi varsa, o da şüpheliye veya sanığa müdafî seçebilir.” şeklinde belirtilen ifadeye bakıldığında, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında müdafî seçme hakkı olan şüphelinin/sanığın, arama koruma tedbirine maruz kaldığında da avukatın yardımını alabileceği kabul edilmektedir. Arama koruma tedbirine maruz kalan şüpheli ya da sanık konumunda olan avukat, arama sırasında müdafîini çağırabilir ve müdafinin aramada hazır bulunmasına engel olunamaz³⁹⁷ (CMK m. 120/3).³⁹⁸ Aksi takdirde müdafinin hazır bulunmasına engel olunması hem CMK m. 149’a hem de CMK m. 120’ye aykırılık oluşturacak ve savunma hakkını ihlal edecektir.³⁹⁹

³⁹⁶ “Bir suç isnat edilen herkes, en azından aşağıdaki haklara sahiptir: (a) kendisine yöneltilen suçlamanın mahiyeti ve nedeni hakkında, derhal, anlayabileceği dilde ve ayrıntılı olarak bilgilendirilmiş olmak...” (AİHS m.6/3-a).

³⁹⁷ “... Ağır Ceza Mahkemesinin 20.03.2008 gün ve 2008/421 D. İş sayılı kararında yasal gerekçe ve somut olgu belirtilmeden gece vakti arama yapılmasına izin verilmesi; mahkemenin, CMK’nın 250. maddesi uyarınca belirlenen yargı çevresi dışındaki bir mahal için, haklı gerekçeleri ve dayanakları gösterilmeden verdiği arama kararı ile arama yapılması; avukatların beklenmesi durumunda aramanın sonuçsuz kalmasına neden olabilecek sebepler belirtilmeden avukatların yokluğunda aramaya başlanması; açıkça hukuka aykırı olup bu arama sonucunda elde edilen delillerin hükme esas alınması da usul ve yasaya aykırı görülmüştür” Yargıtay 16. CD, 21.04.2016 T ve 2015/4672 E, 2016/2330 K.

³⁹⁸ “Kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz.” (CMK m. 120/3).

³⁹⁹ AİHS’in 6. maddesinde de müdafiden yararlanma hakkı açıkça düzenlenmiş ve bu hakkın kullandırılmamasının AİHS’e aykırılık oluşturacağı vurgulanmıştır. “Bir suç isnat edilen herkes, en azından aşağıdaki haklara sahiptir: bizzat ya da kendi seçtiği bir yasal yardımcı/(savunmanı) yoluyla savunmasını yapmak ya da, yasal yardım almak için yeterli ödeme gücüne sahip değil ise, bu yardımın, adaletin yararının gerektirmesi halinde, kendisine ücretsiz olarak sağlanması...” (AİHS m. 6/3-c).

Aramanın icrası sırasında dikkat edilmesi gereken konulardan bir diğeri ise, aramanın amacından ve orantılılık ilkesinden uzaklaşılmasıdır.⁴⁰⁰ Örneğin, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü halinden dolayı, silah bulunması amacıyla avukatın üst ve eşya araması yapıldığı sırada silahın bulunabilmesi için avukatın cüzdanının içine bakılıyorsa bu durumda aramanın amacından sapıldığı ve dürüst işlem ilkesine aykırılık oluştuğu görülecektir.

Yine aramanın icrası sırasında AVÖAY'nin 28. maddesinin 6. fıkrasında;⁴⁰¹ her ne kadar kişinin üst veya eşya araması sırasında direnç göstermesi halinde kuvvet kullanarak aranabileceği düzenlenmiş olsa da kuvvet kullanımının hukuk devleti ilkesi çerçevesinde başvurulması gereken son çare olduğu belirtilmelidir.⁴⁰² Kuvvet kullanımının istisnai olduğu ve kullanılan kuvvetin şüphelinin veya sanığın sağlığına, vücut tamlığına ve insan onuruna zarar vermemesi gerektiği⁴⁰³ unutulmamalıdır.⁴⁰⁴

Sonuç olarak aramanın şartlarının var olduğu hukuka uygun başlayan arama faaliyeti, dürüst işlem ilkesine aykırılık sebebiyle hukuka aykırı bir arama haline gelebilecektir. Hukuka aykırı yapılan aramaya karşı ise, aramaya maruz bırakılan kişiler CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasındaki; *“Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında.... Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen... Kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler”* hükmüne dayanarak aramanın icrası sırasında uğradıkları maddi ve manevi zararın tazminini⁴⁰⁵ isteyebileceklerdir.⁴⁰⁶

⁴⁰⁰ ÜNVER, Yener, HAKERİ, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Adalet Yay., 16. Baskı, 2019, s. 407.

⁴⁰¹ *“Kişi direndiği takdirde üst ve eşya araması orantılı güç kullanılarak gerçekleştirilir.”* (AVÖAY m. 28/6).

⁴⁰² BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 122.

⁴⁰³ Kuvvet kullanımı görevin gerektirdiği ölçünün dışında bir kuvvet kullanılması şeklinde olursa, 5237 sayılı TCK'nın 256. maddesinde düzenlenen *“zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu”* oluşacaktır. *“Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”* hüküm uygulanacaktır. (TCK m. 256).

⁴⁰⁴ DOĞAN, *“Ceza Muhakemesinde Adli Arama”*, s. 178; BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 122; ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 225.

⁴⁰⁵ *“(1) Karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir. (2) İstem, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa, en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır. (3) Tazminat isteminde bulunan kişinin dilekçesine, açık kimlik ve adresini, zarara uğradığı işlemin ve zararın nitelik ve niceliğini kaydetmesi ve bunların belgelerini eklemesi gereklidir. (4) Dilekçesindeki bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda mahkeme, eksikliğin bir ay içinde giderilmesini, aksi hâlde istemin reddedileceğini ilgiliye duyurur. Süresinde eksiği tamamlanmayan dilekçe, mahkemece, itiraz yolu açık olmak üzere reddolunur. (5) Mahkeme, dosyayı inceledikten sonra yeterliliğini belirlediği dilekçe ve eki belgelerin bir örneğini Devlet Hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ ederek, varsa beyan ve itirazlarını onbeş gün içinde yazılı olarak bildirmesini ister. (6) İstemin ve ispat belgelerinin*

Arama koruma tedbirinin şüphelinin veya sanığın, sağlığına, onuruna, haysiyetine ve özel yaşamına en az zarar verecek şekilde ve hukuk kuralları çerçevesinde yerine getirilmesi gerekir. Aksi takdirde usulüne uygun alınmış arama kararı olsa dahi yapılan arama işlemi hukuka aykırı hale gelecektir.⁴⁰⁷

3. Avukatın Üzerinin ve Eşyasının Aranmasının Sona Ermesi

Usulüne uygun verilen arama kararının icrasının ardından, şüpheli/sanık konumunda bulunan avukata aramanın sonunda bir tutanak verilir. Verilen bu tutanağa “adli arama tutanağı” denir. Adli arama tutanağında bulunması gerekenler AVÖAY’nin 11. maddesinde şu şekilde sayılmıştır; “Tutanakta;

a) Arama kararının tarih ve sayısı, hâkim kararı yoksa verilmiş olan yazılı emrin tarih ve sayısı ile emri veren merci, b) Aramanın yapıldığı yer, tarih ve saat, c) Aramanın konusu, d) Aranılan kişinin kimlik bilgileri, adını söylemediği takdirde eşkâl bilgileri, e) Araçta, konutta, işyeri ve eklentilerinde arama yapılmışsa, aracın plaka numarası, markası, konutun, işyerinin ve eklentilerinin açık adresi, suç üstü aracının aranmasında suç üstü aracının cinsi, ismi, sahibi ve kullanımı, deniz aracının aranması hâlinde ise deniz aracının cinsi, ismi, donatıları, bağlama limanı, tonajı, acentesi, kaptanı ve arama mevkiî, f) Aramanın sonuçları, el konulan suç eşyasına ilişkin belirleyici bilgiler, g) Aramada yakalanan kişiler varsa kimlik bilgileri, kimliği belirlenemiyorsa eşkâl bilgileri, h) Arama sonucunda yaralanma veya maddî bir zarar meydana gelip gelmediği, i) Arama işlemini yapanların adı, soyadı, sicil numarası ve unvanı, hususları yer alır. Tutanak arama işlemine katılmış olanlar ve hazır bulunanlarca imzalanır. Tutanağın bir sureti ilgiliye verilir. Kaçakçılık suçlarıyla ilgili tutanaklar, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun 11 ve 20 nci maddelerine göre tanzim edilir.”

değerlendirilmesinde ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek tazminat miktarının saptanmasında mahkeme gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya veya hâkimlerinden birine yaptırmaya yetkilidir. (7) (Değişik fıkra: 25/05/2005-5353 S.K./20.mad) Mahkeme, kararını duruşmalı olarak verir. İstemde bulunan ile Hazine temsilcisi, açıklamalı çağrı kâğıdı tebliğine rağmen gelmezlerse, yokluklarında karar verilebilir. (8) Karara karşı, istemde bulunan, Cumhuriyet savcısı veya Hazine temsilcisi, istinaf yoluna başvurabilir; inceleme öncelikle ve ivedilikle yapılır.” (CMK m. 142).

⁴⁰⁶ BAKİ, Adli Arama, s. 143; BİLEN, Adli Arama ve Önleme Araması, s. 134; ERDAGÖZ, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, s. 251; DOĞAN, “Ceza Muhakemesinde Adli Arama”, s. 178; ARTUÇ, Mustafa, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara, Adalet Yay., 2. Baskı, 2018, s. 397.

⁴⁰⁷ DOĞAN, “Ceza Muhakemesinde Adli Arama”, s. 178; BİLEN, Adli Arama ve Önleme Araması, s. 122; ERDAGÖZ, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, s. 225.

Adli arama tutanağının dışında aramanın sonunda arama işlemine maruz kalan avukata istemi halinde AVÖAY'nin 12. maddesinde belirtilen durumların bulunduğu bir belge verilir (CMK m. 121). AVÖAY'nin 12. maddesinde düzenlenen durumlar şunlardır;

“a) Aramanın, 1) Şüpheli veya sanık olması ve yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe bulunması sebebiyle mi, 2) Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla mı, yapıldığını, b) Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe bulunan şüphelinin veya sanığın üstünün, eşyasının, konutunun, işyerinin veya ona ait diğer yerlerin aranması hâlinde, soruşturma veya kovuşturma konusu fîlin niteliğini, c) Aramada el konulan veya koruma altına alınan eşyanın listesini, d) Aramada şüpheyi haklı kılan bir şey elde edilmemiş ise bunu, e) Hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin, el konulan eşyanın mülkiyetine ilişkin görüş ve iddialarını, içeren belge veya belgeler verilir. Koruma altına alınan veya el konulan eşyanın tam bir listesi yapılarak resmî mühürle mühürlenir. Bu eşyanın resmî mühürle mühürlendiğine dair tutanak tanzim edilerek, bir sureti ilgisine verilir.”

CMK'nın 123. maddesine göre; arama sonunda ele geçirilen ve ispat aracı olabileceği düşünülen eşya ve kazanç müsaderesine konu malvarlığı değerleri, sahibinin rızasıyla muhafaza altına alınır. Eğer kişi rıza göstermiyorsa eşyaya el konulur. El koyma ise, CMK'nın 127. maddesine göre, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı, savcıya ulaşamayan hallerde, kolluk amirinin yazılı emriyle uygulanır. Hakim kararı olmadan elkoyma işlemi gerçekleşir ise, verilen karar 24 saat içinde hakim onayına sunulmak zorundadır. 24 saat içinde hakim onayına sunulan karar, hakim tarafından 48 saat içerisinde açıklanmazsa el koyma koruma tedbiri kendiliğinden kalkar (CMK m. 127/3, AVÖAY m. 15).

Arama sırasında, arama kararında yer almayan ya da aramaya sebep olan suçla ilgisi olmayan bir eşya bulunduğu nasıl hareket edileceği CMK'nın 138. maddesinde⁴⁰⁸ ve daha detaylı olarak AVÖAY'nin 10. maddesinde⁴⁰⁹ düzenlenmiştir.

⁴⁰⁸ “Arama veya elkoyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum” (CMK m. 138/1). Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.

AVÖAY'nin 16. maddesinde de kayıt ve belgeler hakkında uygulanacak usule yer verilmiştir. Fakat el koyma yasağı kapsamında bulunan kayıt ve belgelere el konulamayacağı unutulmamalıdır. Yani şüpheli ya da sanık konumundaki avukatın üzerinde, müvekkiline ait mektup veya belgeler var ise, bu eşyaların avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye dayandığı öne sürülebilir. Mesleki ilişki sebebiyle el konulmasına karşı çıkılan şeyler 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, el konulan şeylerin avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptadığı takdirde el konulan şeyler derhal avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar da ortadan kaldırılır. Avukat ile müvekkil arasındaki gizliliğin korunması savunma hakkının tam ve etkili kullanılabilmesi için temel bir koşuldur.⁴¹⁰

C. Avukatın Bürosunun Aranması

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116⁴¹¹ ve 117. maddelerine⁴¹² göre; şüpheli, sanık veya üçüncü kişilere ait iş yerlerinde de arama işlemi yapılabilecektir. İş yeri, bir kişinin mesleğini ve sanatını icra ettiği yeri ve bu yerlerin eklentilerini ifade eder.⁴¹³ İş yeri ve eklentilerinin aranması CMK'nın 119 ve AVÖAY'nin 30. maddelerinde düzenlenmiştir. Avukat büroları da iş yeri kapsamında değerlendirilmektedir. Fakat avukat bürolarının aranması, avukatın bağımsızlığının

⁴⁰⁹ “Usulüne uygun yapılan aramada; Yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmakla birlikte, karar veya yazılı emirde konu edilmeyen, Yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek, bir delil elde edilirse; bu delil koruma altına alınır ve durum Cumhuriyet başsavcılığına derhâl bildirilerek el koyma işlemini gerçekleştirmek için Cumhuriyet savcısından yeni bir yazılı emir istenir. Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hâllerde ise kolluk âmirinin yazılı emriyle kolluk görevlileri elkoyma işlemini gerçekleştirebilir. Hâkim kararı olmaksızın elkoyma işlemi, yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar. Bu tür aramada, aramanın amacı ve konusu dışında ele geçirilen ve haklarında tutuklama veya yakalama kararı bulunan kişiler, evrakıyla birlikte Cumhuriyet başsavcılığına sevk edilir.” (AVÖAY m. 10).

⁴¹⁰ BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 128.

⁴¹¹ “Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın... işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.” (CMK m. 116).

⁴¹² “Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de ... işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir. Bu hâllerde aramanın yapılması, aranan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır.” (CMK m. 117).

⁴¹³ ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 191; BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 88; BAKİ, *Adli Arama*, s. 90.

zedelenmemesi adına normal iş yerlerinin aranmasından daha farklı özellikler göstermektedir. Avukatın müvekkille olan ilişkisi güven ilişkisine dayanmaktadır, bu sebeple müvekkilin avukatına vereceği ve avukatın bürosunda muhafaza edeceği delillerin, belgelerin, mektupların ya da bilgilerin üçüncü kişilerin eline geçeceği endişesi taşıması ve kendini rahat hissedememesi sebebiyle bu bilgi ve belgelerin avukata verilmesinden imtina edilmesi, savunmanın etkin yapılamaması sonucunu doğuracak ve savunma hakkının kısıtlandığı anlamına gelecektir.⁴¹⁴ Bu sebeple Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesinde ve CMK’nın 130. maddesinde avukat bürolarının aranması, özel şartların varlığına tabi kılınmıştır.

1. Avukat Bürosunun Aranmasının Şartları ve İcrası

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 118. maddesine bakıldığında; “*Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamaz. Suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalarda, birinci fıkra hükmü uygulanmaz.*” şeklindeki düzenlemeye yer verilmiştir. Kanundaki bu düzenlemeye bakıldığında, istisnai haller dışında iş yeri ve kapalı yerlerde gece vakti arama yapılamayacağı ve iş yerinde yapılacak olan aramanın kural olarak gündüz yapılacağı anlaşılabılır. Gündüz vaktinin hangi zaman aralığını kapsadığı TCK’nın tanımlar başlıklı 6. maddesindeki⁴¹⁵ gece vakti tanımının mefhumu muhalifinden çıkarılacaktır. Gündüz vakti iş yeri aramasının gerçekleştirilebilmesi için, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri gerekir.⁴¹⁶ Yani iş yerinde yapılacak olan arama, gecikmesinde sakınca bulursa dahi kolluk amirinin emriyle gerçekleşemez.

İş yeri niteliğinde olan, avukat bürolarının aranması özellik arz ettiği için hem CMK’nın 130. maddesinde hem de Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir.

Av. K m. 58; “*Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri*

⁴¹⁴ KOCAGÖZ, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi ...”, s. 56.

⁴¹⁵ “Gece vakti deyiminden; güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvele kadar devam eden zaman süresi” (TCK m. 6/1-e).

⁴¹⁶ “konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir.” (CMK m. 119).

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.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nun duruşmanın inzibatına ilişkin hükümleri saklıdır. Şu kadar ki, bu hükümlere göre avukatlar tutuklanamayacağı gibi, haklarında disiplin hapsi veya para cezası da verilemez.”

CMK m. 130; “Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur. Arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisinde konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu fıkrafta öngörülen kararlar, yirmidört saat içinde verilir. Postada elkoyma durumunda bürosunda arama yapılan avukat veya baro başkanı veya onu temsil eden avukatın karşı koyması üzerine ikinci fıkrafta belirtilen usuller uygulanır.”

Kanun maddelerine bakıldığında avukat bürolarının aranabilmesi için kanun koyucunun üç şart görülecektir. Bu şartlar; mahkeme kararının olması, aramanın savcı denetiminde gerçekleşmesi ve arama sırasında baro başkanı veya onu temsilen bir avukatın bulunmasıdır.⁴¹⁷

⁴¹⁷ Bu şartlara bazı istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalar 27.07.2016 tarih ve 668 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesinin 3. maddesi ve 24.11.2016 tarih ve 29898 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6755 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 3. maddesi gereği şu şekilde düzenlenmiştir; “26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı TCK'nın İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 12.04.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü halin devamı süresinde; Avukat bürolarında hâkim

a. Avukat Bürolarının Mahkeme Kararıyla Aranması

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. ve Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde sayılan şartlar dışında, aramaya sebep olan suçun görev suçu mu adi suç mu olup olmadığı ayırımına gidilmeden;⁴¹⁸ avukat bürolarının sadece mahkeme kararı ile ve kararda belirtilmiş olan olayla ilgili Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabileceği düzenlenmiştir. Yani CMK'nın 119. maddesinde olduğu gibi gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, savcıya ulaşamadığı hallerde de kolluk amirinin yazılı emriyle avukat bürolarında arama yapılamayacaktır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi avukat bürosunun aranması için mutlaka mahkeme kararı gerekmektedir. Yani avukat bürolarının aranmasında, diğer iş yerlerinin aranmasındaki istisnai hükümler geçerli değildir.

Avukat bürolarının mahkeme kararıyla aranması gerektiği konusunda çeşitli görüşler mevcuttur. Bu görüşlerden Kocaoğlu; *“Kanun bu hükümde ...avukatların bürolarının aranması için savunma bağımsızlığı çerçevesinde ortak bir statü yaratmıştır ve büronun aranabilmesi için karar verecek mercii “hakim” değil “mahkeme” olarak belirlemiştir. Ayrıca, gecikmesinde tehlike olan şartlar bile olsa avukatın bürosunda savcı kararı ile arama yapılamaz. Böylelikle, avukatların bürosunun ancak mahkeme kararı ile aranabilmesi sağlanmış ve savunma bağımsızlığı daha sağlam bir güvence altına alınmıştır.”*⁴¹⁹, Örs; *“yasa koyucu avukat bürolarının hâkim kararı ile aranacağı şeklinde bir kural getirmek isteseydi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 119, 127 ve diğer maddelerinde olduğu gibi açıkça “hâkim” sözcüğünü kullanırdı. Fakat yasa koyucu 130. maddede Ceza Muhakemesi Kanunu'nda arama, elkoyma ve diğer bazı koruma tedbirlerini verme yetkilerini düzenlediği maddelerde olduğu gibi “hâkim” sözcüğünü değil, “mahkeme” sözcüğünü kullanmıştır. Bu sebeple yasa koyucunun 130. maddede mahkeme sözcüğü ile hâkimi ifade etmek istemediği açıkça ortadadır. Bu sebeple, 135. madde düzenlemesini de göz önüne alarak yasa koyucunun 130. maddenin 1. fıkrasında*

kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle, Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın, adli kolluk görevlileri tarafından arama ve elkoyma yapılabilir. Arama ve elkoyma işlemi sırasında baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat hazır bulundurulur; ancak, 5271 sayılı Kanunun 130 uncu maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanmaz.”

⁴¹⁸ ÜNVER, HAKERİ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 406, DOĞAN, “Ceza Muhakemesinde Adli Arama”, s. 168; ÖRS, “Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma”, s.137; KİZİROĞLU-KESKİN, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)”, s. 146; ŞEN, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, s. 340; KOCAOĞLU, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi ...”, s. 59.

⁴¹⁹ KOCAOĞLU, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi ...”, s. 58.

mahkeme sözcüğü ile ağır ceza mahkemesini ifade etmek istediğini düşünüyoruz. Sulh ceza hâkimliği ve tek hâkimli olan asliye ceza mahkemesi tarafından verilecek arama kararları ile avukat büroları aranamayacaktır.”⁴²⁰, ve Bozdağ ise; “yasa koyucunun savunmayı temsil eden avukatlar için özel bir düzenleme getirmeyi amaçladığını madde gerekçesinde de gördüğümüzden, mahkeme deyiminden ağır ceza mahkemesi anlaşılmasının gerektiğini daha doğru buluyoruz.”⁴²¹ ifadeleriyle avukat bürolarının ağır ceza mahkemesi kararıyla aranması gerektiğini vurgulamıştır.

Aksi yönde ise; Serap Keskin Kızıroğlu; “Her iki yasada arama işleminin mahkeme kararı ile yapılabileceği ifade edilmekteyse de soruşturma evresinde henüz mahkeme makamı bulunmadığından söz konusu ... makam doğal olarak sulh ceza yargıçlığı olacaktır.”⁴²², Centel ve Zafer ise; “Avukat büroları soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hakiminin vereceği kararla aranabilir. Belirtelim ki Yasa’da soruşturma ve kovuşturma evresi ayırımına dikkat edilmeden mahkeme kararı ile arama yapılacağına belirtilmesi hatalı olmuştur.”⁴²³ ifadesiyle avukat bürolarının araması kararını verecek yetkili mercinin soruşturma aşamasında ağır ceza mahkemesi değil, sulh ceza hakimliği olduğu vurgulanmıştır.

Bizce, CMK’nın 130 ve Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesinin lafzına bakıldığında avukatlık bürolarının aranması kararının, mahkeme tarafından verileceği vurgusunun yapıldığı görülecektir. Yani tek başına hakim kararıyla, avukat bürolarının aranamayacağı düzenlenmiştir. Maddede hakim tabiri kasıtlı olarak kullanılmamış ve mahkemenin karar verebileceği vurgulanmıştır. Eğer CMK m. 130 ve Avukatlık Kanunu 58. maddeden anlaşılan, mahkeme değilde hakim tabiri olsaydı o zaman CMK’nın 119. maddesindeki genel arama şartlarından hiç bir farkı kalmayacak ve düzenlenen özel hüküm anlamını yitirecektir. Kaldı ki kanun koyucu 2004 tarihinden bu yana CMK’da birçok değişiklik yapmış fakat, CMK’nın 130. maddesinde yer alan mahkeme ibaresini değiştirmemiştir. Bu sebeple mahkeme tabirinden, ağır ceza mahkemesi anlaşılmalıdır. ⁴²⁴ Avukatın bağımsızlığının,

⁴²⁰ ÖRS, “Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma”, s. 129-132.

⁴²¹ BOZDAĞ, Ahmet, “Türk Ceza Hukukunda Avukatların Aranması”, *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birikimler 2*, İstanbul, Ekim 2006, s. 299.

⁴²² KIZIROĞLU-KESKİN, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, s. 146.

⁴²³ ZAFER, Hamide, CENTEL, Nur, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Bası, 2010, s. 381.

⁴²⁴ ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 170.

müvekkilin avukata olan güveninin ve savunma hakkının zarar görmemesi için verilecek olan kararın üç hakimli bir heyetten yani ağır ceza mahkemesinden çıkması gerekmektedir.⁴²⁵ Kararı verecek olan ağır ceza mahkemesi, yargılamanın hangi aşamada olduğuna göre değişiklik gösterecektir. Soruşturma aşamasında avukat bürosunun aranmasına dair karar alabilmek için nöbetçi ağır ceza mahkemesine, kovuşturma aşamasında arama kararı alabilmek için ise, yargılamanın yapıldığı ağır ceza mahkemesine başvurulacaktır.⁴²⁶

b. Avukat Bürolarının Cumhuriyet Savcısı Denetiminde Aranması

Avukat büroları CMK'nın 130 ve Avukatlık Kanunu'nun 58. maddelerine göre, mahkeme kararı alındıktan sonra ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde aranabilecektir. Yani kolluk görevlileri kendi başlarına savcı bulunmadan avukat bürolarını arayamazlar.⁴²⁷ Arama yapılabilmesi için, Cumhuriyet savcısının büroda hazır bulunması ve savcı denetiminde aramanın icra edilmesi gerekir.⁴²⁸

c. Avukat Bürolarında Arama Sırasında Baro Başkanı veya Onu Temsilen Bir Avukatın Hazır Bulunması

Avukat bürolarında arama yapılırken sadece savcı denetiminde aramanın gerçekleştirilmesi tek başına yeterli değildir. Ayrıca aramanın baro başkanı veya onu temsilen bir avukatın huzurunda da gerçekleştirilmesi gerekir.⁴²⁹ Baro başkanı veya onu temsilen hazır bulunan avukatın, büro aramasının gerçekleştirildiği sırada yapılan işlemleri, tutulan tutanakları ve arama sırasında yapılan tüm faaliyetleri izleyip müdahale etmesi gerekir.⁴³⁰

⁴²⁵ ÖRS, “Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma”, s. 132; ŞİŞMAN, “Avukatın Üzerinin, Büro veya Konutunun Aranması”, s. 9. Aksi görüş için bkz., KIZIROĞLU-KESKİN, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, s. 146.

⁴²⁶ ÖRS, “Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma”, s. 132.

⁴²⁷ ÖRS, “Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma”, s. 133; KOC AOĞLU, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi ...”, s. 57.

⁴²⁸ ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 169.

⁴²⁹ KOC AOĞLU, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi ...”, s. 57.

⁴³⁰ “.... Görev alan meslektaşlarımız, sadece aramaya nezaret etmekle yetinmemekte ve bu çerçevede bir dizi incelemede bulunmaktadır. Aramaya ilişkin mahkeme kararı olup olmadığını, bu kararın hukuka uygun olup olmadığını, kararın içeriğinde aranması ve/veya elkonulması söz konusu olan belgelerin açıklanıp açıklanmadığını, aranacak avukatın kimlik bilgilerinin doğru olup olmadığını, aranacak yerin büro ve/veya ev olup olmadığını tesbit etmekte ve varsa bu konudaki eksikliklerin

CMK'nın 130 ve Av. Kanunu'nun 58. maddelerindeki üç şartın dışında kanun koyucu, aramaya sebep olan suçun; görev suçu mu yoksa adi suç mu olup olmadığı ayırımına gitmemiştir.⁴³¹ Avukatın; şüpheli, sanık ya da üçüncü kişi vasfıyla bürosunda yapılan her türlü aramada görev suçu veya adi suç ayırımına gidilmeden CMK'nın 130 ve Av. Kanunu'nun 58. maddelerindeki hükümler uygulanır. Avukat büroları, ancak CMK'nın 130. maddesindeki şartların varlığında aranabilir aksi takdirde yapılan arama hukuka aykırı olacak ve savunma hakkını ihlal edecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Niemietz-Almanya kararında avukat bürolarının aranmasında belli özel şartların olması gerektiğine aksi durumun kişi hak ve hürriyetlerinden olan; özel yaşamın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyetini ihlal ettiğine karar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 1992 tarihli Niemietz-Almanya kararı; *“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, başvurusunun 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.”*⁴³²

zapta geçmesini sağlamaktadır”, ÖRS, “Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma”, s. 134, dipnot 59.

⁴³¹ ÜNVER, HAKERİ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 406, DOĞAN, “Ceza Muhakemesinde Adli Arama”, s. 168; ÖRS, “Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma”, s.137; KİZİROĞLU-KESKİN, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)”, s. 146; ŞEN, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, s. 340; KOCAOĞLU, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi ...”, s. 59.

⁴³² ŞEN, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, s. 341.

2. Avukat Bürosunun Aranmasının Sona Ermesi

Avukatın bürosunda yapılan aramanın sona ermesinin üzerine yapılan işlemler tutanağa bağlanır. Tutanağın tutulmasında aramanın amacına ulaşıp ulaşılmamasının bir önemi yoktur. Her halükarda AVÖAY'nin 11. maddesinde düzenlenen hususların yer aldığı bir tutanak tutulacaktır. Tutanak aramaya katılan Cumhuriyet savcısı, şüpheli veya sanık, baro başkanı ya da onu temsilen katılan avukat ve aramayı icra eden kolluk görevlilerince imza altına alınır. İmza altına alınan bu tutanağın ilgililere verilmesi için talebin varlığı şart değildir. Aramaya maruz kalan avukata talebi üzerine CMK'nın 121. maddesinde⁴³³ yer alan aramaya neden ve hangi sıfatla maruz kalındığını gösteren bilgi verici belge de düzenlenerek verilir.⁴³⁴

Aramanın sona ermesiyle birlikte ele geçirilen ve suçun ispatında delil olabilecek eşya ve kazanç müsaderesine konu malvarlığı, sahibinin rızasıyla muhafaza altına alınır.⁴³⁵ Sahibinin rızası olmadığı durumlarda hakim kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı, savcıya ulaşamayan hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile el konulur (CMK m. 127/1). El konulacak belge ve mektuplar CMK'nın 45⁴³⁶ ve 46. maddelerinde⁴³⁷ yer alan tanıklıktan

⁴³³ “1) Aramanın sonunda hakkında arama işlemi uygulanan kimseye istemi üzerine aramanın 116 ve 117 nci maddelere göre yapıldığını ve 116 ncı maddede gösterilen durumda soruşturma veya kovuşturma konusu fiilin niteliğini belirten bir belge ve istemi üzerine elkonulan veya koruma altına alınan eşyanın listesini içeren bir defter ve eğer şüpheyi haklı kılan bir şey elde edilmemiş ise bunu belirten bir belge verilir. (2) Birinci fıkra da belirtilen belgelerde, hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin, elkonulan eşyanın mülkiyetine ilişkin görüş ve iddialarına da yer verilir. (3) Koruma altına alınan veya elkonulan eşyanın tam bir defteri yapılır ve bu eşya resmî mühürle mühürlenir veya bir işaret konulur.” (CMK m. 121).

⁴³⁴ ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 227; KIZIROĞLU-KESKİN, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, s. 166.

⁴³⁵ BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 126.

⁴³⁶ “(1) Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilir: a) Şüpheli veya sanığın nişanlısı. b) Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi. c) Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy. d) Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları. e) Şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar. (2) Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar, kanunî temsilcilerinin rızalarıyla tanık olarak dinlenebilirler. Kanunî temsilci şüpheli veya sanık ise, bu kişilerin çekinmeleri konusunda karar veremez. (3) Tanıklıktan çekinebilecek olan kimselere, dinlenmeden önce tanıklıktan çekinebilecekleri bildirilir. Bu kimseler, dinlenirken de her zaman tanıklıktan çekinebilirler.” (CMK m. 45).

⁴³⁷ “1) Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır: a) Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yükledikleri 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.” (CMK m. 46).

çekinebilecek kişiler ile şüpheli veya sanık arasında ise, belge ve mektupların bu şahısların nezdinde bulunduğu sürece el konulamayacağı CMK'nın 126. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir. Fakat şüpheli/sanık konumunda olan kişinin avukat olması yani aramanın avukat bürosunda gerçekleştirilmesi halinde, el konulacak bilgi ve belgelere farklı bir usul uygulanır. Farklı usul uygulanmasının sebebi avukatın müvekkilinin sırlarını, mahremiyetini ve özel yaşamını koruma yükümlülüğüne sahip olmasıdır. Avukatın, savunma hakkını etkin kullanmasını sağlamak ve sır saklama yükümlülüğünü korumak adına kanun koyucu, avukatın bürosundaki belgelere el konulmasıyla ilgili CMK'nın 130. maddesinin 2. fıkrasında istisnai hükümler düzenlemiştir.⁴³⁸

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinin 2. fıkrasında; el konulmasına karar verilen belgelerin avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiyle ilgili olduğu ileri sürüldüğü takdirde nasıl hareket edileceği düzenlenmiştir. CMK'nın 130. madde hükmüne göre; avukat bürosunda yapılan arama sonucunda, el konulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsilen katılan avukat, bu eşyaların avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye dayandığını öne sürebilir. Mesleki ilişki sebebiyle el konulmasına karşı çıkılan şeyler 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, el konulan şeylerin avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptadığı takdirde el konulan şeyler derhal avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar da ortadan kaldırılır. Yetkili hakim, bu kararı yirmi dört saat içinde vermesi gerekir (CMK m. 130/2, AVÖAY m. 13).

Yargıtayın bu konuda verdiği bir kararı şu şekildedir; “...sanıklar ... ve ...'ın avukatlık bürolarında yapılan arama faaliyetinin incelenmesinde; CMK'nın 250. maddesi uyarınca belirlenen yargı çevresi dışındaki bir mahal için, haklı gerekçeleri ve dayanakları gösterilmeden verilen mahkeme kararlarında bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma yapılabilmesine dair CMK'nun 134. maddesi uyarınca açık bir ibare bulunmadığı

⁴³⁸ ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 232; KOCALOĞLU, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi ...”, s. 57; ÖRS, “Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma”, s. 136.

halde, kollukça sanıkların avukatlık bürolarında yapılan aramalarda ele geçen dijital medyalara, arama mahallinde imaj alınmadan, sanıklara veya müdafilerine bir kopyası verilmeden ve yasaya uygun olmayan gerekçe ile el konulması; yine dijital ve basılı doküman şeklindeki bir çok delilin avukat-müvekkil ilişkisine dair olduğu iddiaları karşısında, CMK'nın 130/2. maddesi uyarınca, bu iddiaya konu delillerin incelenmeksizin mühürlenerek hakim önüne götürülmesi ve hakim karar vermesinden sonra sonucuna göre işlem yapılması gerekirken, bu hususta bir karar alınmaksızın delillerin incelenmesi ve bu suretle elde edilen delillerin hükme esas alınması ve ... Sanık avukat ...'in aramalarına gelince; elde edilen dijital medya ve basılı doküman şeklindeki bir çok delilin avukat-müvekkil ilişkisine dair olduğu iddiaları karşısında, CMK'nın 130/2. maddesi uyarınca, bu iddiaya konu delillerin incelenmeksizin mühürlenerek hakim önüne götürüldüğü, doküman delilleri hakim tarafından incelenmiş ise de dijital delillerin, hakim tarafından bilirkişi olarak atanan kolluk personeline incelenmesi ve hakim tarafından verilen kararın bu incelemeye dayandırılması suretiyle CMK'nın 130, 134 ve 217. maddeleri ile Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesine muhalefet edilmesi açıkça hukuka aykırı olup bu arama sonucunda elde edilen delillerin hükme esas alınması da usul ve yasaya aykırı görülmüştür.”⁴³⁹

D. Avukatın Konutunun Aranması

Konut, kişinin barınma ve gece dinlenmesi gibi ihtiyaçlarını gidermesini sağlayan, yuva olarak kabul ettiği, oturmaya elverişli, geçici ya da kalıcı oturulmasıyla ilgisi olmayan, fiilen oturulan yerdir.⁴⁴⁰ Örneğin; otel odaları, tekne, çadır, karavan gibi kişinin fiili olarak oturduğu yerler de konut kavramına dahildir.⁴⁴¹

⁴³⁹ Yargıtay 16. CD, 21.04.2016 T ve 2015/4672 E, 2016/2330 K.

⁴⁴⁰ ARTUÇ, Mustafa, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, Ankara, Adalet Yay., 2. Baskı, 2018, s. 375-386; TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin Yay., Güncellenmiş 15. Baskı, 2017, s. 524; ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 186; BAKİ, Adli Arama, s. 87.

⁴⁴¹ “Sanığın aşamalarda değişmeyen beyanlarında, olay tarihinde katılana ait iki katlı eve, perdelerinin çekili olması ve ışıklarının yanmaması nedeni ile kimse bulunmadığını tahmin ederek girmeye karar verdiğini, evden giyim eşyası, bilgisayar kasası, DVD oynatıcı, bir takım mutfak eşyaları ile birinci kattaki odalardan birinde bulunan çekmecesinden iki adet çeyrek altın aldığını beyan etmesi karşısında, her ne kadar katılan söz konusu evi 2008 yılından beri kullanmadığını beyan etmiş ise de; Ceza Genel Kurulunun, Dairemizce de benimsenen, 2014/6-21 E. 2014/272 K. sayılı ve 20.05.20134 tarihli kararında da kabul edildiği üzere, konut kavramı kişilerin devamlı veya geçici

Konuttan kasıt onun ikametgah şartlarını taşıması değil, orada fiilen oturulmasıdır. Konutun eklentileri⁴⁴² yani, avlusu, bahçesi, ahır, kömürlüğü veya kileri konutun tamamlayıcı kısımları olduğu için bu yerlere izinsiz girilmesi de konut dokunulmazlığını ihlal edecektir. Konut dokunulmazlığı, hem Anayasa'nın 21. maddesiyle hem de Türk Ceza Kanunu'nun 116. maddesiyle konut dokunulmazlığının ihlali suçunun düzenlenmesiyle korunmuştur.

1. Avukatın Konutunun Aranmasının Şartları ve İcrası

Temel hak ve hürriyetlerden olan konut dokunulmazlığı Anayasa'nın 21. maddesinde düzenlenen; *“Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde*

olarak yerleşmek ve barınmak amacıyla oturmalarına elverişli yerlerdir. AİHM kararlarında ise konutun genel olarak özel yaşamın ve aile yaşamının geliştiği, maddi olarak belirlenmiş yer anlamına geldiği, ev kavramından geniş bir anlam alanına sahip olduğu, bu anlamda bir Roman karavanının “konut” kavramı içinde mütalaa edilebileceği, bir mekanın “konut” sıfatına sahip olabilmesi için bireyin o yer ile yeterli ve devam eden bağlarının bulunması gerektiği belirtilmiştir... Bu anlamda ikamete hazır halde bulunan ve içerisinde bazı özel eşyalar yerleştirilmiş, arada gelinip kontrol edilen bir evin artık sadece mülkiyet ve zilyetlik kuralları ile korunan boş veya metruk bir ev olarak görülemeyeceği, konut dokunulmazlığının ihlali suçunun oluşabilmesi için kişinin ayrıca bu yerde geceleri kalması ve fiilin işlenmesi anında orada bulunması da şart olmadığından, suça konu yerin “konut” vasfında olduğunun kabulü...” Yargıtay 18. CD, 3.11.2015 T ve 2015/16083 E, 2015/10099 K.

⁴⁴² “Müştemilat (eklenti), mesken veya benzeri yapıların kullanılış amaçlarından herhangi birini tamamlayan diğer yapılar veya yerlerdir. Diğer bir deyişle, girilmesi meskende oturma hakkına sahip kimselerin huzur ve güvenliğini bozabilecek ek yapılar veya yerlerdir. Örneğin, avlu, ahır, bahçe, balkon, taraça gibi yerler müştemilatıdır. Konut ile eklenti genelde birlikte ve bir bütün maydana getirmelidir. ‘Eklenti’ kavramı olarak konuta bağlı veya pek yakın yerler anlamını taşır. Konut dokunulmazlığını bozma suçu kişi hürriyeti aleyhine işlenen suçlardan olduğu ve müştemilat konutu korumada zaruri bulunduğu için yasa koyucu tarafından ayrıca himaye edilmiştir. ‘İçine girilmesi veya girdikten sonra çıkılmaması meskenin huzur ve sükununu (dolayısıyla kişi hürriyetini) ortadan kaldıracak olan yerler ‘eklenti’ sayılmalıdır. ‘Eklenti’yi belirlerken göz önünde tutulacak olan husus, içine girilmekle kişi huzur ve güvenliğinin, kişi hürriyetinin bozulmuş olup olmayacağıdır’. Suç; insan güvenliğine ve huzuruna karşı işlenen suçlardandır. Temel vasfı, ferdi hürriyete karşı işlenmiş olmasıdır. ‘Korunan mülkiyet, zilyetlik vs. tasarruf hakkı değil, oturma dolayısıyla kişi hürriyetidir.’ Bir çatı altında bulunan bölümler konutun eklentilerindendir.” YCGK, 11. 03. 1991 T ve 1991/4-25 E, 1991/67 K.

açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.” hükmüyle güvence altına alınmıştır.

Avukatın konutunun aranmasıyla ilgili Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 130. maddesinde herhangi bir özel düzenlemeye yer verilmemiştir. Fakat Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesine bakıldığında avukatın konutunun aranmasıyla ilgili düzenlemeye yer verildiği görülecektir. Av. K m. 58; “...*Avukat konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir.*” düzenlemesiyle avukatın konutunun da büro aramasıyla aynı koşullara tabi olduğu vurgulanmıştır. Yani avukatların dava dilekçelerini, dosyalarını ya da dava ile ilgili evraklarını ikinci bir büro vazifesinde kullandıkları konutlarında muhafaza edecek olmalarından ötürü özel bir düzenleme yapılarak konutların sadece mahkeme kararı ve bu kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde ve baro başkanı veya yetkilendirdiği bir avukatın katılımıyla gerçekleşeceği düzenlenmiştir. 58. maddede düzenlenen kural, avukatın görevinden doğan veya görev sırasında işlediği iddia olunan suçlarla ilgili olarak gerçekleştirilen konut aramalarında uygulanır. Yargıtayın bu yönde verdiği bir kararda şu ifadeler yer almaktadır; “.....*sanık avukat.....’in evinde yapılan aramada avukatlık Kanunu’nun 58. maddesi uyarınca, avukatların görevleri sırasında ve görevlerinden dolayı işledikleri suçlardan dolayı evlerinde ve bürolarında yapılacak aramanın, kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile yapılacağı düzenlenmiş olup, yerel mahkemenin verdiği mahkumiyet kararında, sanığın bizatihi avukatlık mesleği faaliyetlerinin dahi suç unsuru olarak kabul edildiğinin anlaşılması karşısında, 26.03.2008 günü sanığın evinde Cumhuriyet savcısı ve baro temsilcisinin yokluğunda arama yapılması açıkça hukuka aykırı olup bu arama sonucunda elde edilen delillerin hükme esas alınması da usul ve yasaya aykırı görülmüştür*”.⁴⁴³

CMK’nın 130. maddesinde görev suçu-adi suç ayrımı yapılmadan avukatın bürosunun aranması düzenlenmişken, konut aramasına yer verilmemiştir. Avukatın konutunun aranması ile ilgili düzenleme Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesinde yer almaktadır. Konut aramaları için uygulanacak olan Av. K 58. maddesi ise, sadece

⁴⁴³ Yargıtay 16. CD, 21.04.2016 T ve 2015/4672 E, 2016/2330 K.

görev suçlarını kapsamaktadır.⁴⁴⁴ Bu sebeple avukatın işlediği iddia olunan adi suç ile ilgili soruşturma veya kovuşturma sırasında konut araması bakımından uygulanacak maddeler Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki genel hükümler yani 118 ve 119. maddelerdir.⁴⁴⁵

Avukatın işlediği iddia olunan adi suç ile ilgili konut araması CMK'nın 119. maddesi gereğince, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılır. Konut aramasının yapılabilmesi için, Cumhuriyet savcısı ya da o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin aramada hazır bulunması zorunludur (CMK m. 119/4). Yapılacak arama konutta gerçekleşeceği için gece vakti arama işlemi gerçekleştirilemeyecektir (CMK m. 118). Genellikle kolluk görevlileri tarafından, icra edilen arama koruma tedbiri uygulanırken, kolluğun yapması gereken ilk şey, güvenlik önlemlerini almak ve kimlik göstermek suretiyle kendini tanıtmaktır (AVÖAY m. 28/1). Konut araması gerçekleştirilirken eğer mümkünse ve delil karartılma tehlikesi ya da aramanın amacını tehlikeye sokacak bir durum yoksa, aramaya maruz kalan kişiye bilgilendirme yapılır, arama kararı gösterilir ve izin alınarak içeri girilir (AVÖAY m. 30/2, 4, 5, 6). Bilgilendirme yapılmasına rağmen kapı açılmazsa, zor kullanılarak kapı açılır (AVÖAY m. 30/7). Hukuk devleti ilkesi gereği zor kullanma son çare olarak uygulanmalı ve orantılılık ilkesine aykırı olmamalıdır. Orantılılık ilkesini aşan zor kullanmalar Türk Ceza Kanunu anlamında suç oluşturmaktadır.

Avukatın konutunun büro olarak kullanıldığı hallerde ise, durum farklıdır. Bu durumda, müvekkilin özel hayatının korunması ve avukatın sır saklama yükümlülüğünün doğmasından ötürü CMK'nın 130. madde hükmü uygulanması

⁴⁴⁴ Aynı yönde Kirizlioğlu-Keskin; "CMK'nın, 130. maddesindeki hüküm, Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinden farklı olarak avukatın görevinden doğmayan veya görevi sırasında işlenmeyen adi suçları ile ilgilidir. Bu nedenle avukatın konutunu değil yalnızca bürosunu kapsayan bir düzenleme taşır." KIZIROĞLU-KESKİN, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)", s. 146; Örs; "Av. Kanunu 58. maddenin avukat konutlarının aranması bakımından getirdiği bu kural, daha önce belirttiğimiz üzere avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri iddia edilen suçlarla sınırlı olarak uygulama alanı bulacaktır. Avukatların adi suçlarıyla ilgili yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda avukat konutlarının aranması Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 118 ve 119. maddeleri çerçevesinde genel hükümlere tabidir." ÖRS, "Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma", s. 139, 140; Erdagöz; "Gerek CMK'ya göre gerekse Avukatlık Kanunu'na göre, meslektan (görevden) kaynaklanan suçlar dışında (adi suçlar için) yapılacak soruşturmalarda, avukatın konutunun herhangi bir muafiyeti yoktur." ERDAGÖZ, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, s. 169; ŞEN, "Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması", s. 342.

⁴⁴⁵ ŞEN, "Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması", s. 342.

gerekir.⁴⁴⁶ Bu durumda artık adi suç-görev suçu ayırımına gidilmeyecektir. Çünkü Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinde büro aramaları düzenlenirken herhangi bir suç ayırımına gidilmemiştir. Avukata isnat edilen suçun adi suç olması durumunda dahi konut, büro olarak kullanılıyor ise, arama işlemi CMK'nın 118 ve 119. maddelerine göre yapılamayacak, avukatın bağımsızlığının, savunma hakkının ve sır saklama yükümlülüğünün korunması adına CMK'nın 130. madde hükmü uygulanacaktır.⁴⁴⁷ Yani konutunu büro olarak kullanan şüpheli/sanık konumundaki avukatın konut araması ancak mahkeme kararı ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro başkanının veya onu temsilen hazır bulunan avukatın huzurunda gerçekleştirilecektir. Arama yapılacak konutun aynı zamanda şüpheli/sanık konumunda bulunan avukatın bürosu olup olmadığı konusunda tereddüt yaşanması halinde ise, bu durumun ilgili baroya sorulması gerekir.⁴⁴⁸ Avukatlık Kanunu'nun 43. maddesine göre; her avukat levhaya yazıldığı tarihten itibaren üç ay içinde kendi bürosunu kurmak ve bunu baroya bildirmek zorundadır (Av. K m. 43/1). Ayrıca bürosunu veya konutunu değiştiren avukatın yeni adresini de bir hafta içinde baroya bildirmesi zorunludur (Av. K m. 43/3). Avukatlık Kanunu'nun 43. maddesindeki hüküm gereğince konutun aynı zamanda avukatın bürosu olup olmadığı konusunda tereddüt ortadan kaldırılacaktır.

2. Avukatın Konutunun Aranmasının Sona Ermesi

Avukatın konutunda yapılan aramanın sona ermesi üzerine, yapılan işlemler tutanağa bağlanır. Tutulan bu tutanakta AVÖAY'nin 11. maddesinde düzenlenen hususlar yer alır. Tutanak aramaya katılan Cumhuriyet savcısı, şüpheli veya sanık, baro başkanı ya da onu temsilen katılan avukat ve aramayı icra eden kolluk görevlilerince imza altına alınır. İmza altına alınan bu tutanağın ilgililere verilmesi için talebin varlığı şart değildir. Aramaya maruz kalan avukata talebi üzerine CMK m. 121'de yer alan aramaya neden ve hangi sıfatla maruz kalındığını gösteren bilgi verici belge de düzenlenerek verilir.

⁴⁴⁶ ÖRS, "Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma", s. 140; ARTUÇ, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, s. 354.

⁴⁴⁷ ŞEN, "Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması", s. 340; ÖRS, "Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma", s. 141.

⁴⁴⁸ ARTUÇ, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, s. 354.

Avukatın konutunu büro olarak kullandığı durumlarda ele geçirilen mektup, belge ya da kağıtların avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiyle ilgili olduğu ileri sürüldüğü takdirde nasıl hareket edileceği CMK'nın 130. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. 130. madde hükmüne göre; avukatın büro olarak kullandığı konutunda yapılan arama sonucunda el konulmasına karar verilen şeyler bakımından konutunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye dayandığını öne sürebilir. Mesleki ilişki sebebiyle el konulmasına karşı çıkılan şeyler 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, el konulan şeylerin avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptadığı takdirde el konulan şeyler derhal avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar da ortadan kaldırılır. Yetkili hakimin bu kararı yirmi dört saat içinde vermesi gerekir (CMK m. 130/2, AVÖAY m. 13).

Avukat, konutunu büro olarak kullanmıyorsa, avukata isnat edilen suç görev suçu değilse ve avukat belge, mektup ya da kayıtların müvekkile ait olduğu iddiasında da bulunmuyorsa aramanın sona ermesiyle birlikte ele geçirilen ve suçun ispatında delil olabilecek eşya ve kazanç müsaderesine konu malvarlığı aramaya maruz kalan kişinin rızasıyla muhafaza altına alınır.⁴⁴⁹ Şüpheli/sanık konumundaki avukatın rızasının olmadığı durumda, hakim kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı, savcıya ulaşılamayan hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile bunlara el konulur.

III. AVUKATIN ÖNLEME ARAMASI

Önleme aramasının tanımı AVÖAY'nin 19. maddesinde ve PVSK'nın 9. maddesinde düzenlenmiştir. Önleme aramasının yapılacağı yerler de yine PVSK'nın 9. maddesinde düzenlenmiştir. Önleme araması, milli güvenlik ve kamu düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla somut ve muhtemel tehlikenin ortadan kaldırılması için, kişilerin üstünde ve eşyasında taşınması ya da bulundurulması yasak olan, suç işlemede kullanılabilecek, her türlü silah ve patlayıcı

⁴⁴⁹ BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 126.

madde tespitine yarayan, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emriyle yapılan aramadır.⁴⁵⁰

A. Avukatın Önleme Araması Şartları ve İcrası

Avukatın önleme araması kapsamında üstünün ve eşyasının aranması konusunda tam bir fikir birliğine varılamamıştır. Bu konuda bir çok farklı görüş mevcuttur;

Yenisey, Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde yer alan avukatların üzerinin aranması yasağının sadece adli aramalar için geçerli olduğu, önleme aramasını kapsamadığını belirtmiştir. Yani Yenisey, avukatın müvekkil ile olan güven ilişkisinin korunduğu durumu avukatın suç isnadı altında olduğu hal olarak kabul etmiş ve tehlikenin önlenmesi amacıyla yapılan önleme aramasına herkesin tabi olduğunu, herkesin tabi olduğu bu aramanın avukatlar için de bir özellik arz etmeyeceğini ifade etmiştir.⁴⁵¹

Belen ise, Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde, avukatın üst aramasının açıkça düzenlendiğini, bu kuralın istisnasının olmadığını, bu sebeple hakim ya da acele hallerde mülki amirin verdiği genel arama emriyle, avukatın önleme aramasına tabi tutularak üstünün aranamayacağını ifade etmiştir.⁴⁵²

Avukatın, önleme araması kapsamında üzerinin aranıp aranmayacağına, aranacaksa hangi şartların varlığında aranacağına karar verebilmek adına, Danıştay 8. Dairesinin, Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin ve Sakarya 2. İdare Mahkemesi'nin kararlarını inceleyeceğiz.

Danıştay 8. Dairesi'nin hükmettiği kararın özetinde şu ifadelere yer verilmiştir, “*Avukat olan davacının, avukatlık kimliğini ibraz etmesine rağmen kolluk kuvvetleri tarafından üzerinin aranması nedeniyle manevi zararın tazmini istemiyle dava açılmıştır. Avukatlık Yasası uyarınca ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatların üzeri aranamaz. Suçüstü hali olmadan müvekkili önünde kolluk kuvvetlerince üzeri aranan davacının meslek onurunun zedelendiği açıktır. Davalı İdarenin bu eylemde hizmet kusurunun*

⁴⁵⁰ YALÇIN, *Önleme Araması*, s. 43; DOĞAN, “Ceza Muhakemesinde Adli Arama”, s. 161.

⁴⁵¹ Avukat Vuraldoğan davasında Prof. Dr. Feridun Yenisey'in İçişleri Bakanlığına verdiği mütalaa; Bkz: VURALDOĞAN, Kemal, “Avukatın Üzerinin Aranması Sorunu ve Avukat Vuraldoğan Davası” http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_187.htm, 25.04.2020 Erişim T; BOZDAĞ, “Türk Ceza Hukukunda Avukatların Aranması”, s. 302.

⁴⁵² BOZDAĞ, “Türk Ceza Hukukunda Avukatların Aranması”, s. 302.

*bulunduğuna, davacının manevi zararının karşılanmasına, haksız zenginleşmesine de yol açılmamasını sağlamak üzere takdiren manevi zararın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalı İdare tarafından davacıya ödenmesine ve fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmesi hukuka uygundur”.*⁴⁵³ Karardan anlaşılacağı üzere Danıştay 8. Dairesi, davalı olan idareyi önleme araması fiilinde kusurlu bulmuş ve yerel mahkemenin davacı avukat lehine verdiği manevi tazminat ödemesi kararını⁴⁵⁴ hukuka uygun bulmuştur. Danıştay, Av. Kanunu’nun 58. maddesinde yer alan ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzerinin aranamayacağı hükmüne dikkat çekmiş ve avukatın kimlik göstermesine rağmen üzerinin kolluk kuvvetlerince önleme araması kapsamında arandığını vurgulamıştır. Daire, Av. Kanunu’nun 58. maddesindeki şartlar oluşmadan müvekkilinin gözü önünde kolluk kuvvetleri tarafından üstü aranan avukatın, meslek onurunun zedelendiğini belirtmiş ve idarenin bu fiilinde hizmet kusurunun oluştuğunu ifade etmiştir. Yani Daire Av. Kanunu 58. madde hükmünün sadece adli aramalarla sınırlı olduğunu kabul etmemiş, önleme aramasının da bu kapsamda olduğunu vurgulamıştır.⁴⁵⁵

Ankara 3. İdare Mahkemesi’nin verdiği karar özeti ise şu şekildedir; “1 Mayıs günü Ankara Adliyesinden çıkan Avukat Vuraldoğan, adliye çıkışındaki bulvarda 1 Mayıs gösterileri nedeniyle, Ankara Valiliği’nden aldıkları genel arama izni çerçevesinde miting alanı ve çevresinde arama yapan polisler tarafından aranmak istenmiş, avukat olduğunu belirtmesine rağmen polisler arama konusunda ısrar ederek kendisini aramışlar, yapılan arama, Ankara Barosu Başkanlığı tarafından kameraya alınmıştır. Avukat Vuraldoğan, kanuna aykırı olduğuna inandığı arama nedeniyle Ankara Valiliği görevlileri aleyhinde suç duyurusunda bulunmuş, ayrıca manevi tazminat istemiyle İçişleri Bakanlığı’na başvurmuştur Avukat Vuraldoğan’ın manevi tazminat istemli dilekçesine cevap verilmemesi üzerine, Avukat Vuraldoğan tarafından Ankara 3. İdare Mahkemesi’nde tam yargı davası açılmış, Ankara Barosu davacı yanında davaya müdahale talebin de bulunmuştur”.⁴⁵⁶ Mahkeme, kararın gerekçesinde yargılama ve hak arama özgürlüğünün sağlanmasında emeği geçen avukata vatandaşların gözü önünde üst

⁴⁵³ Danıştay 8. Dairesi, 12.11.2010 T ve 2010/5626 E, 2010/6024 K.

⁴⁵⁴ Sakarya 1. İdare Mahkemesi, 31.03.2010 T ve 2009/540 E, 2010/248 K.

⁴⁵⁵ ÖRS, “Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma”, s. 121.

⁴⁵⁶ Ankara 3. İdare Mahkemesi, 11.06.2004 T ve 2003/1192 E, 2004/978 K.

araması yapılmasının avukatın meslek onurunu zedelediği bu sebeple manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği gerekçesiyle davayı kabul etmiştir.⁴⁵⁷

Sakarya 2. İdare Mahkemesi'nin verdiği karar özeti ise şu şekildedir; “Avukat olan davacı tarafından, 15.01.2019 tarihinde müdafilik görevini yapmak için Sakarya İl Emniyet Müdürlüğü'ne geldiği sırada bina girişinde sicil numaralı polis memuru Ali ... tarafından, yanında müvekkilinin hamile olan eşi bulunduğu esnada, çantasının aranması ve avukatlık kimliğinin fotoğrafının çekilmesi olayı ile ilgili olarak, avukat olduğu bildirip avukat kimliği göstermesine rağmen polis memurunun arama yapmakta ısrar ettiği, polis memuruna söz konusu aramanın hukuki olmadığı ve Av. K 58. maddesi hatırlatılmasına rağmen çantasının aranmadan içeri girmesine müsaade edilemeyeceğinin belirtildiği, haksız aramaya istinaden tutanak tutmak istediği, fakat avukatın çantasının arandığı bu sebeple gerçekleşen bu aramanın haksız arama teşkil ettiği, haksız aramanın meslek onurunu zedelediği meydana gelen üzüntünün karşılanabilmesi maksadıyla sebepsiz zenginleşmeye yol açmayacak miktarda manevi tazminatın davacıya ödenmesine...”⁴⁵⁸ Mahkeme, avukatın çantasının aranmasının üst araması kapsamında olduğunu ve ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzerinin ve eşyalarının aranamayacağını vurgulamış ve devamında tehlikenin varlığında dahi ancak x-ray ve teknik cihazlarla kontrol yapılabileceği aksi durumun, avukatın sır saklama yükümlülüğünü ihlal edeceği, bu sebeple polis memurunun avukatın çantasını aramasında kamu hizmetini kötü işlettiğini vurgulamış ve davalı idareyi 10.000 TL tazminat ödemeye mahkum etmiştir.

Danıştay 8. Dairesi'nin, Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin ve Sakarya 2. İdare Mahkemesi'nin verdiği kararlarda ortak olarak, avukatın üst aramasının önleme araması kapsamında yapılamayacağı ve avukatın üst aramasına maruz kalmasının meslek onurunu zedelediği belirtilmiştir.

Bizce avukatların önleme araması kapsamında üst ve eşya aramalarına tabi olup olmayacakları iki duruma ayrılarak incelenmelidir.

⁴⁵⁷ ÖRS, “Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma”, s. 122; BOZDAĞ, “Türk Ceza Hukukunda Avukatların Aranması”, s. 303.

⁴⁵⁸ Sakarya 2. İdare Mahkemesi, 25.11.2019 T ve 2019/421 E, 2019/817 K.

Birinci durum; avukatın, avukatlık mesleğini yaptığı sırada önleme aramasına tabi olmamasıdır. Bu yönde bir düzenlemeye Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da, kurum görevlileri ve dış güvenlik görevlileri de dahil olmak üzere, sıfat ve görevlerine bakılmaksızın ceza infaz kurumlarına girenlerin duyarlı kapıdan geçeceği, üstlerinin metal dedektörle aranacağı ve eşyalarının da x-ray cihazından geçirileceği⁴⁵⁹ hatta gerekirse elle arama yapılabileceği şu ifadelerle düzenlenmiştir; “... sıfat ve görevi ne olursa olsun, ceza infaz kurumlarına girenler duyarlı kapıdan geçmek zorundadır. Bu kişilerin üstleri metal dedektörle aranır; eşyaları x-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirilir, ayrıca şüphe hâlinde elle aranır. Bu cihazların bulunmadığı yerlerde arama ve kontrol elle yapılır. Ancak milletvekilleri, mülkî amirler, hâkim, Cumhuriyet savcılar ve bu sınıftan sayılanlar, avukatlar, noterler, ... ağır cezayı gerektiren suçüstü hâlleri dışında elle aranamaz. Duyarlı kapı cihazının ikazının sürmesi hâlinde bu kişiler ancak, elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebilirler. Ziyaret yerleri de ziyaret öncesi ve bitiminde aranır” (CGTİHK m. 86/3). Fakat şüpheli görülse dahi ağır cezayı gerektiren suçüstü hali dışında avukatların üzerinin elle aranamayacağı CGTİHK'nın 86. maddesinin 3. fıkrasında ayrıca düzenlenmiştir. Yani avukatların, mesleklerini yaptıkları yer olarak kabul edilen ceza infaz kurumuna girişte avukatların üstleri aranamayacak, sadece duyarlı kapı cihazından geçeceklerdir. Duyarlı kapı cihazının ikaz vermesi durumunda ise, yine avukatın üstü aranamayacak ancak avukat elle aramayı kabul ettiği takdirde kuruma girebilecektir. CGTİHK'nın 86. maddesinin 4. fıkrasında avukatın üzerinin elle aranmasını kabul etmesi halinde bile üzerinde taşıdığı savunmayla ilgili bilgi, belge ve dosyaların incelenmeyeceği istisnası vurgulanmıştır. Yani ceza infaz kurumu, adliye ya da emniyete girişlerde olduğu gibi avukatın yer ve zaman olarak mesleğini ifa ettiği her durumda avukatın üzeri ve eşyasında önleme araması yapılamayacaktır.⁴⁶⁰

Avukatın, mesleğini ifa ettiği durumlarda üzerinin ve eşyasının önleme aramasına tabi tutulması, meslek onurunu zedeleyecek ve yapılan arama hukuka

⁴⁵⁹ “Sanığın müvekkilleri ile görüşmek için gittiği cezaevine, çantasının içinde şarjı ve kontörü kalmamış cep telefonu bulunduğu halde girmek isterken X-Ray Cihazı ile yapılan kontrol sonucu durumun fark edildiği, sanığın dosyadaki kanıtlarla uyumlu bulunan ve aksi kanıtlanamayan savunmasına göre olayın beşeri bir yanlıgıdan ileri geldiği ve sanıkta cürmi kastın bulunmaması nedeniyle atılı görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun manevi unsurunun oluşmadığı anlaşılmaktadır”, YCGK, 06. 07. 2004 T ve 2004/4-134 E, 2004/156 K.

⁴⁶⁰ ÖRS, “Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma”, s. 124.

aykırı olacaktır. Avukatın mesleği ile ilgili durumlarda arama yapılamayacağı Av. Kanunu'nun 58. maddesinde düzenlendiği için bu durum genelge ya da talimatla değişikliğe uğratılamaz. Kanuna aykırı olarak yapılacak herhangi bir düzenleme kanunsuz emir niteliğindedir. Kanunsuz emrin yerine getirilemeyeceği ve yerine getirenlerin sorumlu olacağı hem Anayasa'nın 137. maddesinde⁴⁶¹ hem de TCK'nın 24. maddesinde⁴⁶² düzenlenmiştir. Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 120. maddesinde, hukuka aykırı olarak kişinin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisinin 3 aydan 1 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı da düzenlenmiştir.

İkinci durum ise; avukatın, avukatlık mesleğini yapmadığı durumlarda önleme aramasına tabi olmasıdır. Yargıtayın, avukatın görev kapsamının sınırlarına ve hangi durumların görev kapsamına girdiğine dair verdiği kararında şu ifadeler yer almıştır; “ ...Olay görev sırasında gerçekleşmediğinden, “görevden doğan” ibaresinin üzerinde durulmalıdır. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun “Yalnız avukatların yapabileceği işler” başlıklı 35. maddesinde: “Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir. Baroda yazılı avukatlar birinci fıkradakiler dışında kalan resmi dairelerdeki bütün işleri de takip edebilirler.” hükmüne yer verilmiştir. Diğer bir deyişle avukatlık sıfatıyla kanunen üstlenilen görevler...”⁴⁶³ Bu durumların dışında kalan haller avukatın mesleğini yapmadığı durumlardır. Avukatın, avukatlık mesleğini yapmadığı durumlara örnek olarak; maç izlemek için stadyuma gitmesi, tatil amacıyla havaalanına gitmesi ya da konsere gitmesi verilebilir. Bu durumlarda avukatın sır saklama yükümlülüğüne, bağımsızlığına ya da savunma hakkına herhangi bir müdahalede bulunulmamaktadır.⁴⁶⁴ Örnek olarak sayılan durumlar, avukatlık mesleği ile ilgili olmadığı için meslek onurunun zedelenmesinden de bahsedilemeyecektir.

⁴⁶¹ “Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.” (Anayasa m. 137).

⁴⁶² “Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.” (TCK m. 24/3).

⁴⁶³ Yargıtay 4. CD, 16.04.2015 T ve 2014/45937 E, 2015/27193 K.

⁴⁶⁴ ÖRS, “Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma”, s. 126; KOCAOĞLU, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi ...”, s. 53.

Sonuç olarak avukatın, avukatlık mesleğini yapmadığı yer ve zamanlarda sıradan bir vatandaştan hiçbir farkı ve üstünlüğü yoktur. Herhangi bir üstünlük bulunmaması sebebiyle avukatların mesleklerini icra etmedikleri ve meslekleri sebebiyle faaliyette bulunmadıkları süre zarfında nleme aramasına tabi tutulabilecekleri söylenebilecektir.

B. Avukatın nleme Aramasının Sona Ermesi

Avukatın, nleme aramasına tabi tutulacağı durumların varlığı halinde uygulanan arama işlemi sona erdiğinde, ancak herhangi bir suç unsuruna rastlanması halinde tutanak tutulacaktır. Aksi takdirde suç unsuru yok ise tutanak tutulmaz. Eğer her durumda tutanak tutulacak olsaydı nleme aramasının sıklıkla yapıldığı, stadyumlar, konserler ya da toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde binlerce insana tutanak tutulup verilmesi gerekecek ve bu da zaman kaybına yol açacaktı. Suç unsuruna rastlandığı durumlarda tutanağın nasıl tutulacağı ise, AVAY'nin 26. maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVUKATLARIN TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMLERİNİN DENETLENMESİ İLE AVUKATLARIN SUÇ SEBEBİYLE YARGILANMASI USULÜ

I. GENEL OLARAK TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Ceza muhakemesinin yürütülmesini ya da muhakeme sonunda verilen hükmün infazını sağlamak amacıyla, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda geçici olarak başvurulanan, hükmün kesinleşmesinden önce temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren,⁴⁶⁵ yetkili merci kararı ile soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında başvurulabilen tedbirlere, koruma tedbirleri denir.⁴⁶⁶ Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi de bir koruma tedbiri olduğu için belli özellikler taşımaktadır.

A. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Koruma Tebdirinin Özellikleri

Ceza muhakemesinin amacını gerçekleştirmek için yetkili mercilerin kararıyla, henüz hüküm kurulmadan, temel hak ve özgürlüklere kanunla getirilen geçici bir sınırlama olan telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin; yasa ile düzenlenme, geçici olma, araç olma, hükümden önce temel hak

⁴⁶⁵ Kaynağını Anayasa'nın 13. maddesinde “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*” şeklinde düzenlenen ifadede almıştır.

⁴⁶⁶ YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 299; ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 3; ÜNVER, HAKERİ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 328.

ve özgürlükleri sınırlama ve yetkili merci kararı şeklinde olan özelliklerine kısaca değinilecektir.⁴⁶⁷

1. Yasa ile Düzenlenme Zorunluluğu

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri, henüz hüküm kurulmadan önce temel hak ve hürriyete müdahale teşkil ettiği için, Anayasa'nın 13. maddesinde; *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.”* şeklinde ifade edilmiştir. 13. maddeye göre, sınırlama ancak yasayla düzenlendiği takdirde uygulanabilir.⁴⁶⁸ Yasayla düzenleme şartı, tedbirin sadece kanunda isim olarak yer almasını değil, tedbirin şartlarının ve uygulama usulünün yasada düzenlenmesini de kapsamaktadır.⁴⁶⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinde yasa ile düzenlenme zorunluğu olduğunu verdiği kararlarında ifade etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu kararlarından, İngiltere-Khan Davasında; Khan'ın uyuşturucu kaçakçılığı yaptığına ilişkin delil niteliğinde olan ses kayıtlarının davada kullanılamayacağına ilişkin iddianın yerinde olmadığına, fakat suç tarihinde İngiltere'de telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespitine ilişkin yasanın bulunmadığına ve yasada öngörülme müdahalenin özel hayatın ihlali niteliğinde olduğuna ve bu nedenle de elde edilen delillerin kullanılamayacağına dair karar verilmiştir.⁴⁷⁰ AİHM'in bir diğer kararı olan Lewis-İngiltere Davası'nda ise; uyuşturucu kaçakçısı olduğu iddiasıyla şüphelinin eşiyle oturdukları ortak konutlarının 28 gün süreyle dinlenmesi sonucunda verilen mahkumiyet kararının, İngiltere'de telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespitine ilişkin iç hukukta bir düzenleme olmaması gerekçesiyle özel hayatın gizliliğini ihlal ettiğine karar vermiştir.⁴⁷¹

⁴⁶⁷ YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 300; ŞAHİN, *Ceza Muhakemesi Hukuku* 2, s. 5.

⁴⁶⁸ ŞAHİN, *Ceza Muhakemesi Hukuku* 2, s. 5; TIRTIR, *Telekomünikasyon Yolu ile İletişimin Denetlenmesi*, s. 5.

⁴⁶⁹ ŞAHİN, *Ceza Muhakemesi Hukuku* 2, s. 5.

⁴⁷⁰ ERUYAR, Mustafa, *Ceza Yargılamasında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, (Yüksek Lisans Tezi Selçuk Üniversitesi SBE), 2015, s. 18.

⁴⁷¹ BULDUK, Seyfi, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları İle Ceza Muhakemesi Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, (Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi SBE), 2014, s. 65.

Anayasa'nın 13. maddesinden ve AİHM kararlarından anlaşılağı üzere telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri, özel hayata ve haberleşme hürriyetine müdahale niteliğı taşıdığı için tedbirin şartlarının ve uygulama usulünün detaylı olarak yasada düzenlenmesi gerekmektedir.⁴⁷²

2. Geçici Olma

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri geçici niteliğı sahip olması sebebiyle, ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğı ulaşılmasıyla, hükmün kesinleşmesiyle ya da hedeflenen amacın gerçekleşmeyeceğinin anlaşılmasıyla son bulur.⁴⁷³ Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri, sadece amacın gerçekleşmesi ya da hükmün kesinleşmesiyle birlikte son bulmaz aynı zamanda tedbirin uygulanması için verilen kararda da tedbirin ne zaman sona ereceğı belirtilebilir.⁴⁷⁴

3. Araç Olma

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi ceza muhakemesinin amacı değildir. Sadece muhakemenin amacına ulaşılabilmesi ve delillerin karartılmasının önüne geçilebilmesi için kullanılan araç yöntemlerden biridir.⁴⁷⁵

4. Temel Hak ve Özgürlüklerin Bazılarının Hükümden Önce Sınırlandırılması

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanırken, henüz daha kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü olmadan, temel hak ve özgürlüklere müdahalede bulunulduğu için, Anayasa'nın 22. maddesinde şu ifadelere yer verilmiştir; “*Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağılı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağılı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez*

⁴⁷² ŞAHİN, *Ceza Muhakemesi Hukuku* 2, s. 5.

⁴⁷³ ŞAHİN, *Ceza Muhakemesi Hukuku* 2, s. 13.

⁴⁷⁴ TİRTİR, *Telekomünikasyon Yolu ile İletişimin Denetlenmesi*, s. 5.

⁴⁷⁵ ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 13.

ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.”

5. Yetkili Merci Kararı

Hüküm verilmeden önce temel hak ve özgürlüklere müdahale söz konusu olduğu için iletişimin denetlenmesi koruma tedbirlerinin uygulanmasında kural olarak hakim kararı aranır. Hakim kararının aranmasına istisna olarak ise, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hakim onayına sunulmak ön koşuluyla Cumhuriyet Savcısı da koruma tedbirinin uygulanmasına karar verebilir.⁴⁷⁶

B. İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbirinin Şartları

Kişi hak ve hürriyetlerine müdahale niteliği taşıyan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için bazı şartlar düzenlenmiştir. Bu şartlar gerçekleşmeden temel haklara müdahale mümkün olmayacaktır. Koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için, gecikmede sakınca bulunması, görünüşte haklılık ve ölçülülük şartlarının bulunması gerekir.

1. Gecikmede Sakınca Bulunması

Gecikmede sakınca bulunması durumu, uygulanması gereken iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri uygulanmadığı zaman, suç şüphesi altında bulunan kişinin kaçacak olması, delilleri karartacak olması veya ceza muhakemesinin amacını tehlikeye düşürmesi ihtimalinin var olduğu durumlardır.⁴⁷⁷ Yani iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin uygulanması bir aciliyeti barındırmalıdır.

⁴⁷⁶ “Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir.” (CMK m. 135/1).

⁴⁷⁷ ŞAHİN, *Ceza Muhakemesi Hukuku* 2, s. 14; YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 301.

2. Görünüşte Haklılık

İletişimin denetlenmesi koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için bir hakkın tehlikeye düşmüş olması gerekir.⁴⁷⁸ Hakkın var olduğu ve tehlikede olduğu konusunda kesinlik aranmamaktadır. Çünkü koruma tedbirleri ceza muhakemesinin maddi gerçeği ortaya çıkarma amacının aracı olarak uygulanır, yani henüz maddi gerçeğe ulaşılmadan hakkın tehlikede olduğu ile ilgili kesinlik aramak hayatın olağan akışına uygun düşmeyecektir. Fakat ilk bakışta tedbirin uygulanmasının haklı olacağı ihtimalinin yüksek olması gerekir. Eğer yargılama sırasında ya da yargılama sonunda tedbirin haksız yere uygulandığı ortaya çıkar ise, uygulanan tedbirden dolayı zarara uğrayan kişiler, Ceza Muhakemesi Kanunu 141 ve devamı maddelerince zararlarını tazmin edebileceklerdir.

3. Ölçülülük

Ölçülülük ilkesi, hedeflenen amaç ile bu amacın elde edilebilmesi için uygulanan koruma tedbirinin uygun olmasını ve aralarındaki dengenin sağlanmasını ifade eder.⁴⁷⁹

Ölçülülük ilkesinin gerçekleşebilmesi için gereken şartlardan biri de uygulanan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin gerekli olmasıdır. Yani iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri uygulanmadığı zaman delillerin karartılma ihtimalinin veya şüpheli/sanığın kaçma ihtimalinin başka bir koruma tedbiriyle önlenemeyecek olması gerekir.

Diğer bir şart ise, uygulanan koruma tedbirinin elverişli olmasıdır. Yani araç olarak kullanılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri maddi gerçeğe hizmet etmelidir. Maddi gerçeğe hizmet etmeyen, bu amaca ulaştırmayacak koruma tedbiri elverişsiz olacağı gibi uygulanan tedbiri de hukuka aykırı hale getirecektir.

Son olarak ölçülülük ilkesi orantılılık ilkesini de içinde barındırmaktadır. Yani koruma tedbiriyle hedeflenen amaçtan elde edilecek yararlar ihlal edilen temel hak ve özgürlükler arasında bir denge olmalıdır.⁴⁸⁰ Kanun koyucu iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinde dengenin nasıl sağlanacağını ölçütlerini vermiştir.

⁴⁷⁸ YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 303; ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 15.

⁴⁷⁹ YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 303; ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 16.

⁴⁸⁰ TIRTIR, *Telekomünikasyon Yolu ile İletişimin Denetlenmesi*, s. 6; YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 303.

Buna göre CMK'nın 135. maddesinin 8. fıkrasındaki; “*Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir.*” hükmüyle iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi koruma tedbirlerinin uygulanmasını bazı suçların varlığına bağlı kılmıştır.

II. İLETİŞİMİN DENETLENMESİNE İLİŞKİN GENEL KAVRAMLAR, İLETİŞİMİN DENETLENMESİ HAKKINDAKİ HUKUKİ DÜZENLEMELER VE İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN İLGİLİ OLDUĞU HUKUKİ DEĞERLER

A. İletişimin Denetlenmesine İlişkin Genel Kavramlar

1. Telekomünikasyon

Telekomünikasyon; Fransızca kökenli bir kelime olup işaret, resim, sembol, haber ya da her çeşit bilginin tel, radyo, optik veya başka kablolu ya da kablosuz manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer sistemler vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi veya alınmasıdır.⁴⁸¹

Telekomünikasyon kelimesinin dilimize; Yunancada, ön ek olan “tele” ve Latincedeki “communicare” sözcüklerinin birleşimi olan Fransızcadaki “telecommunication” sözcüğünden geçtiği düşünülmektedir.⁴⁸² Yunancada uzak anlamına gelen “tele” kelimesi ve Latincedeki; paylaşmak ve iletişim anlamlarına gelen “communicare” kelimelerinin bir araya gelmesiyle oluşan telekomünikasyon sözcüğü Türkçede uz iletişim olarak kabul edilmektedir.⁴⁸³

⁴⁸¹ ERUYAR, *Ceza Yargılamasında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 3; KAYMAZ, Seydi, *Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, Ankara, Seçkin Yay., 2015, s. 49; DEMİRTAŞ, Cengiz, *Önleyici Tedbir Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, (Yüksek Lisans Tezi İstanbul Üniversitesi SBE), 2010, s. 4; TIRTIR, *Telekomünikasyon Yolu İle İletişimin Denetlenmesi*, s. 32; Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/?kelime=g%C3%B6rsel%20ileti%C5%9Fim>, 18.02.2020 Erişim T.

⁴⁸² ERUYAR, *Ceza Yargılamasında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 3; BİLGE, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 15.

⁴⁸³ MURAT, İlker, *Teknik İstihbarat Faaliyeti Olarak Adli Ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi*, (Yüksek Lisans Tezi, Harp Akademileri Stratejik Araştırmalar Enstitüsü), 2014, s. 25; ERUYAR, *Ceza Yargılamasında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 3; BİLGE, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 15; Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/?kelime=g%C3%B6rsel%20ileti%C5%9Fim>, 18.02.2020 Erişim

Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik’in⁴⁸⁴ tanımlar başlıklı 3. maddesinde; “*Telekomünikasyon: Her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını, ifade eder.*” şeklinde tanımlanmıştır.

14.02.2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’in⁴⁸⁵ tanımlar başlıklı 4. maddesinde ise; “*İşaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması*” ifadelerine yer verilmiştir.

2. İletişim

İletişim bilim dalının gelişmeye devam etmesi ve gelişimini henüz tamamlamamasından dolayı, iletişimin sınırları çizilememiş ve ortak bir tanımı da yapılamamıştır.⁴⁸⁶ Kelime anlamı olarak iletişim kısaca; “*duygu, düşünce veya bilgilerin akla gelebilecek her türlü yolla başkalarına aktarılması, bildirişim, haberleşme, iletişim*” olarak tanımlanabilir.⁴⁸⁷ Teknik anlamda iletişim ise; “*telefon, telgraf, televizyon, radyo vb. araçlardan yararlanarak yürütülen bilgi alışverişi, bildirim, haberleşme, iletişim*” anlamlarına gelmektedir.⁴⁸⁸

T.

⁴⁸⁴ Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik (10.11.2005), RG (Sayı: 25989).

⁴⁸⁵ Bu yönetmelik Danıştay 10. Dairesinin 09.03.2017 T ve 2012/1001 E, 2017/1361 K sayılı ilamı ile iptal edilmiştir.

⁴⁸⁶ ERUYAR, *Ceza Yargılamasında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 3; MURAT, *Teknik İstihbarat Faaliyeti Olarak Adli Ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi*, s. 24.

⁴⁸⁷ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/?kelime=g%C3%B6rsel%20ileti%C5%9Fim>, 18.02.2020 Erişim T.

⁴⁸⁸ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/?kelime=g%C3%B6rsel%20ileti%C5%9Fim>, 18.02.2020 Erişim T.

5271 sayılı CMK’da ve 2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’te iletişimin tanımına yer verilmemiştir. Fakat, 4422 sayılı mülga Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’in⁴⁸⁹ 4. maddesinde iletişim; “*telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyaller, yazılar, resimler, görüntü veya sesler ve diğer nitelikteki verilerin nakledilmesi*” şeklinde tanımlanmıştır.

Ceza muhakemesi hukuku ve inceleme konumuz kapsamında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimden kasıt; kişiler arasında araya telefon, teleks, faks gibi araçlar sokularak yapılan iletişimdir.⁴⁹⁰ Araya herhangi bir vasıta sokulmadan yüz yüze yapılan iletişimin dinlenmesi ve kaydedilmesi telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti koruma tedbirinin kapsamına girmemektedir. Yüz yüze yapılan iletişimin dinlenmesi ve kaydedilmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme koruma tedbirinin konusunu oluşturabilir.⁴⁹¹

3. Denetim

Denetim kelime anlamı olarak “denetleme işi” yani “bir görevin yolunda yürütülüp yürütülmediğini anlamak için yapılan araştırma, denetim, bakı, teftiş, murakabe, kontrol” anlamlarına gelmektedir.⁴⁹² Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi; araya bir vasıta sokularak gerçekleştirilen her türlü yolla yapılan iletişimin gizlice dinlenmesi, bu bilgilerin kaydedilmesi ve yapılan iletişimin tespit edilmesidir.⁴⁹³

⁴⁸⁹ 9.11.2000 tarihli ve 2000/1820 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

⁴⁹⁰ ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yay., 2007, s. 627.

⁴⁹¹ ERUYAR, *Ceza Yargılamasında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 37.

⁴⁹² Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/?kelime=g%C3%B6rsel%20ileti%C5%9Fim>, 16.04.2020 Erişim T.

⁴⁹³ ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 627.

4. İletişimin Dinlenmesi ve Kayda Alınması

Kelime anlamı olarak dinlemek; Türkçe sözlükte, “*işitmek için kulak vermek*”⁴⁹⁴ anlamına gelmektedir. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi ise; iletişimin gerçekleştiği araç ve ortamda yapılan konuşmaların canlı olarak izlenmesi, işitilmesidir.⁴⁹⁵ İletişimin kayda alınması, telekomünikasyon yolu ile gerçekleştirilen konuşmaların ve yapılan her tür iletişimin teknik araçlarla ve kamu görevlileri tarafından kaydedilmesi işlemidir.⁴⁹⁶

İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması; Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin (TİB Yönetmeliği) Tanımlar başlıklı 3. maddesinin h bendinde; “*İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması: Telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmalar ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemler.*” şeklinde tanımlanmıştır.

5. İletişimin Tespiti

TİB Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin, 3. maddesinin i bendinde iletişimin tespiti şu ifadelerle düzenlenmiştir; “*İletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemler.*” Yani iletişimin tespitinde kişiler arasındaki iletişimin içeriğine ulaşılması söz konusu değildir. Yapılan işlem sadece, şüphelinin veya sanığın kim ya da kimlerle ne zaman ve nerede iletişim kurduğunun tespitidir.⁴⁹⁷

⁴⁹⁴ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/?kelime=g%C3%B6rsel%20ileti%C5%9Fim>, 16.04.2020 Erişim T.

⁴⁹⁵ ERUYAR, *Ceza Yargılamasında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 36.

⁴⁹⁶ KUNTER, Nurullah, YENİSEY, Feridun, NUHOĞLU, Ayşe, *Muhakeme Hukuk Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Bası, İstanbul, 2006, s. 705.

⁴⁹⁷ AĞKOÇ, Bülent, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Özel Hayata Saygı Hakkının Korunması Bağlamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE), 2010, s. 265; YOKUŞ-SEVÜK, Handan, “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 69, 2007, s. 107; BİLGE, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 102; ARTUÇ, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, s. 482.

6. Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi

Sinyal bilgisi TİB Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin, 3. maddesinin p bendinde; *“Sinyal bilgisi: Bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veri”* şeklinde tanımlanmıştır. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ise, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin⁴⁹⁸ 4. maddesinin 1 bendinde şu şekilde ifade edilmişti; *“Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi: İletişimin içeriğine müdahale niteliğinde olmayıp yetkili makamdan alınan karar kapsamında sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemleri.”*

7. Mobil Telefonun Yerinin Tespit Edilmesi

Mobil telefonun yerinin tespiti CMK’nın 135. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. CMK m. 135/5’te; *“Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, (...) mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir...”* şeklinde düzenlenen koruma tedbirinde amaç delil elde etmek değil, şüphelinin veya sanığın yakalanmasıdır.⁴⁹⁹

8. İletişimin Denetlenmesi Tedbirine Konu Araçlar

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin konusunun hangi iletişim araçlarını kapsadığı, kanunda ve yönetmelikte belirtilmemiştir. Kişiler arasındaki iletişimin bir başka yere aktarılmasını sağlayan her türlü araç, iletişimin denetlenmesi tedbirinin konusunu oluşturmaktadır.⁵⁰⁰ İletişimin denetlenmesi tedbirine konu araçlar başlığı altında bu araçlardan; telefon, teleks, faks, elektronik posta ve diğer iletişim araçları kısaca incelenecektir.

⁴⁹⁸ Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, Danıştay 10. Dairesinin 09.03.2017 T ve 2012/1001 E, 2017/1361 K sayılı ilamı ile iptal edilmiştir.

⁴⁹⁹ ARTUÇ, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, s. 483.

⁵⁰⁰ MURAT, *Teknik İstihbarat Faaliyeti Olarak Adli Ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi*, s. 26.

a. Telefon

Telefon; birbirinden uzaktaki kişilerin konuşmalarını, elektrik sinyallerine dönüştürerek, tel vasıtasıyla ya da radyo dalgalarıyla ileten ve yansıtan alet olarak tanımlanabilir.⁵⁰¹ Telefonların; kordonlu, kordonsuz, araç telefonları, cep telefonları ve internet üzerinden konuşmayı sağlayan internet telefonları olmak üzere birden fazla çeşidi mevcuttur.⁵⁰²

b. Teleks

Teleks; “Telem cihazıyla donatılmış abone postalarından kurulan ve bir abonenin mesajını uzaktaki başka bir aboneye yazdırarak iletilmesini sağlayan daktilografi sistemi”⁵⁰³ şeklinde tanımlanabilir. Telekse, telsiz ve telem araçlarına uzaktan haber yazdırma düzeni de denebilir.⁵⁰⁴ Türk Dil Kurumu telem cihazını ise; “Bir metnin doğrudan doğruya gönderilmesini ve alıcı olarak basımevi harfleriyle yazılmasını sağlayan araç” olarak tanımlamıştır.⁵⁰⁵

c. Faks

Türkçe Sözlükte “belgegeçer”⁵⁰⁶ anlamına gelen faks; işlev itibarıyla telekse benzeyen karşı tarafa mesaj iletmeye yarayan alettir.⁵⁰⁷ Faksın temel çalışma prensibi, orijinal kopyanın temel alanının, orijinalindeki sıra ile taranması ve her bir alanın koyuluk derecesinin farklı bir elektrik akım değeriyle temsil edilmesidir.⁵⁰⁸ Bu elektrik akımı telefon hatları vasıtasıyla alıcı tarafa iletilir. Alıcı tarafta elde edilen

⁵⁰¹ ATAMAN, Ahmet, *Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*, (Yüksek Lisans Tezi Yalova Üniversitesi SBE), 2015, s. 29; Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/?kelime=g%C3%B6rsel%20ileti%C5%9Fim>, 18.02.2020 Erişim T.

⁵⁰² ATAMAN, *Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*, s. 29; TURGUTALP, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi 5271 Sy. CMK'nın 135. Maddesi*, s. 58.

⁵⁰³ DEMİRTAŞ, *Önleyici Tedbir Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s.8; TURGUTALP, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi 5271 Sy. CMK'nın 135. Maddesi*, s. 59.

⁵⁰⁴ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/?kelime=g%C3%B6rsel%20ileti%C5%9Fim>, 18.02.2020 Erişim T.

⁵⁰⁵ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/?kelime=g%C3%B6rsel%20ileti%C5%9Fim>, 18.02.2020 Erişim T.

⁵⁰⁶ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, 18.02.2020 Erişim T.

⁵⁰⁷ ATAMAN, *Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*, s. 30.

⁵⁰⁸ ATAMAN, *Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*, s. 30; TURGUTALP, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi 5271 Sy. CMK'nın 135. Maddesi*, s. 59; DEMİRTAŞ, *Önleyici Tedbir Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 9.

yazı, orijinal kopyadaki yere denk gelen konumda ve koyulukta oluşur. Faks teleksten farklı olarak kroki, proje ve fotoğraf gibi yazı dışındaki dokümanların da iletimini sağlamaktadır.⁵⁰⁹

d. Elektronik Posta

Türkçe sözlükte elektronik posta; “bilgisayar veya bir ağ içindeki belli gönderim merkezleri arasında, elektronik bilgi iletişimi, e-posta, elmek” olarak tanımlanmaktadır.⁵¹⁰

e. Diğer İletişim Araçları

İletişim ve iletişim teknolojisinin gelişmesi ve değişmesiyle birlikte haberleşmede kullanılan araçlar da farklılaşmaya başlamıştır. Yukarıda bahsedilen haberleşme araçlarının dışında kalan data servisleri, tele bilgi, video konferans, çağrı sistemi ve internet aracılığıyla yapılan başka haberleşme sistemleri diğer iletişim araçları içerisinde sayılacaktır.⁵¹¹

B. İletişimin Denetlenmesi Hakkındaki Hukuki Düzenlemeler

1. Anayasal Düzenlemeler

1982 Anayasası’nın “Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması” üst başlığı altındaki “Haberleşme Hürriyeti” başlıklı 22. maddesinde haberleşme özgürlüğü düzenlenmiştir. Haberleşme özgürlüğü ile ilgili Anayasa’nın 22. maddesinde; “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri

⁵⁰⁹ ATAMAN, Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, s. 30; TURGUTALP, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi 5271 Sy. CMK’nın 135. Maddesi, s. 59; DEMİRTAŞ, Önleyici Tedbir Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s. 9.

⁵¹⁰ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/?kelime=g%C3%B6rsel%20ileti%C5%9Fim>, 18.02.2020 Erişim T.

⁵¹¹ ATAMAN, Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, s. 31; TURGUTALP, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi 5271 Sy. CMK’nın 135. Maddesi, s. 59; DEMİRTAŞ, Önleyici Tedbir Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s. 9.

veya birkaçına bağılı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağılı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.” ifadelerine yer verilmiştir.

Maddenin birinci fıkrasına bakıldığında, haberleşme özgürlüğünün kural olduğu; ikinci fıkra bu özgürlüğün hangi şartlar altında kısıtlanacağı ve üçüncü fıkra ise, kanuni düzenleme ile bazı kurum ve kuruluşlara haberleşme özgürlüğü bakımından farklı bir statü verilebileceği düzenlenmiştir.

2. Yasal Düzenlemeler

a. Ceza Muhakemesi Kanunu

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu; TBMM’de 04.12.2004 tarihinde kabul edilmiş, 17.12.2004 tarih ve 25673 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış ve 01.06.2005 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. 5271 sayılı CMK’nın 2005 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte 1929 tarihli ve 1412 sayılı CMUK yürürlükten kaldırılmıştır. CMUK’un yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunu’nun 2. maddesinde⁵¹² CMUK’a yapılan yollamaların CMK’ya yapılacağı düzenlenmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 135 ile 138. maddeleri arasında “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” üst başlığıyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu koruma tedbiri 2005 yılında 5353 sayılı Kanunla, 2014 yılında 6526 sayılı Kanunla ve yine 2014 yılında 6572 sayılı Kanunla değişikliğe uğramıştır.

⁵¹² “Bu kanun, diğer kanunlarda, yürürlükten kaldırılan 4.4.1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa yapılan yollamaları, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kaldırılan hükümleri ve bu Kanunun uygulanması için diğer kanunlarda yapılan değişiklikleri belirtir ve yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş suçlar hakkında ne şekilde uygulama yapılacağına ve kesinleşmiş cezaların nasıl infaz edileceğine ilişkin bazı usul hükümlerini kapsar.” (5320 sayılı Kanunun 2. maddesi).

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, adli amaçlı iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri detaylı olarak düzenlenmesine rağmen, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin herhangi bir hüküm düzenlenmemiştir.

CMK'nın 135. maddesinde; iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin, ancak suç sebebiyle yapılan soruşturma ve kovuşturmada suçun işlendiği ile ilgili somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin varlığı ve başka suretle delil elde etme imkanının bulunmaması halinde, hakim kararıyla uygulanabileceği düzenlenmiştir (CMK m. 135/1). Fakat gecikmesinde sakınca bulunan istisnai hallerde, hakim onayına sunulmak şartıyla Cumhuriyet Savcısının kararıyla da iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri uygulanabilecektir (CMK m. 135/1).

b. Diğer Kanunlardaki Düzenlemeler

i. Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu

Ülkemizde suç örgütlerinin gelişen teknolojiye dayanarak büyümelerini ve suç işlemelerini önlemek, suç örgütleriyle yapılan mücadeleyi etkin kılmak amacıyla,⁵¹³ 1999 yılında 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu yürürlüğe girmiştir. Kanunun yürürlüğe girmesinin ardından yasada belirtilmiş olan suçlarda iletişimin denetlenmesi ve diğer koruma tedbirleri ÇASÖMK'nin 2. maddesindeki hükme göre uygulanmaya başlanmıştır.⁵¹⁴ Aynı kanunun 16. maddesinde, 2 ve 10. maddelerinin 1. fıkrasında sayılan suçlar dışında;

- Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarla,
- 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nda,
- 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda,
- Türk Ceza Kanunu'nun 403, 404 ve 406. maddelerinde,

bahsi geçen suçların örgütlü bir biçimde işlenmesi halinde de iletişimin denetlenmesi imkanı tanınmaktaydı.

ÇASÖMK'de bireysel suçlarda ve mala karşı işlenen suçlarda iletişimi denetleme yetkisi tanınmamıştır. Bu kanunun diğer bir özelliği ise, sadece suç

⁵¹³ ATAMAN, *Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*, s. 34; KAYMAZ, *Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 28.

⁵¹⁴ KAYMAZ, *Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 28.

sonrası değil suç öncesinde de iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabileceğinin düzenlenmiş olmasıdır.⁵¹⁵

ÇASÖMK'nin 2. maddesinin 1. fıkrasında; *“Bu kanunda öngörülen suçları işleme veya bunlara iştirak yahut işlendikten sonra faillere her ne suretle olursa olsun yardım veya aracılık veya yataklık etme kuşkusu altında bulunan kimselerin kullandıkları”* şeklindeki ifadeyle sadece suç şüphesi altında bulunan kimselerin değil, yardım etme, aracılık etme ve yataklık etme şüphesi altında bulunan kişilerin de iletişiminin denetlenebileceği düzenlenmiştir.

ÇASÖMK'de iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine ancak hakimin karar verebileceği fakat gecikmede sakınca bulunan istisnai hallerde hakim kararına bağlanmak şartıyla Cumhuriyet Savcısı kararıyla da tedbirin uygulanabileceği düzenlenmiştir.⁵¹⁶

ii. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu

Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun ek 7. maddesiyle polise, suçun işlenmesinin önlenmesi amacıyla iletişimi denetleme yetkisi verilmiştir.

Polisin önleme amaçlı iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması yetkisi PYSK'nın ek 7. maddesinde şu ifadelerle düzenlenmiştir; *“Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişini sağlamak üzere, ülke seviyesinde ve sanal ortamda istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar.”*

PYSK'nın ek 7. maddesinin 2. fıkrasında polisin yetkilerini hangi suçlarda kullanabileceği sayılmıştır. Buna göre, polis TCK'da yer alan;

- Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunda,
- Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlarda, Casusluk suçları

⁵¹⁵ ATAMAN, *Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*, s. 34.

⁵¹⁶ “Dinleme veya tespiti veya kayıtların incelenmesine hâkim karar verir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da bu hususlarda yetkilidir. Hâkim kararı olmaksızın yapılan bu gibi işlemlerin yirmidört saat içinde hâkim kararına bağlanması şarttır. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır.” (ÇASÖMK m. 2/5).

hariç ikinci Kitap Dördüncü Kısım

- Devletin Güvenliğine Karşı Suçlarda,
- Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar,
- Milli Savunmaya karşı suçlarda yetkisini kullanabilecektir.

iii. Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun

Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 7/a maddesi ve ek 5. maddesiyle jandarmaya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla iletişimi denetleme yetkisi verilmiştir.

Jandarmanın önleme amaçlı iletişimi denetleme yetkisi JTGYHK'nin ek 5. maddesinde şu ifadelerle düzenlenmiştir; “*Jandarma, bu Kanunun 7 nci maddesinin (a) bendine ilişkin görevleri yerine getirirken önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere, sadece kendi sorumluluk alanında 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Jandarma Genel Komutanı veya istihbarat başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi tespit edebilir, dinleyebilir, sinyal bilgilerini değerlendirebilir, kayda alabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç kırk sekiz saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır.*”

Jandarmanın, JTGYHK'nin ek 5. maddesindeki yetkilerini hangi suçlar bakımından kullanılabileceğinin belirlenmesinde polisler için düzenlenen suç kataloğu tekrarlanmıştır. Fakat önleme amacıyla iletişimin denetlenmesi tedbirinde jandarmanın yetki alanı ile polisin yetki alanı birbirinden farklıdır. Jandarma yetkisini sadece kendi sorumluluk alanı içerisinde kullanabilecekken, polisin yetki alanı tüm ülkedir. Jandarmanın sorumluluk alanının sınırları Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Yönetmeliğinin 10. maddesinde⁵¹⁷ çizilmiştir.

⁵¹⁷ “Kolluk birimlerinin personel, araç ve gereç imkânları ile hizmet gerekleri gözönünde bulundurularak belediye sınırları dışında kalan yerlerden bir kısmı polisin görev alanı; belediye

iv. Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu

Milli İstihbarat Teşkilatı; devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesi amacıyla, MİT Kanunu'nun 4. maddesinde⁵¹⁸ sayılan görevlerin yerine getirilmesiyle bağlı kalınarak, kural olarak hakim kararıyla, gecikmesinde sakınca olan istisnai hallerde, müsteşarın veya yardımcının yazılı emriyle ve verilen emrin yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli hakime onaylatılmasıyla iletişimin tespitine, dinlenilmesine, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ve kayda alınmasına karar verilebilecektir (MİT Kanunu m. 6/2).

3. Ceza Muhakemesi Kanunu'na Dayanılarak Çıkarılan Yönetmelikler

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinden kaynağını alan iki tane yönetmelik bulunmaktadır. Bu yönetmeliklerden birincisi 10.11.2005 tarihli *“Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik”*, ikincisi ise 14.1.2007 tarihli *“Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve*

sınırları içinde olmakla birlikte şehir meskûn alanlarına uzak bazı yerler ise jandarmanın görev alanı olarak tespit edilebilir.” (Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Yönetmeliği m. 10).

⁵¹⁸ “Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri şunlardır; a) Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve milli gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında milli güvenlik istihbaratını Devlet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanı (...), Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak. b) Devletin milli güvenlik siyasetiyle ilgili planların hazırlanması ve yürütülmesinde; Cumhurbaşkanı (...), Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile ilgili bakanlıkların istihbarat istek ve ihtiyaçlarını karşılamak. c) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat faaliyetlerinin yönlendirilmesi için Cumhurbaşkanı (...)ve Milli Güvenlik Kuruluna tekliflerde bulunmak. d) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat ve istihbarata karşı koyma faaliyetlerine teknik konularda müşavirlik yapmak ve koordinasyonun sağlanmasında yardımcı olmak. e) Genelkurmay Başkanlığınca Silahlı Kuvvetler için lüzum görülecek haber ve istihbaratı, yapılacak protokole göre Genelkurmay Başkanlığına ulaştırmak. f) Milli Güvenlik Kurulunda belirlenecek diğer görevleri yapmak. g) İstihbarata karşı koymak. h) Dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konularda Cumhurbaşkanınca (...)verilen görevleri yerine getirmek. (i) Dış istihbarat, millî savunma, terörle mücadele ve uluslararası suçlar ile siber güvenlik konularında her türlü teknik istihbarat ve insan istihbaratı usul, araç ve sistemlerini kullanmak suretiyle bilgi, belge, haber ve veri toplamak, kaydetmek, analiz etmek ve üretilen istihbaratı gerekli kuruluşlara ulaştırmak. j) İstihbarat kapasitesini, niteliğini ve etkinliğini artırmak amacıyla çağdaş istihbarat usul ve yöntemlerini araştırmak, teknolojik gelişmeleri takip etmek ve uygun görülenleri temin etmek. Millî İstihbarat Teşkilatına bu görevler dışında görev verilemez. Milli İstihbarat Teşkilatı birimlerinin görev, yetki ve sorumlulukları Cumhurbaşkanınca onaylanacak bir yönetmelikte belirtilir.” (MİT Kanunu m. 4).

Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik" tir.⁵¹⁹

a. 10.11.2005 Tarihli Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik

2005 Tarihli yönetmeliğin amacına yönetmeliğin 1. maddesinde rastlanmaktadır. Yönetmeliğin 1. maddesine göre; yönetmelik telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasıyla ilgili usul ve esasların belirlenmesi ve Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının kurulması, görev ve yetkilerinin belirlenmesi amacını taşımaktadır. 2005 Tarihli TİB Yönetmeliği'nde telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiriyle ilgili olan ve CMK'da yer almayan; telekomünikasyon, dinleme, kayda alma gibi kavramların tanımlamalarına yer verilmiştir.

Telekomünikasyon kavramı, 2005 tarihli yönetmelikte şu ifadelerle yer almıştır; *"Her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletişim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını ifade eder."* (m. 3/1-r).

Yönetmelik iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve tespiti kavramlarını ise şu şekilde düzenlemiştir; *"İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması: Telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmalar ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri, İletişimin tespiti: iletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri ifade eder."* (2005 Tarihli Yön. m. 3/1-h, 3/1-i).

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinde yer alan sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi koruma tedbirinin tanımına yönetmelikte yer verilmemiş fakat sinyal bilgisinin ne olduğu Yönetmeliğin 3. maddesinde şu ifadelerle açıklanmıştır;

⁵¹⁹ Yönetmelik, Danıştay 10. Dairesinin 09.03.2017 T ve 2012/1001 E, 2017/1361 K sayılı ilamı ile iptal edilmiştir.

“Sinyal bilgisi, bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi ifade eder.” (2005 tarihli Yön. m. 3/1-p).

b. 14.01.2007 Tarihli ve 26434 Sayılı Resmi Gazetede Yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik

2007 Tarihli Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’te de telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine ilişkin tanımlamalara yer verilmiştir. Bu tanımlamalardan iletişimin dinlenmesi, kayda alınması, telekomünikasyon ve sinyal bilgisi kavramları 2005 Tarihli yönetmeliktekiyle aynı olduğu için tekrara düşmemek adına yer verilmeyecektir.

Bu yönetmeliğin 2005 Tarihli yönetmelikten farkı ise, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve veri taşıyıcısı kavramlarının tanımlanmasıdır. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, Yönetmeliğin 4. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir; “İletişim içeriğine müdahale niteliğinde olmayıp yetkili makamdan alınan karar kapsamında sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemlerini ifade eder.” (2007 tarihli Yön. m. 4/1-1). Veri taşıyıcısı kavramına ise, şu ifadelerle yer verilmiştir; “İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanması neticesinde elde edilecek ses ve görüntü bilgilerinin kaydedileceği araçları ifade eder.” (2007 tarihli Yön. m. 4/1-1).

Bu yönetmelik, 2017 Tarihinde Danıştay 10. Dairesi’nin 09.03.2017 T, 2012/1001 E ve 2017/1361 K sayılı ilamı ile iptal edilmiştir.

C. İletişimin Denetlenmesi Tedbirinin İlgili Olduğu Hukuki Değerler

1. Özel Hayatın Gizliliği

İnsan onurunun ve kişi temel hak ve özgürlüklerinin korunması, özel hayatın gizliliğine saygı duyulmasına ve korunmasına da bağlıdır. Devletlerin de kişilerin temel hak ve özgürlüklerine yani özel hayatlarına duyduğu saygı; kişilere bu hakkı verip vermediklerine ya da verilen hakkın nasıl kullandırıldığına bağlıdır.⁵²⁰

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası özgürlükçü ve demokratik bir devletin gereği olarak 20, 21 ve 22. maddelerinde özel hayatın gizliliğine yer vermiştir. 22. maddesinde de herkesin, haberleşme hürriyetine sahip olduğu ve haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu düzenlenmiştir. Toplum düzeninin sağlanması amacıyla bu hakların nasıl sınırlandırılacağı da yine anayasada şu ifadelerle düzenlenmiştir; *“kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş bir hakim kararı olmadıkça ya da gecikmesinde sakınca olan hallerde kanunla yetkilendirilmiş merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz, el konulamaz; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve eşyalarına el konulamaz; kimsenin haberleşmesi engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz.”* (AY m. 22). Yani sonuç olarak özel hayatın ve aile hayatının gizliliği esastır, bu gizlilik ancak ölçülü olarak ve kanundaki şartlara bağlı kalınarak sınırlandırılır.

Özel hayatın gizliliğine, uluslararası belgelerde de yer verilmiştir. Özel hayatın gizliliği; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 12. maddesinde, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşmesi’nin 17. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinde düzenlenmiştir.

İnsan toplumsal bir varlık olması sebebiyle diğer insanlarla etkileşim içerisinde yaşamını sürdürür.⁵²¹ Bu sebeple insan yaşamının özel ve genel yönü olmak üzere iki yönü olduğu kabul edilir.

Hayatın genel yönü, kişinin toplumsal bir varlık olması sonucu diğer insanlarla paylaştığı, gizlemediği ve kişinin aleni olmasında sakınca görmediği hayatıdır.⁵²² Kamuya açık olarak yapılan konuşmalarda, söylevlerde, bu konuşma içeriklerinin basın ve yayın organları vasıtasıyla kaydının yapıp dergi, gazete ve

⁵²⁰ ÖZTÜRK, Özel Hayatın Gizliliği ve Arama, s. 4; ARAS, İnsan Hakları Temelinde Özel Hayat Hakkının Ulusal ve Uluslararası Alanda Uygulamaları, s. 33.

⁵²¹ BAKİ, Adli Arama, s.18; YALÇIN, Önleme Araması, s. 17.

⁵²² ERDAGÖZ, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, s. 38.

radio gibi alanlarda yayınlanması için izne gerek yoktur. Çünkü gerçekleştirilen konuşmalar, söylevler kamuya açık alanda aleni olarak gerçekleştirilmiştir.⁵²³

Hayatın özel yönü, topluma açık olmayan, kimse tarafından bilinmeyen gizli alanıdır. Hayatın özel yönü de özel hayat ve gizli alan olmak üzere ikiye ayrılır.⁵²⁴ Özel hayat, kişinin, toplumun her kesmi tarafından bilinmeyen, sadece en yakınları, ailesi ve bilmesinde sakınca görmediği kendi özgür iradesiyle yakın arkadaş olarak gördüğü kişilerle paylaştığı hayatıdır. Kişinin kendi özel hayatıyla ilgili bilgi verdiği üçüncü kişilerin, bu bilgileri başkalarına açıklama hakları yoktur.⁵²⁵ Hayatın gizli alanı ise, kişinin ailesi ve yakın çevresi dahil hiç kimseyle paylaşmadığı, yalnız kendisinin bildiği, başka hiç kimsenin bilmediği ve bilemeyeceği yaşamıdır.⁵²⁶ Örneğin, kişinin mektupları, tuttuğu günlükler ve cinsel hayatı gibi konular hayatının gizli alanını oluşturur.⁵²⁷ Bu durumlarda özel hayatın gizliliğine mutlak bir koruma vardır. Yani bu alan devlet dahil kimsenin müdahale edemeyeceği özel bir yaşam alanıdır. Örneğin, usulüne uygun alınmış telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlemesi kararı olsa bile eşler arasında yapılan iletişim kayıtları kullanılamaz.

Özel hayata müdahale edilmemesi ve özel hayatın korunması konularında devlete bir takım pozitif ve negatif yükümlülükler yüklenmiştir. Devletin negatif statü hakkı, bireylerin devlet müdahalesi olmadan özel hayatlarını sürdürebilmesini kapsarken pozitif statü hakkı ise, devletin temel hak ve özgürlükler kapsamında olan özel hayatın korunması amacıyla düzenlemeler yapmasını, özel hayat ihlaline karşı koruyucu tedbirler almasını, ihlal halinde uygulanacak yaptırımların düzenlenmesini kapsamaktadır.⁵²⁸ AİHM Malone-Birleşik Krallık Davasında; devletin, polis keyfi uygulamalarını engelleyecek ve özel hayatın gizliliğini güvence altına alacak düzenlemeler getirmeden polis tarafından başvurunun telefonunun dinlenmesinin hak ihlaline sebebiyet verdiği karar vermiştir.⁵²⁹

⁵²³ BAKİ, *Adli Arama*, s. 17; ARAS, *İnsan Hakları Temelinde Özel Hayat Hakkının Ulusal ve Uluslararası Alanda Uygulamaları*, s. 34.

⁵²⁴ ÖZTÜRK, *Özel Hayatın Gizliliği ve Arama*, s. 5; BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 27; YALÇIN, *Önleme Araması*, s. 17; ARAS, *İnsan Hakları Temelinde Özel Hayat Hakkının Ulusal ve Uluslararası Alanda Uygulamaları*, s. 34.

⁵²⁵ BAKİ, *Adli Arama*, s. 18.

⁵²⁶ YALÇIN, *Önleme Araması*, s. 18; ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 40; ARAS, *İnsan Hakları Temelinde Özel Hayat Hakkının Ulusal ve Uluslararası Alanda Uygulamaları*, s. 42.

⁵²⁷ BAKİ, *Adli Arama*, s. 19.

⁵²⁸ ŞEN, *Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, s. 15; BAKİ, *Adli Arama*, s. 20; BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 28; YALÇIN, *Önleme Araması*, s. 18.

⁵²⁹ AİHM, 02.08.1984 T, Malone-Birleşik Krallık, No: 8691/79 K, HERDEM, *Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi*, s. 11.

Devletin özel hayatın gizliliğinin korunmasıyla ilgili pozitif yükümlülüğünün de olması sebebiyle 5237 sayılı TCK'nın Özel Hayatın Gizliliği başlıklı 134. maddesinde “*Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse cezalandırılır.*” düzenlemesi yer almıştır. Bunun dışında 132. maddede Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, 133. madde Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenilmesi ve Kayda Alınması, 135. madde Kişisel Verilerin Kaydedilmesi ve 136. maddede ise Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme suçları düzenlenmiştir.

2. Haberleşme Hürriyeti ve Gizliliği

Anayasa’da, Kişi Hakları ve Ödevleri bölümünde, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması başlığı altında özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti düzenlenmiştir. Özel hayatın gizliliği, haberleşme hürriyetini de içine alan bir kavramdır.

Haberleşme; kişilerin duygu, düşünce, his ve tutumlarını ortak semboller vasıtasıyla kişiler ya da gruplar arasında değiş tokuş ettikleri süreçtir.⁵³⁰ Haberleşme hürriyeti ise; bireylerin duygu, düşünce ve tutumlarını herhangi bir denetime ve kısıtlamaya maruz kalmadan iletişim araçları vasıtasıyla yayma ve iletme hakkıdır.⁵³¹

Haberleşme hürriyeti Anayasa’nın 22. maddesinde; “*Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz.*” ifadesiyle, haberleşmenin gizli olduğuna ve sınırlamanın ancak belli şartlar altında gerçekleşebileceğine vurgu yapılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinde; “*Her şahıs hususi ve ailevi hayatına, meskenine ve muhaberatına hürmet edilmesi hakkına malikdir. Bu hakların kullanılmasına resmi bir makamın müdahalesi demokratik bir cemiyette ancak milli güvenlik, âmme emniyeti, memleketin iktisadi refahı, nizamın muhafazası, suçların önlenmesi, sağlığın veya*

⁵³⁰ YOKUŞ-SEVÜK, “Postada El Koyma ve Telekomünasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, s. 97; BİLGE, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 13.

⁵³¹ TÜYSÜZ, *Suçla Mücadelede İletişimin Denetlenmesi*, s. 83; ERUYAR, *Ceza Yargılamasında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 27.

ahlâkın ve başkasının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri bulunduğu derecede ve kanunla derpiş edilmesi şartıyla vukubulabilir.” ifadesiyle haberleşme hürriyetinin hangi şartlar altında sınırlandırılacağı ve devletin bu hakkı koruma yükümlülüğünün olduğuna, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 12. maddesinde ise; *“Kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışılmaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır.”* ifadesi ile de haberleşme hakkı ve özel hayatın gizliliği düzenlenmiştir.

Anayasa’da, AİHS’de ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde haberleşme özgürlüğünün korunması gerektiği, fakat bu özgürlüğün mutlak olmadığı, sınırlandırılabilceği de düzenlenmiştir. Kişi temel hak ve özgürlüklerinden olan haberleşme özgürlüğü sınırlandırılırken keyfiliğin önlenmesi ve etkili bir korumanın gerçekleşebilmesinin ancak kanunla yapılan açık ve detaylı bir düzenlemenin varlığına bağlı olduğu da vurgulanmıştır. AİHM’in Kruslin-Huving-Fransa Kararında, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin haberleşme özgürlüğüne müdahale niteliğinde olduğuna, bu sebeple kanuna dayanan açık ve detaylı bir düzenlemenin varlığının gerekliliğine, aksi takdirde yapılan müdahalenin AİHS m. 8’e aykırı olacağına vurgu yapılmıştır.⁵³² İncelenen olayda açık ve belirgin hükümler bulunmadan haberleşme özgürlüğüne müdahale olduğuna bu müdahalenin AİHS m. 8’in ihlali olduğuna karar verilmiştir.⁵³³ AİHM Rotaru-Romanya Davasında da mahkeme, kanunla yapılacak düzenlemede sınırlamanın şartlarına, hangi yöntemle yapılacağına ve nasıl bir prosedür izleneceğine dair açıklamaların net ve anlaşılır ifadelerle düzenlenmesi gerektiğini vurgulamıştır.⁵³⁴ AİHM’in Ağaoğlu-Türkiye kararında,⁵³⁵ içlerinde uyuşturucu şüphelisi Ağaoğlu’nun da olduğu birçok kişinin telefonlarının dinlemeye alındığı ve bu dinleme sonucunda elde edilen delillerle birlikte sanık Ağaoğlu 18 yıl hapis cezasına çarptırılmış⁵³⁶ ve Ağaoğlu yapılan dinlemenin usulsüzlüğü iddiasıyla

⁵³² AKSU, Muharrem, *Özgürlük ve Güvenlik Dengesinde Önleyici Amaçlı İletişimin Denetlenmesinin Temel Hak ve Özgürlükler Açısından Değerlendirilmesi*, (Doktora Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi SBE Kamu Yönetimi Anabilim Dalı), 2011, s. 231.

⁵³³ TÜYSÜZ, *Suçla Mücadelede İletişimin Denetlenmesi*, s. 96.

⁵³⁴ AKSU, *Özgürlük ve Güvenlik Dengesinde Önleyici Amaçlı İletişimin Denetlenmesinin Temel Hak ve Özgürlükler Açısından Değerlendirilmesi*, s. 231.

⁵³⁵ AİHM, 06.12.2015 T, Ağaoğlu-Türkiye, No: 27310/95 K.

<https://www.kararara.com/aihm/turkce/aihm10648.htm>, 27.04.2020 Erişim T.

⁵³⁶ BULDUK, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları İle Ceza Muhakemesi Hukukunda*

AIHM'e başvurmuştur. AIHM telefon dinlemesi için alınan kararın CMUK m. 91 ve 92'de yer alan mektup, telgraf ve diğer mesullerin zaptına ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulandığına, telefon dinlenmesine ilişkin açık, net, anlaşılabilir ve yazılı bir hükmün bulunmadığına bu sebeple AIHS m. 8 ve haberleşme özgürlüğünün ihlalinin doğduğuna karar vermiştir.⁵³⁷

Temel hak ve hürriyetlerden olan haberleşme özgürlüğünün önemine binaen Türk Ceza Kanunu'nun 124. maddesinde "*Haberleşmenin Engellenmesi*" ve 132. maddesinde "*Haberleşmenin Gizliliğini İhlal*" suç olarak düzenlenmiştir.

III. AVUKATLARIN TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİNİN DENETLENMESİ

A. Avukatların İletişiminin Denetlenmesi Tedbirinin Türleri

Adli amaçlı olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135 ile 138. maddeleri arasında düzenlenmiştir. İletişimin denetlenmesi tedbiri kendi içinde beş gruba ayrılmaktadır. Bunlar; iletişimin tespiti, iletişimin dinlenmesi, iletişimin kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespitidir.

1. Avukatların İletişiminin Tespiti ve Şartları

İletişimin tespiti hem 26434 sayılı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 4. maddesinin f bendinde hem de 25989 sayılı TİB Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik'in 3. maddesinin i bendinde şu şekilde tanımlanmıştır; "*İletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemler.*" Yargıtay da iletişimin tespitini, soruşturma evresinde şüphelinin telefonuyla kurduğu

Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s. 78; HERDEM, *Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi*, s. 29; TÜYSÜZ, *Suçla Mücadelede İletişimin Denetlenmesi*, s. 107.

⁵³⁷ BULDUK, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları İle Ceza Muhakemesi Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 78; HERDEM, *Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi*, s. 29; TÜYSÜZ, *Suçla Mücadelede İletişimin Denetlenmesi*, s. 107.

bağlantının kim ya da kimlerle ve ne zaman yapıldığının tespiti olarak tanımladığı bir kararında şu ifadelerle yer vermiştir; “...Soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı telefonuyla yaptığı görüşmelere ilişkin detay bilgilerinin, yani telefonla yapılan bağlantıların kimlerle ve ne zaman yapıldığının belirlenmesi anlamına gelen “tespit”⁵³⁸ Yani iletişimin tespitinde kişiler arasındaki iletişimin içeriğine ulaşılması söz konusu değildir. Yapılan işlem sadece şüphelinin veya sanığın kim ya da kimlerle ne zaman, nerede iletişim kurduğunun tespitidir.⁵³⁹ Şüphelinin ya da sanığın kimlerle ne konuştuğuna yani iletişimin içeriğine dair verilere iletişimin tespiti tedbiriyle ulaşılması mümkün değildir.⁵⁴⁰ Ayrıca iletişimin tespiti tedbiri sadece mobil telefonlarla sınırlı olarak değil, kişisel telefonla, internet veya faks yoluyla yapılan haberleşmenin tespitinde de uygulanmaktadır.⁵⁴¹ İletişimin tespiti, uygulamada HTS (Historical Traffic Search) olarak adlandırılmaktadır.⁵⁴² HTS raporlarındaki iletişimin tespiti genellikle geçmişte yapılan iletişim kayıtlarıdır.⁵⁴³ Fakat, bazen ileriye dönük olarak da iletişimin tespiti istenebilmektedir.⁵⁴⁴

Avukatların işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı iletişimlerinin tespitini; kişisel suçlar ve görev suçları olmak üzere iki duruma ayırarak incelemek gerekmektedir.

Avukatların avukatlık meslekleri, baro organlarındaki görevleri veya Türkiye Barolar Birliği’ndeki görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma yapılması Adalet Bakanlığı’nın iznine bağlıdır.⁵⁴⁵ Avukatın görevi sebebiyle işlediği suçtan dolayı iletişimin tespiti ancak şartların oluştuğu durumda Adalet Bakanlığı’nın soruşturma izni vermesiyle gerçekleşecektir. Yargıtay’ın,

⁵³⁸ Yargıtay 5. CD, 03.10.2005 T ve 2005/14969 E, 2005/20489 K.

⁵³⁹ AĞKOÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Özel Hayata Saygı Hakkının Korunması Bağlamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi* s. 265; YOKUŞ-SEVÜK, “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, s. 107; BİLGE, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 102; ARTUÇ, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, s. 482.

⁵⁴⁰ AĞKOÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Özel Hayata Saygı Hakkının Korunması Bağlamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 265; YOKUŞ-SEVÜK, “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, s. 107; ARTUÇ, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, s. 482.

⁵⁴¹ ATAMAN, *Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*, s. 17.

⁵⁴² “Geçmişe Yönelik Hareket Araştırması ya da arama trafiği tarihi”, ATAMAN, *Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*, s. 17, dipnot 56.

⁵⁴³ BİLGE, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 102; ERUYAR, *Ceza Yargılamasında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 38, 39.

⁵⁴⁴ ATAMAN, *Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*, s. 17.

⁵⁴⁵ “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.” (Av. K m. 58).

avukatın görev kapsamının sınırları, hangi durumların görev kapsamına girdiği ve hangi hallerde kişisel suçun olacağına dair verdiği bir kararında şu ifadeler yer almıştır; “...Olay görev sırasında gerçekleşmediğinden, “görevden doğan” ibaresinin üzerinde durulmalıdır. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun “Yalnız avukatların yapabileceği işler” başlıklı 35. maddesinde: “Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir. Baroda yazılı avukatlar birinci fıkradakiler dışında kalan resmi dairelerdeki bütün işleri de takip edebilirler.” hükmüne yer verilmiştir. Avukatların, Avukatlık Kanunu kapsamındaki tüm görevleri nedeniyle işledikleri suçların soruşturulması ve kovuşturulması özel hükümlere tabidir. Diğer bir deyişle avukatlık sıfatıyla kanunen üstlenilen görevler dolayısıyla işlenen suçlar, görevden doğan suç kapsamına girmektedir, zira Kanun gereği bu görevler yalnızca avukatlar tarafından yerine getirilmektedir.”⁵⁴⁶

Avukatın görevi dışında, kişisel olarak işlediği bir suçtan dolayı hakkında soruşturma yapılması Avukatlık Kanunu’na göre genel hükümlere tabidir.⁵⁴⁷ Avukatın işlediği kişisel suç sebebiyle iletişimin tespiti herhangi bir özellik arz etmemektedir.⁵⁴⁸

Avukatın işlediği iddia olunan kişisel suçlarla ilgili iletişimin denetlenmesi kararının verilebilmesi için, bir suç sebebiyle başlatılmış olan soruşturma veya kovuşturma mevcut olmalıdır.⁵⁴⁹ Yani şüpheli ya da sanık sıfatı bulunmayan üçüncü kişi hakkında iletişimin tespiti koruma tedbirlerine başvurulamaz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir kararında iletişimin tespitinin tedbirinin şüpheli ya da sanık sıfatına sahip kişilere uygulanacağını, üçüncü kişiler yönünden bu tedbire başvurulamayacağını şu ifadelerle belirtmiştir; “İletişimin tespiti, şüpheli veya sanık hakkında değil, o bölgede bulunan ve o saatler arasında telefon ile görüşme yapan diğer kişiler yönünden de verilmiştir. Olayın şüphelisi henüz belli değildir...Olayın aydınlatılması ve faillerinin belirlenmesi için, soruşturma ile hiç ilgileri bulunmayan diğer kişilerin, kimlerle, ne zaman ve ne kadar süre ile görüştüğüne ilişkin bilgilerin

⁵⁴⁶ Yargıtay 4. CD, 16.04.2015 T ve 2014/45937 E, 2015/27193 K.

⁵⁴⁷ GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku 1*, s. 189; YOKUŞ-SEVÜK, “Postada El Koyma Ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, s. 119.

⁵⁴⁸ GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku 1*, s. 189.

⁵⁴⁹ YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 425.

soruşturma dosyasına girmesi, o bilgilerin birçok kişi ile paylaşılması, özel hayatın ihlali anlamını taşımaktadır... Somut olayda haklarında iletişimin tespiti tedbiri talep edilen kişiler, baz istasyonundan hizmet alan üçüncü kişiler olup, 5271 sayılı CYY'nın 2. maddesi anlamında şüpheli veya sanık sıfatına sahip olmadıklarından haklarında iletişimin tespiti tedbirine başvurulması olanağı yoktur.”⁵⁵⁰

CMK'nın 135. maddesinin 8. fıkrasında; “Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:...” hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre; avukatların işledikleri kişisel suçlarla ilgili CMK m. 135/6'da düzenlenmiş olan iletişimin tespiti tedbirinin uygulanabilmesi için katalog suçların varlığı aranmamıştır. Yani iletişimin tespiti tedbiri sadece 135. maddenin 8. fıkrasında sayılan katalog suçlar bakımından değil, tüm suçlar bakımından uygulama alanı bulan bir koruma tedbiridir.⁵⁵¹

CMK'nın 135. maddesinin 1. fıkrasındaki; “Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanı bulunmaması durumunda şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinlenebilir.” hükmüyle iletişimin dinlenmesi, tedbirinin kuvvetli suç şüphesinin ve başka suretle delil elde etme imkanının bulunmaması şartlarına bağlı kılındığı fakat, CMK m. 135/6'da düzenlenen iletişimin tespiti tedbirinde böyle bir şartın aranmadığı görülecektir. Yani iletişimin tespiti tedbirinde kuvvetli suç şüphesi ve başka suretle delil elde etme imkanının bulunmaması şartları aranmamaktadır.

CMK'nın 135. maddesinin 6. fıkrasındaki düzenlemeye bakıldığında, avukatların işledikleri kişisel suçlarla ilgili iletişimin tespiti tedbirine karar verecek

⁵⁵⁰ YCGK, 15.11.2011 T ve 2011/6-140 E, 2011/222 K.

⁵⁵¹ “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 5353 sayılı Yasanın 17. maddesiyle değişik 135. maddesi uyarınca, “bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suçun işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması durumunda, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi “tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir.” 5353 sayılı Yasanın 17. maddesiyle değişik CMK'nun 135. maddesinin 6. fıkrasında bu madde kapsamında “dinlenme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine” ilişkin hükümlerin fıkra da sayılan katalog suçlarla ilgili olarak uygulanabileceği öngörülmüştür. Soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı telefonuyla yaptığı görüşmelere ilişkin detay bilgilerinin, yani telefonla yapılan bağlantıların kimlerle ve ne zaman yapıldığının belirlenmesi anlamına gelen “tespit” yukarıda belirtilen CMK'nun 135. maddesinin 6. fıkrası kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle, hangi suça ilişkin olursa olsun, şüpheliye ait telefondan kimlerle, ne zaman görüşüldüğüne dair “tespit” CMK'nın 135/1. maddesi uyarınca hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C.Savcısının kararıyla mümkün olacaktır.” Yargıtay 5. CD, 03.10.2005 T ve 2005/14969 E, 2005/20489 K.

makamların soruşturma ve kovuşturma evresine göre farklılık arz ettiği görülecektir. CMK m. 135/6'ya göre; iletişimin tespiti tedbirine, soruşturma aşamasında; kural olarak hakim, gecikmesinde sakınca bulunan istisnai hallerde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında ise; kovuşturma yapmaya yetkili ve görevli mahkeme karar verecektir.⁵⁵² Cumhuriyet savcısının karar verdiği istisnai hallerde kararın yirmi dört saat içerisinde hakim onayına sunulması gerekir (CMK m. 135/6). Hakim de kararını en geç yirmi dört saat içerisinde verir (CMK m. 135/6).

İletişimin tespitine ilişkin verilen tedbir kararında bulunması gereken bilgiler CMK'nın 135. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. CMK m. 135/6'ya göre; tedbir kararında, yüklenen suçun türü, tedbir uygulanacak kişinin kimlik bilgileri, denetlenecek olan iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespit edebilecek kodun ve tedbirin süresinin bulunması gerekir.

Abonenin adı, adresi, kimlik bilgileri, sim kart bilgisi, IMEI numarası gibi bilgiler iletişimin tespiti tedbirine konu değildir.⁵⁵³ Bu gibi bilgilere ulaşmak için iletişimin tespiti kararı alınması gerekmez. Yani soruşturma aşamasında hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında da mahkeme, karar olmadan işletmecilerden bu bilgileri isteyebilecektir.

Avukatın, şüpheliye ya da sanık konumunda olmadığı durumlarda iletişiminin tespiti farklı usule tabidir. Adaletin gerçekleşmesi hukuk devletinin en temel unsuru olan adil yargılanmaya, yani yargılamanın vazgeçilmez unsuru olan savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına bağlıdır.⁵⁵⁴ Çünkü savunma hakkı, ceza muhakemesinin amacına ulaşılabilmesi ve adil bir yargılanmanın gerçekleşebilmesi için şüpheli ve sanığa tanınan en temel haklardandır. Savunma hakkının ve hak arama özgürlüğünün güvencesi ve vazgeçilmez unsuru ise savunma mesleğinin serbestçe, her türlü baskıdan uzak, özgür bir biçimde yerine getirilmesine bağlıdır.⁵⁵⁵ Bu sebeple yargının kurucu unsuru ve özgür savunmanın temsilcisi olan avukatın, savunma hakkını etkin bir şekilde kullanabilmesi için ceza muhakemesinde

⁵⁵² GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku* 2, s. 181.

⁵⁵³ ERUYAR, *Ceza Yargılamasında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 39.

⁵⁵⁴ ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 4; DIVRAK, KILIÇ, "Savunma Hakkı", s. 51; ZAFER, *Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan*, s. 516.

⁵⁵⁵ DIVRAK, KILIÇ, "Savunma Hakkı", s. 59; ZAFER, *Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan*, s. 518.

bir takım ayrıcalıklar tanınmıştır.⁵⁵⁶ Bu ayrıcalıklardan bir tanesi de telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti tedbirinin müdafî hakkında uygulanmayacağıdır. İletişimin tespiti tedbirinin müdafî hakkında uygulanmayacağı CMK'nın 136. maddesinde düzenlenmiştir. CMK'nın 136. maddesinde; “*Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafîin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135. madde hükmü uygulanmaz.*” ifadesine yer verilmiştir. İletişimin tespiti yasağı, şüpheliyi ya da sanığı korumaya yönelik olarak müdafî⁵⁵⁷ sıfatı bulunan avukata tanınmıştır.⁵⁵⁸ CMK'nın 136. maddesinde sadece müdafî sıfatını taşıyan avukattan bahsedildiği için avukat stajyerleri ve yardımcıları ve özel hukuk anlamında avukatlık yapan vekil hakkında CMK'nın 136. madde hükmü uygulanmayacaktır.⁵⁵⁹ Avukatın müdafîlik sıfatının zorunlu ya da ihtiyari müdafîlik kapsamında veya seçilmiş ya da görevlendirilmiş müdafîlik kapsamında olup olmadığının bir önemi yoktur. Önemli olan avukatın müdafîlik sıfatına sahip olmasıdır. Avukat müdafîlik sıfatına sahip olduğu her durumda CMK m. 136'dan yararlanabilecektir.

Yukarıda da bahsedildiği üzere, avukatın kişisel suçu sebebiyle, CMK m. 135'teki şartlar mevcut ise, iletişimin tespiti her zaman mümkündür.⁵⁶⁰

Doktrindeki bazı yazarlar CMK'nın 135. maddesinin 3. fıkrasındaki; “*Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.*” ifadelerinde tanıklıktan çekinebilecek kişilerle şüpheli veya sanık arasındaki iletişimin kayda alınamayacağının belirtildiği, hükmün müdafî de uygulanabileceğini çünkü, müdafîin de tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında CMK'nın 46. maddesinde⁵⁶¹ sayıldığını bu sebeple, CMK'nın 136. maddesindeki

⁵⁵⁶ ÖRS, “Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma”, s. 109; KOCAOĞLU, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi...”, s. 45-48; HERDEM, *Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi*, s. 95.

⁵⁵⁷ “Müdafî: Şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukat.” (CMK m. 2/1-c).

⁵⁵⁸ YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 435; ATAMAN, *Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*, s. 185.

⁵⁵⁹ GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku 2*, s. 192; ATAMAN, *Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*, s. 188.

⁵⁶⁰ GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku 2*, s. 189; YOKUŞ-SEVÜK, “Postada El Koyma Ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, s. 119.

⁵⁶¹ “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.” (CMK m. 46/1-a).

düzenlemenin gereksiz olduğunu ifade etmişlerdir.⁵⁶²

Fakat CMK'nın 136. maddesinin düzenlemesi ile 135. maddesinin 3. fıkrasının düzenlemesi birbirinden farklıdır.⁵⁶³ CMK'nın 136. maddesinin daha kapsamlı bir düzenlemeye sahip olması sebebiyle eleştirilere katılmıyoruz. Kaldı ki, iletişimin tespiti tedbiri CMK'nın 135. maddesinin 3. fıkrası kapsamında da kalmamaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 7. maddesinin 5. fıkrasında; *“Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla suç şüphelisi olmayan müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki araçları hakkında, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. madde hükmü uygulanmaz.”* ifadesi yer almaktaydı. Fakat hükümdeki “suç şüphelisi olmayan” ifadesi, Danıştay 10. Dairesinin 22.02.2010 T ve 2007/2795 E, 2010/1339 K sayılı ilamı ile iptal edilmiş ve bu karar Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 04.11.2010 T ve 2010/2072 E, 2010/1467 K sayılı ilamı ile de onanmıştır. Bu karardan müdafinin suç şüphelisi olması halinde bile iletişimin denetlenmesine karar verilemeyeceği anlamı çıkarmak, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacaktır.⁵⁶⁴ Zaten bu yönetmelik Danıştay 10. Dairesinin 09.03.2017 T ve 2012/1001 E, 2017/1361 K sayılı ilamı ile iptal edilmiştir.

2. Avukatların Telekomünikasyon Yoluyla Yaptığı İletişimin Dinlenmesi, Kayda Alınması ve Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Şartları

a. İletişimin Dinlenmesi

İletişimin dinlenmesi tedbiri CMK'nın 135. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Fakat kanun metninde dinlemenin ne olduğu ile ilgili bir

⁵⁶² YOKUŞ-SEVÜK, “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, s. 118; GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku* 2, s. 186; ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 589; ERDAĞ, Ali İhsan, “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli sorun olarak: mağdurun İletişiminin tespiti ve İletişimin mağdur tarafından Kaydedilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 92, 2011, s. 41.

⁵⁶³ ÜNVER, HAKERİ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 452.

⁵⁶⁴ GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku* 2, s. 189.

tanımlamaya yer verilmemiştir. Komisyonun gerekçesinde de iletişimin dinlenmesinin tanımı yer almamaktadır. 2005 Tarihli Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik'te ise, iletişimin dinlenmesi şu şekilde tanımlanmıştır; “*Telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemler.*” (TİB yön. m. 3/1-h). Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi ise; iletişimin gerçekleştiği araç ve ortamda yapılan konuşmaların teknik araçlar kullanılarak canlı olarak izlenmesi ve işitilmesidir.⁵⁶⁵

İletişimin dinlenmesi tedbiri, şüphelinin ya da sanığın sadece telefon yoluyla yaptığı konuşmaların dinlenmesi değil, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine konu olabilecek tüm araçlarla yapılan konuşmaların dinlenmesini kapsamaktadır.⁵⁶⁶ İletişimin dinlenmesi tedbirinde konu, şüphelinin ya da sanığın duyulabilir nitelikteki konuşmalarıdır.⁵⁶⁷ Yani sadece okunabilen ya da görülebilen iletilerin dinlenmesi mümkün değildir. İletişimin dinlenmesi tedbirinden elde edilen deliller ise, duruşmada dinleme yapan kişilerin tanıklığı ile ortaya konulabilecektir.⁵⁶⁸

b. İletişimin Kayda Alınması

İletişimin kayda alınması tedbiri de CMK'nın 135. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. İletişimin kayda alınması tedbirinin tanımına kanun metninde ve komisyonun gerekçesinde yer verilmemiştir. Doktrindeki tanımlamalara bakılarak

⁵⁶⁵ ERUYAR, *Ceza Yargılamasında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 36; YENİSEY, NUHOĞLU, dinlemenin teknik cihazlarla yapılmasına vurgu yapmış ve çıplak kulakla yapılan ses dinlemesinin iletişimin dinlenmesi kapsamında olmadığını belirtmiştir. Bkz. YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 430.

⁵⁶⁶ Telefon, faks, teleks, bilgisayar, kablolu ya da kablosuz araçların tamamı.

⁵⁶⁷ ATAMAN, *Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*, s. 21.

⁵⁶⁸ “... söz konusu kayıtlar veya dinleme yapan kolluk memurunun tanıklığı geçerli bir delil olacak...” Bkz. YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 216; Yargıtay 4. CD, 02.05.2007 T ve 2006/908 E, 2007/4184 K, “Ancak; tanıklar Ramazan ve Necip'in kovuşturma ve soruşturma evresinde değişmeyen anlatımlarında katılanın sanık tarafından tehdit edildiği yolundaki ısrarlı iddialarını doğrulamış olmaları karşısında paralel telefonlarda tehdit içeren sözleri dinledikten sonra telefonu kapatmış olmaları nedeniyle anlatımlarının samimi bulunmadığı biçimindeki olayın oluşuna ters düşen yasal ve yerinde olmayan gerekçe ile beraat kararı verilmesi, yasaya aykırı... hükmün bozulmasına.”

iletişimin kayda alınması;⁵⁶⁹ kişiler arasında gerçekleştirilen her türlü haberleşmenin araya teknik bir araç sokulmak suretiyle gizli şekilde dinlenmesiyle elde edilen verilerin kaydedilmesi şeklinde tanımlanabilir.⁵⁷⁰ İletişimin kayda alınması; TİB Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik'in tanımlar başlıklı 3. maddesinin h bendinde ise; “İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması: Telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmalar ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemler.” şeklinde tanımlanmıştır.

İletişimin kayda alınması işlemi, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine konu olabilecek araçlarla yapılan haberleşmenin, görevlendirilen memur tarafından teknik araçlar vasıtasıyla kaydedilmesidir.⁵⁷¹ Görevlendirilen memurun yapılan haberleşmeden duyduklarını teknik araçlar kullanmadan, el yazısıyla yazması ya da şeklini çizmesi iletişimin kayda alınması kapsamına girmemektedir.⁵⁷² İletişimin kaydedilmesinde amaç, konuşma içeriklerinin değişikliğe uğratılmadan gerçek anlamını muhafaza ederek delil olarak kullanılmasıdır.

İletişimin kaydedilmesi tedbirindeki konu, iletişimin dinlenmesinin aksine sadece şüphelinin ya da sanığın duyulabilir nitelikteki konuşmalarının değil, aynı zamanda okunabilen ya da görülebilen iletilerin de kayda alınmasıdır.⁵⁷³

c. Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri CMK'nın ilk halinde düzenlenmemiş, 25.05.2005 tarihli ve 5353 sayılı kanunun 17. maddesi ile yapılan değişiklikle düzenlenmiştir. Sinyal bilgisi, TİB Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik'in 3. maddesinin p bendinde; “Sinyal bilgisi: Bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veri” şeklinde tanımlanmıştır. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ise, Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi,

⁵⁶⁹ Kaydetmek Türkçe sözlükte, “elektronik veya sayısal araçlarla bilgiyi korumaya almak” anlamına gelmektedir.

<https://sozluk.gov.tr/> 01.03.2020 Erişim T.

⁵⁷⁰ ATAMAN, *Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*, s. 18; AĞKOÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Özel Hayata Saygı Hakkının Korunması Bağlamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 259; ARTUÇ, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, s. 473.

⁵⁷¹ YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 430.

⁵⁷² YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 430.

⁵⁷³ ATAMAN, *Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*, s. 21.

Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in ⁵⁷⁴ 4. maddesinin 1 bendinde şu şekilde ifade edilmişti; *"Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi: İletişimin içeriğine müdahale niteliğinde olmayıp yetkili makamdan alınan karar kapsamında sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemleri."*⁵⁷⁵

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemi gerçekleştirilirken yapılan iletişimin içeriğine müdahale edilmemekte, elde edilen veriler üzerinde analiz yapılmaktadır. ⁵⁷⁶ Fakat bu analiz işleminin belirsiz sayıdaki kişilere karşı uygulanması Yargıtayın bir kararında şu ifadelerle hukuka aykırı olarak değerlendirilmektedir; *"Belli bir zaman diliminde, belli bir yerde yapılan tüm görüşmelere ilişkin detayların (Tüm GSM şirketlerinden, belli zaman diliminde ve belli bir yerde yapılan bütün görüşmelere ilişkin arama - aranma saati ve sürelerine ilişkin bilgiler ile arayan - aranan abonelerin tümünün kimlik ve adres bilgileri...) temin edilip, görüşme yapanlar arasında örneğin, hırsızlık suçundan sabıkalı olan var mı, varsa bunların irtibatla bulundukları kişiler kimlerdir ve benzeri eleme yapma ve bu kişi ya da kişiler üzerinde araştırmayı yoğunlaştırma işlemi, iletişimin tespiti değil, tipik bir sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemidir. İletişimin (veya mobil telefonun yerinin) tespitinde, somut telefon numarası ya da numaraları söz konusu iken sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinde, somut bir telefon numarası yoktur. Belli bir yer ve zaman diliminde iletişimde bulunan bütün numaralar işlemin konusudur. Soruşturulan suç hırsızlık suçu olup, 5271 sayılı CMK'nın 135(6). maddesinde sayılan katalog suçlardan değildir, hakim kararıyla bile olsa sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine karar verilemez. "Baz sorgusu" tabiri hukuki bir tabir değildir. Bu sebeple somut olayda, yanlış nitelemeyle iletişimin tespiti ya da baz sorgusu(!) olarak isimlendirilen ve tipik bir sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemi olarak kabul edilmesi gereken işlemle ilgili olarak verilen ilk derece*

⁵⁷⁴ Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik Danıştay 10. Dairesinin 09.03.2017 T ve 2012/1001 E, 2017/1361 K sayılı ilamı ile iptal edilmiştir.

⁵⁷⁵ YENİSEY, NUHOĞLU, *"Bu tanım bir elektrik yükünden oluşan bir verinin iletişim sistemi üzerinde ilk kullanıcıdan son kullanıcıya kadar olan yolculuğu sırasında bırakmış olduğu izlerin tespit edilmesini ifade etmektedir."* Bkz. YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 431.

⁵⁷⁶ BİLGE, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 93; AĞKOÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Özel Hayata Saygı Hakkının Korunması Bağlamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 277.

mahkemesi kararı ve buna ilişkin itirazın reddi kararı, özgürlüklere ağır bir müdahale olmanın ötesinde, yasal koşulları bulunmadığından usul ve yasaya aykırıdır. Açıklanan gerekçelerle, Varto Sulh Ceza Mahkemesi'nin 20.10.2008 tarihli ve 2008/157 değişik iş sayılı kararına karşı vaki itirazın reddine dair Varto Asliye Ceza Mahkemesi'nin 05.11.2008 gün ve 2008/29 değişik iş sayılı kararının 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi uyarınca bozulmasına.”⁵⁷⁷

d. Avukatların İletişiminin Dinlenmesinin, Kayda Alınmasının ve Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesinin Şartları

Savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılması, hak arama özgürlüğünün güvencesi ve vazgeçilmez unsuru olan savunma mesleğinin, serbestçe her türlü baskıdan uzak, özgür bir biçimde yerine getirilmesine bağlıdır.⁵⁷⁸ Bu sebeple yargının kurucu unsuru ve özgür savunmanın temsilcisi olan avukatın, savunma hakkını etkin bir şekilde kullanabilmesi için, ceza muhakemesinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi koruma tedbirlerinin müdafii hakkında uygulanamayacağı istisnası getirilmiştir.⁵⁷⁹ İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinin müdafii hakkında uygulanamayacağı CMK'nın 136. maddesinde düzenlenmiştir. CMK'nın 136. maddesinde; “Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135. madde hükmü uygulanmaz.” ifadelerine yer verilmiştir. İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi yasağı şüpheli ya da sanığı korumaya yönelik olarak müdafii⁵⁸⁰ sıfatı bulunan avukata tanınmıştır.⁵⁸¹ CMK'nın 136. maddesinde sadece müdafii sıfatını taşıyan avukattan bahsedildiği için avukat stajyerleri ve yardımcıları ve özel hukuk anlamında avukatlık yapan vekil hakkında CMK m. 136 hükmü

⁵⁷⁷ Yargıtay 13. CD, 31.10.2012 T ve 2011/19838 E, 2012/22352 K.

⁵⁷⁸ DİVRAK, KILIÇ, “Savunma Hakkı”, s. 59; ZAFER, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, s. 518.

⁵⁷⁹ ÜNVER, HAKERİ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 451; ÖRS, “Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma”, s. 109; KOCAOĞLU, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, s. 45-48; HERDEM, *Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi*, s. 95.

⁵⁸⁰ “Müdafii: Şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukat.” (CMK m. 2/1-c).

⁵⁸¹ YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 435; ATAMAN, *Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*, s. 185.

olduğunu ifade etmişlerdir.⁵⁸⁶ Fakat CMK'nın 136. maddesinin düzenlemesi ile 135. maddesinin 3. fıkrasının düzenlemesi birbirinden farklıdır.⁵⁸⁷ CMK m. 135/3'te “Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.” ifadesi yer almakta iken, CMK m. 136'da “Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135. madde hükmü uygulanmaz.” ifadesi yer almaktadır. CMK'nın 136. maddesi daha kapsamlı bir düzenlemeye sahip olması sebebiyle, ⁵⁸⁸ yapılan eleştirilere katılmıyoruz. ⁵⁸⁹ Zaten sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri CMK'nın 135. maddesinin 3. fıkrası kapsamında sayılmamıştır.

İncelenmesi gereken diğer bir konu ise, 136. maddede; “müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları”ndan söz edilmiş ve maddede belirtilen yerler dışında iletişimin denetlenip denetlenemeyeceği konusunda bir açıklık getirilmemiştir. Doktrindeki genel görüş, CMK'nın 154. maddesindeki; “şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tâbi tutulamaz.” ifadesinden kaynaklanan savunma dokunulmazlığı dolayısıyla müdafinin şüpheli ya da sanıkla telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişiminin de denetlenemeyeceği yönündedir.⁵⁹⁰ Kanun koyucunun,

anlaşılan 1824 ve 1825 sayılı iletişim tespit tutanaklarının incelenmesinde; Avukat’un iki görüşmeyi de tanık ile yaptığı ancak bu esnada yan yana olmalarından dolayı avukat ile sanık arasındaki konuşmaların da kayda alındığı; bu kayıtların sanıkbakımından TCK’nın 314/2. ve 38/1. maddesi delaletiyle 270/1. maddeleri uyarınca kurulan mahkumiyet hükümlerine ve sanık bakımından TCK’nın 270/1 maddesi uyarınca kurulan mahkumiyet hükmüne delil kabul edildiği anlaşılmakla, CMK’nın 135/3. maddesine aykırı olarak sanığın, tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimlerin kayda alınması; bu kayıtların derhal imha edilmeyerek dosyada muhafaza edilmesi ve CMK’nın 135. maddesinde sayılmayan suç üstlenme suçu bakımından delil kabul edilmesi; CMK’nın 206/2-a, 230/1-b ve 217. maddelerine aykırı görülmüştür.” Yargıtay 16. CD, 21.04.2016 T ve 2015/4672 E, 2016/2330 K.

⁵⁸⁶ YOKUŞ-SEVÜK, “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişiminin Denetlenmesi”, s. 118; GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku* 2, s. 186; ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 589; ERDAĞ, “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, s. 41.

⁵⁸⁷ ÜNVER, HAKERİ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 452.

⁵⁸⁸ ÜNVER, HAKERİ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 450-452; YOKUŞ-SEVÜK, “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişiminin Denetlenmesi”, s. 118.

⁵⁸⁹ GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku* 2, s. 186.

⁵⁹⁰ “Müdafinin CMK 154’ten kaynaklanan savunma dokunulmazlığı bulunduğu için, Türk hukukunda müdafinin şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla iletişimin dinlenmesi, kayda alınması, tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi yasaklanmıştır.” YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi*

CMK 136. maddede belirtilen yerler dışında müdafinin iletişiminin denetlenip denetlenemeyeceği konusunu Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 136. maddesinde açıkça düzenlemesi gerekmektedir.

AIHM de, Kopp-İsviçre kararında; şüpheli ya da sanık konumunda olmayan avukatın, müvekkilinin ceza kovuşturması sebebiyle bürosundaki iletişimin denetlenmesini özel hayata ve haberleşme hakkına müdahale kapsamında değerlendirmiş ve AIHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵⁹¹

Avukatların işledikleri suçlardan dolayı iletişimlerinin dinlenmesini, kayda alınmasını ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesini kişisel suçlar ve görev suçları olmak üzere iki duruma ayırarak incelemek gerekmektedir.

Avukatların avukatlık meslekleri, baro organlarındaki görevleri veya Türkiye Barolar Birliği'ndeki görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma yapılması Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlıdır.⁵⁹² Avukatın görevi sebebiyle işlediği suçtan dolayı iletişimin tespiti ancak şartların olduğu durumda Adalet Bakanlığı'nın soruşturma izni vermesiyle gerçekleşecektir.

Avukatın görevi dışında kişisel olarak işlediği bir suçtan dolayı, hakkında soruşturma yapılması Av. Kanunu'na göre genel hükümlere tabidir. Avukatın işlediği kişisel suç sebebiyle iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi aşağıda açıklanacak şartların varlığı halinde her zaman uygulanabilecektir.⁵⁹³

Hukuku, s. 435; GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku* 2, s. 187; TİRTİR, *Telekomünikasyon Yolu İle İletişimin Denetlenmesi*, s. 106, 107; TURGUTALP, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi* (5271 Sy. CMK'nın 135. Maddesi), s. 67.

⁵⁹¹ BULDUK, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları İle Ceza Muhakemesi Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 68; YOKUŞ-SEVÜK, "Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", s. 119; TURGUTALP, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi* (5271 Sy. CMK'nın 135. Maddesi), s. 27; AIHM İngiltere-Golder kararında, avukatına mektup yazmak için izin isteyen başvurucuya izin verilmemesini haberleşme hakkına müdahale kapsamında değerlendirmiş ve AIHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir, YOKUŞ-SEVÜK, "Postada El Koyma Ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", s. 100.

⁵⁹² "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." (Av. K m. 58).

⁵⁹³ GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku* 2, s. 189.

i. Suç Sebebiyle Başlatılmış Olan Soruşturma veya Kovuşturma Bulunması

İletişimin denetlenmesi, delil elde etmek amacıyla uygulanan bir koruma tedbiri türüdür. Bu sebeple avukatın işlediği kişisel suç sebebiyle, iletişimin denetlenmesi kararının verilebilmesi için, bir suç sebebiyle başlatılmış olan soruşturma⁵⁹⁴ veya kovuşturma⁵⁹⁵ mevcut olmalıdır.⁵⁹⁶ Adli soruşturma veya kovuşturma olmadan idari inceleme ve soruşturma için, iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulamanın yasal dayanağı yoktur.⁵⁹⁷ Yani şüpheli ya da sanık sıfatı bulunmayan avukat hakkında üçüncü kişi sıfatıyla iletişimin dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi koruma tedbirlerine başvurulamaz. Ceza soruşturması başlatılmadan iletişimin denetlenmesine olanak yoktur.⁵⁹⁸ Ceza muhakemesinde kovuşturma aşamasında, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi koruma tedbirlerine başvurulması teorik olarak mümkün olsa da kovuşturma aşamasının aleni olması sebebiyle pratikte pek mümkün görünmemektedir.⁵⁹⁹

Ceza muhakemesi dışındaki hukukun diğer dallarında delil elde etmek amacıyla iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verilemez. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin de gizlice ses ve görüntü kaydetmenin kişilik haklarına saldırı olduğuna ve delil olarak kullanılamayacağına ilişkin verdiği bir kararında şu ifadeler yer almıştır; “*Davalıların gizlice ses ve görüntü kaydetme biçiminde gerçekleşen bu eylemi, davacının şeref ve haysiyetine tecavüz etme amacı güdülmemiş olsa bile, kişilik haklarına saldırı oluşturur.*”⁶⁰⁰

⁵⁹⁴ “Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden itibaren kabulüne kadar geçen evreyi ifade eder.” (CMK m. 2/1-e).

⁵⁹⁵ “İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade eder.” (CMK m. 2/1-f).

⁵⁹⁶ YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 425.

⁵⁹⁷ TIRTIR, *Telekomünikasyon Yolu İle İletişimin Denetlenmesi*, s. 37; YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 425.

⁵⁹⁸ “Sanıklar,, ve bir kısım sanıklarda olduğu gibi haklarında iletişimin tespiti kararı verilen şüphelilerle görüşmeleri tespit edilen ve o aşamada haklarında soruşturma ve kovuşturma bulunmayan bu sanıklar hakkında CMK'nın 138/1 maddesi uyarınca Cumhuriyet savcısına derhal bildirimde bulunularak iletişim tespiti kararı alınması gerekirken usulüne uygun karar alınmadan yapılan görüşmelere ilişkin tutanakların imha edilmeyip dosyada kanıt olarak bulundurulması; CMK'nın 206/2-a, 230/1-b ve 217. maddelerine aykırı görülmüştür.” Yargıtay 16. CD, 21.04.2016 T ve 2015/4672 E, 2016/2330 K.

⁵⁹⁹ ŞAHİN, *Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku 1*, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yay., 2014, s. 358; TIRTIR, *Telekomünikasyon Yolu İle İletişimin Denetlenmesi*, s. 56.

⁶⁰⁰ Yargıtay 4. HD, 26.10.2007 T ve 2006/13723 E, 2007/13089 K.

ii. **Somut Delillere Dayanan Kuvvetli Şüphe Sebeplerinin Varlığı**

Ceza muhakemesinde basit, makul, yeterli ve kuvvetli şüphe olmak üzere dört tür şüphe mevcuttur. Basit şüphe; somut olaylara dayanan ve soruşturmaya başlamak için yeterli kabul edilen en hafif şüphe derecesi olan başlangıç şüphesidir.⁶⁰¹ Basit şüphe Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160. maddesinde; “*Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar.*” şeklinde ifade edilmiştir. Somut hiç bir olaya dayanmayan, sadece tahmine dayanan durumlarda basit şüphenin dahi oluşmadığı, bu sebeple soruşturmaya başlanamayacağı kabul edilmiştir.⁶⁰²

Yeterli şüphe; basit şüphe üzerine başlayan soruşturmada elde edilen delillerle kişiyi mahkum etme ihtimalinin beraat etme ihtimalinden daha yüksek olduğu ve kamu davasının da açılmasını gerektiren şüphe derecesidir.⁶⁰³ Yeterli şüphe Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir; “*Kamu davasını açma görevi, Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilir. Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler.*”

Kuvvetli şüphe; yapılan soruşturmada elde edilen delillere göre kişinin mahkum olma ihtimalinin kuvvetle muhtemel olduğu şüphenin en yüksek dereceli halidir.⁶⁰⁴ Kişi hak ve hürriyetlerine büyük oranda zarar vereceği düşünülen koruma tedbirlerine başvurulurken ön şart olarak kuvvetli şüphe aranır.⁶⁰⁵

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda avukatın işlediği kişisel suç sebebiyle iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinin uygulanabilmesi için, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı aranır.⁶⁰⁶ Burada “şüphe” ile “belirti” yani şüphe sebebinin ayrımı yapılmalıdır.⁶⁰⁷ Tutuklama koruma tedbirinde olduğu gibi kuvvetli suç şüphesi aranmaz. Kuvvetli suç şüphesi aranmış olsaydı iletişimin denetlenmesi tedbirinin son çare ilkesi olması gereğince, iletişimin denetlenmesi tedbirine değil

⁶⁰¹ BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 44; ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 80.

⁶⁰² BAKİ, *Adli Arama*, s. 43.

⁶⁰³ ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 81.

⁶⁰⁴ ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 81.

⁶⁰⁵ CMK m. 100, m. 133, m. 139.

⁶⁰⁶ ARTUÇ, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, s. 476.

⁶⁰⁷ YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 426.

tutuklama tedbirine karar verilirdi.⁶⁰⁸ İletişimin denetlenmesi kararının verilebilmesi için, başlangıç şüphesinden yoğun bir şüphenin varlığı yeterli olmasına rağmen, şüphe sebeplerinin kuvvetli olması gerekir.⁶⁰⁹ Kuvvetli şüphe sebeplerinin somut delillere dayanması şarttır. Tahmine dayalı ve elde somut veriler bulunmadan iletişimin denetlenmesi kararının verilemeyeceğine ilişkin Yargıtayın verdiği bir kararda şu ifadeler yer almıştır; “Şüpheli ya da sanık sıfatıyla tespit edildiği anlaşılamadığı gibi CMK’da yer alan tanıklığa ilişkin kurallara da uygun şekilde alındığı ve yasak sorgu usullerine göre tespit edilip edilemediği anlaşılamayan’in mülakat beyanları doğrultusunda Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğü’nün 23.10.2007 tarihli raporu üzerine Ağır Ceza Mahkemesi’nin Teknik Takip nolu kararı ile şüpheliler..... ile birlikte 21 sanık hakkında (.....’in mülakat beyanlarının doğruluğuna ilişkin bir inceleme ve araştırma yapılmadan) soyut kuvvetli suç şüphesinin varlığına dayanılarak iletişimin tespiti kararı verilmesi yasaya uygun bulunmamıştır. CMK’nın 206/2-a, 230/1-b ve 217. maddelerine aykırı görülmüştür.”⁶¹⁰

iii. Başka Suretle Delil Elde Etme İmkânının Bulunmaması

İletişimin denetlenmesi tedbiri son çare (ultima ratio) olarak uygulanması gereken bir koruma tedbiridir. İletişimin denetlenmesi tedbiri dışında başka bir koruma tedbiri ile şüphelinin ya da sanığın yakalanması veya suç delillerinin elde edilmesi mümkün ise, iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanamaz.⁶¹¹ Bu durum CMK’nın 135. maddesinin 1. fıkrasında da; “başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması” şeklinde düzenlenmiştir. Başka suretle delil elde etme imkânının bulunmaması Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’in 4.

⁶⁰⁸ ARTUÇ, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, s. 476; YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 426; GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku 2*, s. 176.

⁶⁰⁹ TIRTIR, *Telekomünikasyon Yolu İle İletişimin Denetlenmesi*, s. 60; YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 426; GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku 2*, s. 176.

⁶¹⁰ Yargıtay 16. CD, 21.04.2016 T ve 2015/4672 E, 2016/2330 K.

⁶¹¹ YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 426; TIRTIR, *Telekomünikasyon Yolu İle İletişimin Denetlenmesi*, s. 67.

maddesinin 1. fıkrasında şu ifadelerle düzenlenmişti;⁶¹² “Başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması hali, soruşturma veya kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı veya başka yöntemlerden biri veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi ve delillere ancak bu Yönetmelikte düzenlenen tedbirlerle ulaşılabilecek olması.”

İletişimin denetlenmesi tedbiri diğer koruma tedbirlerine göre ikincil niteliktedir.⁶¹³ Yani diğer koruma tedbirlerine başvurulabilme imkanı varken iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulamaz. CMK’nın 139. maddesinde⁶¹⁴ düzenlenen gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve 140. maddesinde⁶¹⁵ düzenlenen teknik araçlarla izleme koruma tedbirlerinin iletişimin denetlenmesi tedbiriyle arasındaki öncelik-sonralık ilişkisine dair Yargıtay tarafından verilen karar şu şekildedir; “Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenen özel koruma tedbirlerinden iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması başlıklı 135. maddenin 1. fıkrasında “başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması...” ibaresinin gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin 139. ve teknik araçlarla izlemeye ait 140. maddelerde bulunmaması ve anılan maddelerde “başka suretle delil elde edilememesi halindeki düzenlemeler ile soruşturma ve kovuşturma evreleri ve kapsadıkları suçlar yönünden aralarında öncelik-sonralık ilişkisi olduğu, bu bağlamda öncelikle 135. maddenin diğer iki koruma tedbirine nazaran öncelik aldığı, sonuç alınamaması halinde 140. ve ancak örgütün mevcudiyeti halinde ise 139. maddeye başvurulabileceği gözetildiğinde, her üç koruma tedbirine aynı anda ve birlikte karar verilemeyeceği gözetildiğinde;”⁶¹⁶ Fakat bu karara rağmen 2018 Tarihli 7078 sayılı Kanunla CMK’nın 140. maddesinin 3. fıkrasına; “teknik araçlarla

⁶¹² Danıştay 10. Dairesinin 09.03.2017 T ve 2012/1001 E, 2017/1361 K sayılı ilamı ile Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’in iptaline karar verilmiştir.

⁶¹³ BİLGE, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 117; ARTUÇ, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, s. 476; YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 426; GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku* 2, s. 176.

⁶¹⁴ “Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi hâlinde, kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir. Bu madde uyarınca yapılacak görevlendirmeye hâkim tarafından karar verilir.” (CMK m. 139/1).

⁶¹⁵ “Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir.” (CMK m. 140/1).

⁶¹⁶ Yargıtay 18. CD, 09.07.2015 T ve 2015/29744 E, 2015/4468 K.

izleme tedbiri ile birlikte gizli soruşturmacı görevlendirilmesi halinde bu fıkra da belirtilen süreler bir kat artırılarak uygulanır.” hükmü eklenerek iki tedbirin birlikte uygulamasının yolu açılmış oldu.⁶¹⁷

iv. Tedbirin Uygulanabileceği Katalog Suçlar

CMK’nın 135. maddesinin 8. fıkrasında avukatın işlediği kişisel suç sebebiyle iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinin uygulanabileceği suç tipleri düzenlenmiştir; “*Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir: a) Türk Ceza Kanununda yer alan; 1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80) ile organ veya doku ticareti (madde 91), 2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83), 3. İşkence (madde 94, 95), 4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102), 5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103), 6. Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (madde 148, 149) ile nitelikli dolandırıcılık (madde 158), 7. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), 8. Parada sahtecilik (madde 197), 9. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220, fıkra üç), 10. Fuhuş (madde 227), 11. İhaleye fesat karıştırma (madde 235), 12. Tefecilik (madde 241), 13. Rüşvet (madde 252), 14. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282), 15. Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (madde 302) , 16. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316), 17. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları. b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları. c) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu, d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar. e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.”*

CMK m. 135/8’de sayılan suçlar dışında, 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun’un 23. maddesine eklenen 6. fıkra gereği, esrar elde etmek amacıyla kenevir ekmek suçu bakımından da iletişimin tespitine, dilenmesine

⁶¹⁷ YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 427.

ve kayda alınmasına ilişkin hükümlerin uygulanabileceği düzenlenmiştir.⁶¹⁸ Ayrıca 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunlarının Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 5/1-a, b, c ve ç bentlerinde düzenlenen suçlar ile TCK'nın 228. maddesinin 3 ve 4. fıkralarında düzenlenen suçlar bakımından da iletişimin denetlenmesine ilişkin hükümler uygulanabilecektir.

Bu kanunlarda sayılan suçların kapsamı dışında kalan suçlarda, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi koruma tedbirlerinin uygulanması ve bu suçların kıyas yoluyla genişletilmesi hukuka aykırıdır.⁶¹⁹

v. Yetkili Merci Kararı

CMK'nın 135. maddesinin 1. fıkrasına göre; avukatın işlediği kişisel suç sebebiyle iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerine karar verecek makamlar soruşturma ve kovuşturma evresine göre farklılık arz etmektedir. İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerine, soruşturma aşamasında kural olarak hakim, gecikmesinde sakınca bulunan istisnai hallerde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında ise; kovuşturma yapmaya yetkili ve görevli mahkeme karar

⁶¹⁸ 25.08.2017 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 694 sayılı KHK'nın 10. maddesi ile 2313 sayılı Kanun'un 23. maddesine 6. fıkra eklenmiştir.

⁶¹⁹ YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 438; "Belli bir zaman diliminde, belli bir yerde yapılan tüm görüşmelere ilişkin detayların (Tüm GSM şirketlerinden, belli zaman diliminde ve belli bir yerde yapılan bütün görüşmelere ilişkin arama - aranma saati ve sürelerine ilişkin bilgiler ile arayan - aranan abonelerin tümünün kimlik ve adres bilgileri...) temin edilip, görüşme yapanlar arasında örneğin, hırsızlık suçundan sabıkalı olan var mı, varsa bunların irtibatla bulundukları kişiler kimlerdir ve benzeri eleme yapma ve bu kişi ya da kişiler üzerinde araştırmayı yoğunlaştırma işlemi, iletişimin tespiti değil, tipik bir sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemidir. İletişimin (veya mobil telefonun yerinin) tespitinde, somut telefon numarası ya da numaraları söz konusu iken sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinde, somut bir telefon numarası yoktur. Belli bir yer ve zaman diliminde iletişimde bulunan bütün numaralar işlemin konusudur. Soruşturulan suç hırsızlık suçu olup, 5271 sayılı CMK'nın 135(6). maddesinde sayılan katalog suçlardan değildir, hakim kararıyla bile olsa sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine karar verilemez. "Baz sorgusu" tabiri hukuki bir tabir değildir. Bu sebeple somut olayda, yanlış niteliklemeyle iletişimin tespiti ya da baz sorgusu(!) olarak isimlendirilen ve tipik bir sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemi olarak kabul edilmesi gereken işlemle ilgili olarak verilen ilk derece mahkemesi kararı ve buna ilişkin itirazın reddi kararı, özgürlüklere ağır bir müdahale olmanın ötesinde, yasal koşulları bulunmadığından usul ve yasaya aykırıdır. Açıklanan gerekçelerle, Varto Sulh Ceza Mahkemesi'nin 20.10.2008 tarihli ve 2008/157 değişik iş sayılı kararına karşı vaki itirazın reddine dair Varto Asliye Ceza Mahkemesi'nin 05.11.2008 gün ve 2008/29 değişik iş sayılı kararının 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi uyarınca bozulmasına." Yargıtay 13. CD, 31.10.2012 T ve 2011/19838 E, 2012/22352 K.

verecektir.⁶²⁰ Cumhuriyet savcısının karar verdiği istisnai hallerde, kararın yirmi dört saat içerisinde hakimın onayına sunulması gerekir. Hakim de kararını en geç yirmi dört saat içerisinde verir. Sürenin dolması veya hakimın aksine karar vermesi durumunda ise, tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır (CMK m. 135/1). Bu durumda yapılan kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilir ve yapılan işlem tutanakla tespit edilir (CMK m. 137/3). Aynı durum şüpheli hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın verilmesi halinde de geçerlidir. Yetkili merci kararı olmadan iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi özel hayatın gizliliğine ve haberleşme hürriyetine müdahale niteliği taşıdığı için hukuka aykırıdır.⁶²¹

24.11.2016 tarihli ve 29898 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 675 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 3. maddesi gereği; "26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı TCK'nın İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 12.04.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü halin devamı süresinde; 5271 sayılı Kanunun 135 inci, 139 uncu ve 140 ıncı maddeleri uyarınca yapılacak olan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirlerine hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısı, kararını beş gün içinde görevli hâkimin onayına sunar. Hâkim, kararını beş gün içinde açıklar; aksi halde tedbirler kendiliğinden kalkar."

Avukatın işlediği kişisel suç sebebiyle iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerine ilişkin verilen tedbir kararında bulunması gerekenler, CMK'nın 135. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiştir. CMK m. 135/4'e göre; tedbir kararında; yüklenen suçun türünün, tedbir uygulanacak kişinin kimlik bilgilerinin, denetlenecek olan iletişim aracının türünün, telefon numarasının veya iletişim bağlantısını tespit edebilecek kodun, tedbirin türünün,

⁶²⁰ GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku* 2, s. 181.

⁶²¹ "...sanığın katılan ile yaptığı konuşmanın katılan tarafından gizli olarak kasete kaydedildiğinden hukuka aykırı delil niteliğinde olduğu ve hükme esas alınamayacağı şeklindeki mahkeme gerekçesi yerinde görülmekle hükmün istem gibi onanmasına..." Yargıtay 8. CD, 9.11.2009 T ve 2009/9930 E, 2009/13934 K.

kapsamının ve süresinin bulunması gerekir. Aksi takdirde verilen karar hukuka aykırı olacaktır. Yargıtay bu yöndeki bir kararında şu ifadelerle yer vermiştir; “*Emniyet müdürlüğü talep yazısında, hakkında iletişimin denetlenmesi kararı verilmesi istenilen cep telefonu numarasının, aynı adliyede birinci sınıf hâkim olarak görev yapan sanık ...’in kullanımında olup, açık kimlik bilgileri ve adresi bilinmeyen yabancı uyruklu ...adına kayıtlı bulunduğu açıkça bildirilmesine rağmen, Cumhuriyet savcılığınca sulh ceza mahkemesinden talepte bulunulurken telefon numarası ve kayıtlı olduğu kişilere ilişkin kimlik bilgileri doğru yazılmasına rağmen kullanıcı olarak diğer sanık ...’in gösterildiği, sulh ceza mahkemesince de tedbir uygulanacak kişi olarak kararda ...’in isminin yazıldığı anlaşılmaktadır. Sulh ceza mahkemesi tarafından verilen ... tarih ve 989 değişik iş sayılı iletişimin tespitine ilişkin bu karar, CMK’nun 135/3. maddesine aykırı olup, hukuka aykırı bu kararla elde edilen delillerin mahkûmiyet hükmüne esas alınması mümkün değildir. Bu itibarla hukuka aykırı yolla elde edilen bu deliller değerlendirme dışı bırakıldıktan sonra sanık ile ilgili bir karar verilmesi gerekmektedir.*”⁶²²

Avukatın işlediği kişisel suç sebebiyle, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerine ilişkin verilen karar en çok iki ay için verilebilir ve verilen kararın süresi en çok bir ay daha uzatılabilir (CMK m. 135/4). Fakat örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda hakimın gerekli görmesi halinde verilen sürele ek olarak her defasında bir aydan fazla olmamak üzere toplamda da üç ayı geçmemek üzere tedbirin uzatılmasına karar verilebilir (CMK m. 135/4). Alınacak uzatma kararlarının hakim tarafından verilmesi gerekir çünkü savcı sadece gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda karar verme yetkisine sahiptir. İki aydır devam eden iletişimin denetlenmesi tedbirinin uzatılmasında gecikmede sakınca bulunamayacağı için uzatma kararları hakim tarafından verilir.⁶²³

Avukatın işlediği kişisel suç sebebiyle, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinin tespitine ilişkin tutanakların dosyada bulundurulması gerekir.⁶²⁴ Bu tutanakların sadece fotokopilerinin dosyada bulunması yeterli değildir. Yargıtay da dosyada tutanak bulunmamasının ya da onaysız fotokopilere dayanılarak hüküm kurulmasının hukuken olanaklı olmadığını

⁶²² YCGK, 23.02.2016 T ve 2014/98 E, 2016/83 K.

⁶²³ GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku* 2, s. 177; YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 446.

⁶²⁴ YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 445.

belirttiği bir kararında şu ifadelere yer vermiştir; “Dosyada altı klasör halinde bulunan iletişimin tespiti dair tutanakların dayanağını oluşturan, iletişimin tespitinin kim hakkında, hangi iletişim araçları bakımından ve ne süreyle gerçekleştirildiğini gösteren, dolayısıyla telefon görüşmelerine ilişkin kanıtın hukuka uygun biçimde elde edilip edilmediğinin ve kimler hakkında hangi suçla sınırlı olarak kanıt sayılacağına denetlenmesini sağlayacak olan Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının istem yazıları dosyada bulunmadığı gibi Ankara 1 Nolu Devlet Güvenlik Mahkemesi Yedek Hakimliğinin... kararları olmak üzere toplam 19 adet iletişimin tespiti dair kararın asılları dosyada bulunmamakta, buna karşılık dosyaya konulan fotokopilerinin de onaysız olduğu görülmektedir. Fotokopi belgeler açıklanan kurallar çerçevesinde usulince onaylatılarak güvenilirliği sağlanmadan ve iletişimin tespiti ilişkin Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi C.Başsavcılığının istem yazıları ile bu yazılara dayanılarak verilen iletişimin dinlenmesi kararlarının asılları ya da yöntemince onaylanmış fotokopi yada suretleri getirilmeden bunlara dayanılarak derlenen dinleme kayıtlarının değerlendirilmesi bu kayıtlara kanıt değeri yüklenerek sübuta yada ademi sübuta dayanak tutulması aynı şekilde sair onaysız fotokopi belgelerin kanıt sayılıp sayılmayacağına değerlendirme konusu yapılması hukuken olanaklı değildir.”⁶²⁵

3. Avukatların Mobil Telefon Yerinin Tespiti ve Şartları

Mobil telefonun yerinin tespiti CMK’nın 135. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. 135. maddede düzenlenen bu koruma tedbirinde amaç delil elde etmek değil, şüphelinin veya sanığın yakalanmasıdır.⁶²⁶

Avukatların işledikleri suçlardan dolayı mobil telefonun yerinin tespitini, kişisel suçlar ve görev suçları olmak üzere iki duruma ayırarak incelemek gerekmektedir.

Avukatların avukatlık meslekleri, baro organlarındaki görevleri veya Türkiye Barolar Birliği’ndeki görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı haklarında

⁶²⁵ Yargıtay CGK, 14.10.2008 T ve 2008/8-49 E, 2008/219 K; “Yerel mahkeme tarafından hükme esas alındığı belirtilen iletişimin tespiti tutanaklarının dosya içerisinde bulunmadığı görülmektedir. Hükme esas alındığı belirtilen iletişimin tespiti tutanaklarının, belgelendirmenin sağlanması ve denetime olanak tanınması açısından aslı veya onaylı suretleri getirilmeden temyiz incelemesinin yapılması hukuken olanaklı değildir.” Yargıtay CGK, 12.04.2011 T ve 2010/8-238 E, 2011/51.

⁶²⁶ ARTUÇ, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 483.

soruşturma yapılması Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlıdır.⁶²⁷ Avukatın görevi sebebiyle işlediği suçtan dolayı iletişimin tespiti ancak şartların olduğu durumda Adalet Bakanlığı'nın soruşturma izni vermesiyle gerçekleşecektir.

Avukatın görevi dışında kişisel olarak işlediği bir suçtan dolayı hakkında soruşturma yapılması Avukatlık Kanunu'na göre genel hükümlere tabidir. Avukatın işlediği kişisel suç sebebiyle, mobil telefonun yerinin tespiti, herhangi bir özellik arz etmemektedir.⁶²⁸ Aşağıda mobil telefonun yerinin tespitiyle ilgili yapılacak olan genel açıklamalar burada da geçerlidir.

Kişisel olarak işlediği bir suçtan dolayı şüpheli ya da sanık konumunda olan avukatın, yakalanması amacıyla verilen mobil telefonun tespiti tedbirinin uygulanmasına karar verecek yetkili merci soruşturma ve kovuşturma evresine göre farklılık arz etmektedir. Mobil telefonun tespiti tedbirlerine, soruşturma aşamasında kural olarak hakim, gecikmesinde sakınca bulunan istisnai hallerde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında ise; kovuşturma yapmaya yetkili ve görevli mahkeme karar verecektir.^{629 630} Mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin verilen tedbir kararında bulunması gerekenler, CMK'nın 135. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. CMK m.135/5'e göre tedbir kararında; mobil telefonun numarasının ve tespit işleminin süresinin bulunması gerekir.

CMK'nın 135. maddesinin 8. fıkrasında; *"Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:..."* hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre CMK m. 135/5'te düzenlenmiş olan mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin uygulanabilmesi için katalog suçların varlığı şartı aranmamıştır. Yani mobil

⁶²⁷ "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." (Av. K m. 58).

⁶²⁸ GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku* 2, s. 189.

⁶²⁹ GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku* 2, s. 181; YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 432.

⁶³⁰ 24.11.2016 tarih ve 29898 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6755 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 3. maddesi gereği; "26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı TCK'nın İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 12.04.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü halin devamı süresinde; 5271 sayılı Kanunun 135 inci, 139 uncu ve 140 ıncı maddeleri uyarınca yapılacak olan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirlerine hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısı, kararını beş gün içinde görevli hâkimin onayına sunar. Hâkim, kararını beş gün içinde açıklar; aksi halde tedbirler kendiliğinden kalkar."

telefonun yerinin tespiti tedbiri sadece 135. maddenin 8. fıkrasında sayılan katalog suçlar bakımından değil, tüm suçlar bakımından uygulama alanı bulan bir koruma tedbiridir.

CMK m. 135/5'e göre; tespit kararı en çok iki ay için verilebilir ve bir ay daha uzatılabilir.

Müdafi bakımından incelendiğinde ise, 136. maddede; “*Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135. madde hükmü uygulanmaz.*” şeklindeki ifadede sadece müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçlarından bahsedilmiş fakat, müdafinin mobil telefonları bakımından sınırlayıcı bir düzenleme yapılmamıştır.⁶³¹ Doktrinde; Yenisey, Nuhoğlu, Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır gibi bir çok yazar, günümüzde en çok kullanılan iletişim aracı olan mobil telefonda Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 136. maddesinde bahsedilmemesinin önemli bir eksiklik ve kanun yapma yapma hatası olduğunu ifade etmektedir.⁶³² Bu kanun yapma hatasının kanun koyucu tarafından giderilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, CMK m. 136 ile ulaşılmak istenen amaca ulaşılamayacak ve avukatın müvekkiline ait olan özel ve mahrem sırları, belgeleri veya resimleri üçüncü kişilerin eline geçecek ve sır saklama yükümlülüğünün ihlalini doğurup, avukatı mesleğini güven içinde yapamaz hale getirecektir.⁶³³

IV. AVUKATLARIN SUÇ SEBEBİYLE YARGILANMASI USULÜ

Adaletin gerçekleşmesi, hukuk devletinin en temel unsuru olan adil yargılanmaya, yani yargılamanın vazgeçilmez unsuru olan savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına bağlıdır.⁶³⁴ Çünkü savunma hakkı, ceza muhakemesinin amacına ulaşılabilmesi ve adil bir yargılanmanın gerçekleşebilmesi için şüpheliye ve

⁶³¹ GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku 2*, s. 187; ATAMAN, *Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*, s. 185; HERDEM, *Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi*, s. 96; YOKUŞ-SEVÜK, “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, s. 90; ERDAĞ, “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin mağdur tarafından Kaydedilmesi”, s. 41.

⁶³² ÜNVER, HAKERİ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 452; YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 435; GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku 2*, s. 187; BİLGE, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, s. 159; YOKUŞ-SEVÜK, “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, s. 90.

⁶³³ ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 167.

⁶³⁴ ARTUKOĞLU, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, s. 4; DIVRAK, KILIÇ, “Savunma Hakkı”, s. 51; ZAFER, *Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan*, s. 516.

sanığa tanınan en temel haklardandır.⁶³⁵ Savunma hakkının ve hak arama özgürlüğünün güvencesi ve vazgeçilmez unsuru ise, savunma mesleğinin serbestçe, her türlü baskıdan uzak, özgür bir biçimde yerine getirilmesine bağlıdır.⁶³⁶ Bu sebeple, yargının kurucu unsuru ve özgür savunmanın temsilcisi olan avukatın, savunma hakkını etkin bir şekilde kullanabilmesi için ceza muhakemesinde ona bir takım ayrıcalıklar tanınmıştır.⁶³⁷ Bu ayrıcalıklardan bir tanesi de avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlar yönünden özel bir yargılama rejimine tabi olmalarıdır. Bu özel yargılama rejimi 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58 ve 61. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

A. Avukatların Görevlerinden Doğan veya Görev Sırasında İşledikleri Suçlar Yönünden Yargılanmaları

Ceza muhakemesi; basit şüphe⁶³⁸ oluşturacak biçimdeki suç işlendiği haberinin alınmasıyla başlayıp,⁶³⁹ kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi⁶⁴⁰ veya iddianamenin kabulüyle⁶⁴¹ sona eren soruşturma evresi ve iddianamenin kabulüyle başlayıp hükmün kesinleşmesiyle⁶⁴² sona eren kovuşturma evresinden meydana gelmektedir.

⁶³⁵ İslam'da İnsan Hak ve Hürriyetleri Beyannamesi m. 4; “Her fert, şeriat önünde hak arama hürriyetine sahiptir ve sadece İslâm hukuku hükümlerine göre yargılanmayı talep etme hakkına haizdir. Her fert, maruz kalacağı zulme karşı kendini müdafaa etme hakkına sahiptir. İmkânları ölçüsünde, başkasının maruz kaldığı zulmü de def etmek, her ferdin vecibesidir. Fertler, haklarını koruyup adaletle muamele edecek ve maruz kalacakları zarar ve zulmü def edecek bir yüksek otoriteye (idare, yasama veya yargı mercileri gibi) müracaat etme hakkına da sahiptir. Müslüman devlet reisinin, böyle bir yüksek otoriteyi tesis etmesi ve bu organın bağımsızlığını ve tarafsızlığını temin edecek bütün tedbirleri alması en önemli vazifesidir. Her ferdin, sırf Allah rızası için ve talebe ihtiyaç duymadan (hısbeten lillah), diğer fertlerin ve cemaatin yani kamunun haklarını müdafaa etmesi, hem hakkı ve hem de gerevidir. Hiçbir gerekçe ile bir ferdin nefsinin müdafaa etmesine yani savunma hakkına karşı çıkılamaz ve engellenemez.”

<http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/belgeler/343.pdf> , 12.03.2020 Erişim T.

⁶³⁶ DIVRAK, KILIÇ, “Savunma Hakkı”, s. 59; ZAFER, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s. 518.

⁶³⁷ ÖRS, “Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma”, s. 109; KOCAOĞLU, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi...”, s. 45-48; HERDEM, *Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi*, s. 95.

⁶³⁸ Basit şüphe; somut olaylara dayanan ve soruşturmaya başlamak için yeterli kabul edilen en hafif şüphe derecesi olan başlangıç şüphesidir. BİLEN, *Adli Arama ve Önleme Araması*, s. 44; ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 80.

⁶³⁹ CMK m. 160; “Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar.”

⁶⁴⁰ CMK m. 172/1; “Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verir.”

⁶⁴¹ CMK m. 175/1; “İddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar.”

⁶⁴² CMK m. 223/1; “Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine

Cumhuriyet savcısı tarafından basit şüphe üzerine başlayan soruşturma sonunda yeterli şüpheyne⁶⁴³ ulaşacak derecede delillerin elde edilmesi ile birlikte fiil ve fail de belirli ise iddianame düzenlenir (CMK m. 170).

Fakat ceza muhakemesinde, muhakeme işlemlerinin yapılabilmesi için bazı şartlar aranmıştır. Bu şartlar; şikayet,⁶⁴⁴ izin, talep,⁶⁴⁵ dava süresi,⁶⁴⁶ yargı bulunmaması,⁶⁴⁷ derdestlik,⁶⁴⁸ ön ödemenin⁶⁴⁹ yerine getirilmemesi ve uzlaşmanın

hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükümdür.”

⁶⁴³ “Yeterli şüphe; basit şüphe üzerine başlayan soruşturmada elde edilen delillerle kişiyi mahkum etme ihtimalinin beraat etme ihtimalinden daha yüksek olduğu ve kamu davasında açılmasının gerektirdiği şüphe derecesidir.”, ERDAGÖZ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 81.

⁶⁴⁴ “Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan bir suç hakkında, şikayete yetkili kimsenin süresi içinde (altı ay, TCK m. 73) yetkili makamlardan (m. 158) soruşturma ve kovuşturma yapılmasını istemesine şikayet denir.”, GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku 1*, s. 59; “yürütülen soruşturmaya konu eylemin takibi şikâyetle bağlı olmayan bir suçu oluşturduğu düşüncesiyle hareket eden Cumhuriyet savcısının dava açması üzerine kovuşturma evresine geçildikten sonra eylemin gerçekte takibi şikâyetle tâbi olan başka bir suçu oluşturduğunun anlaşılması halinde mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde yargılamaya devam edilecektir. Soruşturma aşamasından itibaren takibi şikâyetle bağlı bir suçu oluşturduğu açıkça anlaşılan eylemler bakımından hak sahibi tarafından süresinde yapılmış bir şikâyet bulunmadığı halde bu husus dikkate alınmaksızın kamu davası açılarak kovuşturma evresine geçilmiş olması, şikâyetin süresinde yapılmadığı gerçeğini değiştirmeyecektir. Zira burada eylemin takibi şikâyetle bağlı bir suç oluşturduğunun kovuşturma aşamasında anlaşılmasından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Sözgelimi, mağdurun ayakkabısının çalındığı düşüncesiyle yürütülen soruşturma sonucunda hırsızlık suçundan açılan kamu davasında kovuşturma aşamasına geçildikten sonra eylemin gerçekte TCK'nun 155/1. maddesi kapsamında takibi şikâyetle bağlı "güveni kötüye kullanma" suçunu oluşturduğunun tespiti halinde mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde yargılamaya devam edilecektir. Buna karşın eylemin soruşturma aşamasında da takibi şikâyetle bağlı güveni kötüye kullanma suçu olarak kabul edilip, süresinde şikâyet de bulunmamasına rağmen TCK'nun 155/1. maddesi sevkiyle kamu davası açılmış olsa bile yargılamaya devamla sanığın cezalandırılmasına karar verilmesi mümkün olmayacak, hak sahibi tarafından süresinde yapılmış bir şikâyetin bulunmaması nedeniyle kamu davası düşme kararı ile sonuçlandırılacaktır.” YCGK, 27.05.2014 T ve 2012/1529 E, 2014/283 K.

⁶⁴⁵ Talep; muhakemesi isteme bağlı suçlarda, süre sınırı olmaksızın isteme yetkili makamın savcıdan dava açılmasının istenmesidir. Bkz. GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku 1*, s. 68; “Bu Kanunda belirtilen suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması, Kurum veya Fon tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir.” (Bankacılık Kanunu m. 162).

⁶⁴⁶ Ceza muhakemesi hukukunda dava açmak için, kural olarak bir süre sınırı getirilmemiştir. İstisna olarak bazı kanunlarda kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin daha etkin bir şekilde koruması amacıyla davanın açılması belirli sürelerle sınırlandırılmıştır. Bkz. GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku 1*, s. 65; “Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu kanunda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının günlük süreli yayınlar yönünden 4 ay, diğer basılmış eserler bakımından 6 ay içinde açılması zorunludur.” (Basın Kanunu m. 26/1); “Bu madde kapsamına giren suçlardan ve ... dolaylı yayıldığı tarihten başlayarak altmış gün içinde açılmayan davalar dinlenmez.” (Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu m. 28).

⁶⁴⁷ Bir kişi hakkında fiilinden dolayı yargılama yapılmış, yargılama sonunda verilen hüküm de kesinleşmiş ise, artık aynı fiil ve fail hakkında tekrar ceza davası açılamaz. GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku 1*, s. 70; YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 587.

⁶⁴⁸ “Ceza yargılaması yapılabilmesi için bir takım "olmazsa olmaz" (sine qua non) şartlar aranır. Muhakeme yapılmasına engel olan bu şartlardan birisi "Non bis in idem" olarak ifade edilen, hüküm veya açılmış dava bulunmamasıdır. Kanunlarda açıkça yazılı olmadan da yaşayan bir hukuk normu olarak uygulanan, doktrinde de kabul olunan ve muhakeme hukukunun ana ilkelerinden olan "Non bis in idem" ilkesi 1412 sayılı CMUK'nın 253. maddesinin üçüncü fıkrasında; "Aynı konuda, aynı sanık

sağlanamamasıdır.⁶⁵⁰ Sayılan şartlar ceza muhakemesinin “olmazsa olmaz” (sine qua non) şartlarıdır.⁶⁵¹ Yani sayılan şartlardan birinin gerçekleşmemesi halinde, yeterli şüpheyi ulaşacak derecede delil elde edilse, fiil ve fail de belli olsa bile iddianame düzenlenemez ve dava açılmaz.⁶⁵² Bu sebeple ceza muhakemesinde sayılan bu şartlar dava şartıdır.⁶⁵³

Ceza muhakemesinde dava şartı olarak kabul edilen durumlardan biri de izin sistemidir. İzin sistemi; istisnai durumların varlığında savcının suç şüphesi altında bulunan kişi hakkında iddianame hazırlayıp, ceza davası açabilmesi için, yetkili mercilerden konuyla alakalı gerekli izni alması olarak ifade edilebilir.⁶⁵⁴ İzin sistemi, doktrinde aktif ve pasif izin sistemi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.⁶⁵⁵ Aktif izin

için evvelce verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava var ise davanın reddine karar verilir”, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK’nın “Duruşmanın sona ermesi ve hüküm” başlıklı 223. maddesinin yedinci fıkrasında ise; “Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, aynı fiil nedeniyle, aynı sanık hakkında önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilecektir. “Non bis in idem” ilkesine uluslararası sözleşmelerde de yer verilmiş olup, konu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 7 numaralı Ek Protokolü’nün “Aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı” başlıklı 4. maddesinin ilk fıkrasında; “Hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkûm edilemez” şeklinde ifade edilmiştir.” Yargıtay 15. CD, 21.04.2014 T ve 2013/1153 E, 2014/7553 K.

⁶⁴⁹ “Uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı altı ayı aşmayan suçların faili; a) Adli para cezası maktu ise bu miktarı, değilse aşağı sınırını, b) Hapis cezasının aşağı sınırının karşılığı olarak her gün için otuz Türk Lirası üzerinden bulunacak miktarı, c) Hapis cezası ile birlikte adli para cezası da öngörülmüş ise, hapis cezası için bu fıkranın (b) bendine göre belirlenecek miktar ile adli para cezasının aşağı sınırını, Soruşturma giderleri ile birlikte, Cumhuriyet savcılığınca yapılacak tebliğ üzerine on gün içinde ödediği takdirde hakkında kamu davası açılmaz.” (TCK m. 75/1); “Sanığın üzerine atılı 6136 Sayılı Kanuna muhalefet suçunun önödeme suçlarından olmasına rağmen Cumhuriyet savcılığınca önödeme prosedürü işletilmeden kamu davası açıldığının anlaşılmasına göre, 5237 sayılı TCK’nin 75. maddesinin 2. ve 3. fıkraları uyarınca sanığa 5237 sayılı TCK’nin 75. maddesinin 1. fıkrası hükümlerine göre saptanacak miktardaki parayı yargılama giderleriyle birlikte ödemesi halinde kamu davasının düşeceği hususunda bildirim yapılarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken sanığa önödeme teklifi yapılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması, kanuna aykırıdır.” Yargıtay 3. CD, 20.06.2016 T ve 2015/35186 E, 2016/14377 K.

⁶⁵⁰ Uzlaştırma; “uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya kanuni temsilcisinin, Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve esaslara uygun olarak uzlaştırmacı tarafından anlaştıırılması suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi sürecini” ifade eder (Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği m. 4).

⁶⁵¹ YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 563.

⁶⁵² GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku 1*, s. 56; YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 563.

⁶⁵³ GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku 1*, s. 56; YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 563.

⁶⁵⁴ GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Muhakemesi Hukuku 1*, s. 67; YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 576.

⁶⁵⁵ ERDİN, Bayram, “Türk Ceza Kanununun 301 ve Avukatlık Kanununun 58’inci Maddeleri Muvacehesinde Adalet Bakanlığının/Bakanının Soruşturma İzni Yetkisinin Niteliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 106, 2013, s. 396; YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 576;

sisteminde; kişiler, yaptıkları görevin önemi sebebiyle korumaya alınmış ve haklarında dava açılması yetkili merciden alınacak izne bağlanmıştır.⁶⁵⁶ Pasif izin sisteminde ise, kişinin yaptığı mesleğin ya da bizzat kişiliğinin bir önemi yoktur, önemli olan gerçekleştirilen fiilden dolayı açılacak olan kamu davasında kamu yararının bulunup bulunmadığıdır.⁶⁵⁷ . Pasif izin sisteminde suçun niteliği önem arz ettiği için örnek olarak, kanunlarda ve Türk Ceza Kanunu’nda öngörülen izin sistemi verilebilir. Aktif izin sistemi, görevleri ya da unvanları gereği haklarında doğrudan soruşturma ya da kovuşturma yapılamayacak grubu kapsamaktadır. Bu gruba örnek olarak; hakim, Cumhuriyet savcısı, noter, memur ve avukat verilebilir. Konu kapsamı gereğince avukatlar dışındaki diğer kişilerden kısaca bahsedilip geçilecek, avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri iddia olunan suçlarla ilgili yapılacak olan yargılamadaki özel izin sistemine detaylı olarak yer verilecektir.

Yargı mensupları hakkında 1982 Anayasası’nın 144. maddesinde; “*Adalet hizmetleri ile savcılarının idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığınca denetimi, adalet müfettişleri ile hakim ve savcı mesleğinden olan iç denetçiler; araştırma, inceleme ve soruşturma işlemleri ise adalet müfettişleri eliyle yapılır. Buna ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir*” hükmüne yer verilmiştir. Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun 82. maddesindeki; “*Hakim ve savcılarının görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır. Adalet Bakanı inceleme ve soruşturmayı, adalet müfettişleri veya hakkında soruşturma yapılacak olandan daha kıdemli hakim veya savcı eliyle yaptırılabilir. Soruşturma ile görevlendirilen hakim ve savcılar, adalet müfettişlerinin 101 inci maddedeki yetkilerini haizdirler.*” ifadesine bakıldığında, hakim ve savcılarının Adalet Bakanlığı’nın izni olmadan görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlarla ilgili yargılama yapılamayacağı görülecektir. Yüksek yargı organları başkan

YOLAÇAR, Nevzat, *Kamu Görevlilerinin Yargılanmasında İzin Sistemi*, (Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi SBE), 2016, s. 17, 18.

⁶⁵⁶ ERDİN, “Türk Ceza Kanununun 301 ve Avukatlık Kanununun 58’inci Maddeleri Muvacehesinde Adalet Bakanlığının/Bakanının Soruşturma İzni Yetkisinin Niteliği”, s. 396; YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 576; YOLAÇAR, *Kamu Görevlilerinin Yargılanmasında İzin Sistemi*, s. 17, 18.

⁶⁵⁷ ERDİN, “Türk Ceza Kanununun 301 ve Avukatlık Kanununun 58’inci Maddeleri Muvacehesinde Adalet Bakanlığının/Bakanının Soruşturma İzni Yetkisinin Niteliği”, s. 396; YENİSEY, NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 576.

ve üyeleri hakkında izin alınmadan yapılacak olan yargılama işlemi Yargıtay Kanunu'nun 46. maddesinin 1. Fıkrasında ki; *“Yargıtay Birinci Başkanı, birinci başkanvekilleri, daire başkanları, üyeleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekilinin görevleriyle ilgili veya kişisel suçlarından dolayı haklarında soruşturma yapılabilmesi Birinci Başkanlık Kurulunun kararına bağlıdır. Ancak, ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinin hazırlık ve ilk soruşturması genel hükümlere tabidir.”* ifadesiyle, Danıştay Kanunu'nun 76. maddesinin 1. fıkrasındaki; *“Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyelerin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işlemiş bulundukları suçlardan dolayı, Danıştay Başkanının seçeceği bir daire başkanı ile iki üyeden oluşan bir kurul tarafından ilk soruşturma yapılır.”* ifadesiyle ve Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 55. maddesinin 1. fıkrasındaki; *“Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyelerinin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlarla şahsi suçları için soruşturma açılması Anayasa Mahkemesinin kararına bağlıdır. Başkan, gereken hallerde işi Anayasa Mahkemesine götürmeden önce bir üyeye ön inceleme de yaptırabilir. İmzasız, adressiz yahut takma adla yapılan veya yapıldığı anlaşılan ya da belli bir olayı ve nedeni içermeyen, delilleri ve dayanakları gösterilmeyen ihbar ve şikayetler Başkanlıkça işleme konulmaz.”* ifadesi ile engellenmiştir.

Noterlik Kanunu'nun 153. maddesindeki; *“Noterlerin, görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlarından dolayı kovuşturma yapılabilmesi Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır.”* ifadesine bakıldığında; noterler hakkında görevleri nedeniyle ya da görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı kovuşturma yapılabilmesi için Adalet Bakanlığından izin alınması gerektiği görülecektir.

Anayasa'nın 129. maddesinde; *“memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirtilen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari mercinin iznine bağlıdır.”* hükmü düzenlenmiştir. Anayasa'nın bu düzenlemesiyle 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, görev suçları bakımından izin sistemini getirmiştir; *“Bu Kanunun amacı, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı*

yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri belirtmek ve izlenecek usulü düzenlemektir.” (4483 sayılı Kanun m. 1).

Avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlarla ilgili yapılacak olan yargılamanın yetkili merci iznine bağlı olduğu ilk defa mülga 3499 sayılı Avukatlık Kanunu’nda düzenlenmiştir. İzin sistemi 3499 sayılı Kanunun 49. maddesinde şu ifadelerle düzenlenmiştir; “*Avukatların vazifeden doğan veya vazifa sırasında işlenen suçlarından dolayı haklarında takibat icrası Adliye vekilinin iznine bağlıdır. Tahkikat Adliye vekilinin tensib edeceği makam tarafından yapılır.*”⁶⁵⁸ Avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlarla ilgili yapılacak olan yargılamada izin verecek yetkili mercinin Adalet Bakanlığı değil, bizzat Adalet Bakanı’nın kendisi olduğu vurgulanmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesinin ilk hali, “*Avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır.*”⁶⁵⁹ hükmüyle 3499 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 49. maddesine benzer nitelikler taşımakla birlikte, soruşturma izni verecek yetkili merci bakımından farklılık göstermiştir. 3499 sayılı Kanun’un 49. maddesinde izin vermeye yetkili kılınan makam Adalet Bakanı iken, 1138 sayılı kanunun 58. maddesinin ilk halinde, Adalet Bakanlığının yetkili olduğu düzenlenmiştir.

Yapılan değişikliklerle 1136 sayılı Kanunun 58. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir; “*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... Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanununun duruşmanın inzibatına ilişkin hükümleri saklıdır. Şu kadar ki, bu hükümlere göre avukatlar tutuklanamayacağı gibi, haklarında disiplin hapsi veya para cezası da verilemez.*” Kanunun 58. maddesi; avukatların, avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki

⁶⁵⁸ ERDİN, “Türk Ceza Kanununun 301 ve Avukatlık Kanununun 58’inci Maddeleri Muvacehesinde Adalet Bakanlığının/Bakanının Soruşturma İzni Yetkisinin Niteliği”, s. 404.

⁶⁵⁹ 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesinin ilk hali, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13168.pdf> 14.04.2020 Erişim T.

görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlarla sınırlı olarak, muhakeme şartlarından biri olan izin şartını düzenlemiş ve kabul etmiştir. İzni vermeye yetkili merci ise, 58. maddenin ilk halindeki gibi Adalet Bakanlığıdır. Yargının kurucu unsuru ve özgür savunmanın temsilcisi konumunda olan avukatın, savunma hakkının korunabilmesi ve etkin bir şekilde kullanılabilmesi için, 3499 sayılı Kanun'un 49. maddesinde olduğu gibi izin vermeye yetkili kılınan makam Adalet Bakanı olmalıdır. Avukatların görevi kötüye kullanma, görevi ihmal ve güveni kötüye kullanma gibi görevlerinden doğan suçlar ile görevleri sırasında işleyebilecekleri tehdit, hakaret gibi suçlar da 58. madde kapsamında olduğu için soruşturma izin sistemine tabidir.⁶⁶⁰

Avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlarla ilgili yapılacak olan yargılama, yetkili merci iznine bağlıdır. Avukatlık mesleğinin görevi kapsamına giren işler ise, Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde şu ifadelerle düzenlenmiştir; *“Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir. Baroda yazılı avukatlar birinci fıkradakiler dışında kalan resmi dairelerdeki bütün işleri de takip edebilirler.”* Madde hükmüne bakıldığında avukatın görev alanına giren işler belirtilerek, aslında özel yargılama rejiminin uygulanma ihtimali olan durumlar ortaya konmuştur.

Kurum avukatlarının görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlarla ilgili yapılacak olan yargılamanın Av. Kanunu'nun 58. maddesine göre mi yoksa 4483 sayılı Kanuna göre mi yapılacağı konusunda Av. Kanunu 58. madde düzenlemesinde netlik yoktur. Avukatlık Kanunu'nun ek 1. maddesine bakıldığında; *“Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli olarak avukatlık görevinde çalışanların baro levhasına yazılmaları isteklerine bağlıdır. Ancak bunlar hakkında bu Kanunun avukatlık mesleğine kabul ve ruhsatname verilmesine ilişkin hükümleri aynen uygulanır. Bunlar, görevlerinin gereği olan işleri yaparken baro levhasına kayıtlı avukatların yetkileriyle haklarına sahip ve*

⁶⁶⁰ ERDİN, “Türk Ceza Kanununun 301 ve Avukatlık Kanununun 58’inci Maddeleri Muvacehesinde Adalet Bakanlığının/Bakanının Soruşturma İzni Yetkisinin Niteliği”, s. 405.

onların ödevleriyle yükümlüdürler.” düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, kurum avukatları hakkında görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri iddia olunan suçlarla ilgili Av. Kanunu’nun 58. maddesi gereğince soruşturma izni alınmalıdır.⁶⁶¹ Kaldı ki, kurum avukatları açısından Av. Kanunu, 4483 sayılı Kanuna göre daha özel bir kanundur ve öncelikle uygulanmalıdır.⁶⁶² Fakat kurum avukatlarının çalıştıkları yerdeki idari görevleri sırasında işledikleri iddia olunan suçlarla ilgili⁶⁶³ yapılacak yargılamada 4483 sayılı kanun hükümleri uygulanmalıdır.⁶⁶⁴

1. 1136 sayılı Avukatlık Kanununda Düzenlenen Özel Yargılama Rejiminin İşleyişi

Avukatlar hakkında görev suçları kapsamında uygulanacak özel yargılama rejimi 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 58 ve 61. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu maddeler incelendiği zaman yargılamanın; soruşturma öncesi ön inceleme, soruşturma ve yargılama aşamalarından oluştuğu görülecektir.

a. Soruşturma Öncesi Ön İnceleme Aşaması

Avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlarla ilgili Cumhuriyet savcılığının soruşturma yapabilmesi Adalet Bakanlığının iznine tabidir. Yani avukat hakkında soruşturmaya başlanabilmesi ve avukata şüpheli sıfatının verilebilmesi için, yapılacak olan değerlendirme yargının diğer bir unsuru olan savcıya değil,⁶⁶⁵ Adalet Bakanlığına verilmiştir.⁶⁶⁶ Savcı, suç işlendiği haberinin

⁶⁶¹ YOLAÇAR, *Kamu Görevlilerinin Yargılanmasında İzin Sistemi*, s. 116; ERDİN, “Türk Ceza Kanununun 301 ve Avukatlık Kanununun 58’inci Maddeleri Muvacehesinde Adalet Bakanlığının/Bakanının Soruşturma İzni Yetkisinin Niteliği”, s. 406.

⁶⁶² ERDİN, “Türk Ceza Kanununun 301 ve Avukatlık Kanununun 58’inci Maddeleri Muvacehesinde Adalet Bakanlığının/Bakanının Soruşturma İzni Yetkisinin Niteliği”, s. 406; MISIR, Haşim, *Avukatın Görev Suçları*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2018, s. 25.

⁶⁶³ “Ceza İşleri Genel Müdürlüğü 2003 yılında, ihaleye fesat karıştırıldığı iddiasıyla şikayet edilen kurum avukatı hakkında, eylemin idari görevden kaynaklandığı ve tabi olduğu yasa hükümleri uyarınca işlem yapılması gerektiği gerekçesiyle 1136 sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca işlem yapılmasına yer olmadığına dair karar vermiştir.” YOLAÇAR, *Kamu Görevlilerinin Yargılanmasında İzin Sistemi*, s. 116.

⁶⁶⁴ YOLAÇAR, *Kamu Görevlilerinin Yargılanmasında İzin Sistemi*, s. 116; ERDİN, “Türk Ceza Kanununun 301 ve Avukatlık Kanununun 58’inci Maddeleri Muvacehesinde Adalet Bakanlığının/Bakanının Soruşturma İzni Yetkisinin Niteliği”, s. 406.

⁶⁶⁵ Olağan yargılama sürecinde kamu adına suç soruşturmasını yapma yetkisi Cumhuriyet Savcılarına verilmiştir. Savcının bu yetkisi 5271 sayılı CMK’nın 160. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir;

alması üzerine bilgi toplama faaliyetini yerine getirir.⁶⁶⁷ Bilgi toplama faaliyeti çerçevesinde, bilgi sahibi olan kimselerin beyanını alabilir.⁶⁶⁸ Savcı, suç isnadı altında olan avukatın savunmasını alamaz, fakat avukat kendi isteğiyle açıklamada bulunmak istediği takdirde avukatın açıklamaları “beyanda bulunan” sıfatıyla tutanak altına alınır.⁶⁶⁹ Yargıtay’ın bu yönde verdiği bir kararında şu ifadeler yer almıştır; “... Bir avukatın görevinden doğan ya da görevi sırasında ağır cezalı suçüstü hariç bir suç işlendiği ihbarını alan Cumhuriyet savcısının soruşturma izni alınıncaya kadar yapabileceği işler kanıtların tespitiyle sınırlıdır. Bu evrede şüpheli avukatın lehine ve aleyhine elde edilen kanıtların neler olduğunun saptanarak kaybolmasının önlenmesi ve varsa suç eşyasının korunması gerekir. Belirtilen dönemde işlenen suçla

“Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar.”

⁶⁶⁶ MAHMUTOĞLU, TALAS, “Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi”, s. 28.

⁶⁶⁷ “III– İhzarî nitelikteki incelemelerde; 1) Hakkında ihzarî inceleme yapılan avukatın adı, soyadı, kullanılıyorsa kızlık soyadı, kayıtlı bulunduğu baro ve sicil numarası, tebligata yarar açık adresi ile vekâletlerinin açık adreslerinin fezlekede belirtilmesi, 2) Avukatın şikâyet konusu olayla ilgili vekâletnamesinin onaylı örneğinin soruşturma evrakına eklenmesi, 3) Hakkında inceleme yapılan; avukat, stajyer, dava takipçisi veya dava vekili olup olmadığının ilgili barodan sorulmak suretiyle açıklığa kavuşturulması ile ilgili avukatın isnat edilen eylemin yapıldığı tarihte hangi baroya kayıtlı olduğu ve sicil numarasının tespit edilmesi, 4) Kamu kurumlarında görev yapan avukatların 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca haklarında yapılmış herhangi bir kanunî işlem bulunup bulunmadığı ile ilgili kurumdan alınacak cevabın inceleme evrakına eklenmesi, 5) 1136 sayılı Kanun’un 58’inci maddesi uyarınca, Bakanlık tarafından soruşturma izni verilmeden önce avukatın savunmasının alınmaması, ancak kendi isteğiyle açıklama yapmak veya dosyaya yazılı belge sunmak istediği takdirde, ihzarî mahiyetteki incelemeye esas olmak üzere “beyanda bulunan” sıfatıyla açıklamalarının tutanağa kaydedilmesi ve ibraz ettiği belgelerin alınması, 6) İhbar veya şikâyetin Cumhuriyet başsavcılığına yapılması durumunda doğrudan inceleme yapılması, bu konuda Bakanlıktan izin talep edilmemesi, inceleme sonunda düzenlenecek fezlekeli evrakın Bakanlığımız Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’ne gönderilmesi, 7) Ağır Ceza Cumhuriyet başsavcılarınca, merkez ve mülhakat Cumhuriyet savcıları tarafından hazırlanan fezlekelerin usul ve kanuna uygun bir şekilde hazırlanıp hazırlanmadığının kontrol edilmesinden sonra, bir üst yazı ile Bakanlığımız Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne aynı konuda yeniden fezleke düzenlemeden intikal ettirilmesi, 8) Şikâyet konusu işlemlere ilişkin evrakın, iddialar açıklığa kavuşturulacak şekilde incelenip gerekli görülen belgelerin onaylı bir suretinin evrakına eklenmesi, 9) Avukatla birlikte şikâyet olunan kişiler hakkındaki evrakın ayrılarak, tâbi olduğu usule göre soruşturmanın yürütülmesi, 10) Yapılan inceleme sonunda düzenlenen fezlekenin sonuç kısmında, Cumhuriyet savcısının soruşturma izni verilip verilmeme konusundaki düşüncesini açıkça belirtmesi, 11) Şikâyet dilekçesinde gösterilen ya da müştekinin ifadesinde belirtmiş olduğu tanıkların dinlenmesi, delil olarak ibraz edilen belgelerin Suç Eşyası Yönetmeliği hükümlerine göre emanete alınması, bu belgelerin postada kaybolmasının önlenmesi için onaylı bir suretinin inceleme evrakına eklenmesi, 12) İnceleme evrakının dizi pusulası düzenlenip, fezlekeye bağlı olarak Bakanlığımız Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilmesi” (Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’nün 01.01.2006 tarihli 13 nolu genelgesi III. Kısım).

⁶⁶⁸ MAHMUTOĞLU, TALAS, “Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi”, s. 28.

⁶⁶⁹ “1136 sayılı Kanun’un 58’inci maddesi uyarınca, Bakanlık tarafından soruşturma izni verilmeden önce avukatın savunmasının alınmaması, ancak kendi isteğiyle açıklama yapmak veya dosyaya yazılı belge sunmak istediği takdirde, ihzarî mahiyetteki incelemeye esas olmak üzere “beyanda bulunan” sıfatıyla açıklamalarının tutanağa kaydedilmesi ve ibraz ettiği belgelerin alınması...” (Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’nün 01.01.2006 tarihli 13 nolu genelgesi III. Kısım 5. madde).

ilgili dosyalar, belgeler incelenip örnekleri dosya içerisine alınabilir. Konuya ilişkin bilgisi olduğu anlaşılan kişiler ifade sahibi olarak dinlenebilir ve anlatımları tutanağa geçirilebilir. Soruşturma izni verilmeden şüpheli avukatın yüklenen suçtan ötürü savunması alınamaz, Hakim tarafından sorguya çekilemez üzeri, konutu ve işyeri aranamaz. İncelenen dosya da ise, şüpheli Cumhuriyet savcısının hakkında Adalet Bakanlığınca verilmiş soruşturma izni bulunmayan avukatın gözaltına alınması ve alkol raporu düzenlenmesini istediği anlaşılmaktadır. Bu konudaki kanıtların takdiri, kolluğa verilen bu sözlü buyruğun hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesi mahkemeye ait olduğundan ve toplanan deliller yeterli şüphe oluşturduğu anlaşıldığından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının kanun yararına bozma isteği doğrultusunda düzenlediği tebliğnamedeki düşünce yapılan açıklamalar ışığında yerinde görülmesi karşısında Nazilli Ağır Ceza Mahkemesince verilen kararın bozulmasına, ... oybirliğiyle karar verildi...’’⁶⁷⁰

Sonuç olarak, savcı, bilgi toplama faaliyeti neticesinde elde ettiği sonuçları ve soruşturma izni verilip verilmemesi konusundaki kanaatini içeren raporu Adalet Bakanlığına sunar. Soruşturma öncesi ön inceleme aşamasından soruşturma aşamasına ya da soruşturma aşamasından yargılama aşamasına geçişlerde, savcıyla birlikte Adalet Bakanlığının da izni gerekmektedir.⁶⁷¹ Yani savcılık makamının tek başına karar verme yetkisi yoktur. Yargıtay da bu yönde verdiği bir kararında şu ifadelerle yer vermiştir; “...Bursa Barosunda kayıtlı avukat olan şüphelinin, Manavgat 3. İcra Müdürlüğü’nün 2012/854 talimat sayılı icra takip dosyasında, usulsüz haciz işlemi yaptığı, bu şekilde görevini kötüye kullandığı yönündeki iddianın, görevinden doğan veya görev sırasında işlenmiş bir suç niteliğinde görülerek, hakkında 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 58/1. maddesi uyarınca soruşturma izni verilip verilmeyeceğinin takdiri için dosyanın Adalet Bakanlığına gönderilmesi gerektiği nazara alınmadan, şüpheli hakkında soyut iddia dışında kamu adına takibat yapılmasını gerektirir yeterli ve somut delillerin bulunmadığından bahisle genel hükümler uyarınca kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesinin hukuka aykırı olduğu gözetilmeden, itirazın bu yönden kabulü yerine,

⁶⁷⁰ Yargıtay 4. CD, 31.05.2006 T ve 2006/3539 E, 2006/11718 K. Bkz. MISIR, *Avukatın Görev Suçları*, s. 38.

⁶⁷¹ MAHMUTOĞLU, Fatih, TALAS, Serdar, “Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi”, s. 27, <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/50c91966bff8f636711d98dd51ee944d3418ee197818090242.pdf>, 10.04.2020 Erişim T.

yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309. maddesi uyarınca bozulmasına..."⁶⁷²

b. Soruşturma Aşaması

Savcının Adalet Bakanlığı'na sunduğu rapor üzerine, Bakanlık izin vermesi halinde dosyayı suç yeri Cumhuriyet savcılığına gönderir ve soruşturma aşamasına geçilir.⁶⁷³ Soruşturma izninin verilmesinden sonra yapılacak işlemler Adalet Bakanlığının 2006 tarihli genelgesinde; *"Bakanlık tarafından verilen izin üzerine yapılan soruşturma sırasında; 1) Soruşturma izni hangi Cumhuriyet başsavcılığına verilmişse, soruşturmanın o yer Cumhuriyet başsavcılığınca yürütülmesi, 2) Soruşturma iznini havi düşünce örneğinin, hakkında soruşturma yapılan avukatla ilgili bölümünün 7201 sayılı Tebligat Kanunu uyarınca, "yasal süre içinde gelmediği ya da savunma yapmadığı takdirde bu hakkından vazgeçmiş sayılacağı" meşruhatını içeren davetiye ile ilgili avukata tebliğ edilmesi, başvurduğu takdirde savunmasının, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 147 ve devamı maddelerine uygun olarak alınması, Usulüne uygun tebligata rağmen yasal süre içinde savunma yapılmaması veya delillerin sunulmaması hâlinde evrakının bekletilmeyerek Bakanlığımız Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilmesi, 3) Soruşturmanın tamamlanmasından sonra fezlekeli evrakın dizi pusulasıyla birlikte ağır ceza Cumhuriyet başsavcılığı aracılığıyla Bakanlığımız Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilmesi, 4) Yapılan soruşturma sonunda düzenlenen fezlekenin sonuç kısmında, Cumhuriyet savcısının kovuşturma izni verilip verilmeme konusundaki düşüncesini açıkça belirtmesi, 5) Bakanlıkça ilgili avukat hakkında genel hükümler uyarınca işlem yapılması gerektiği yönünde düşünce bildirilerek soruşturma dosyasının gönderilmiş olması hâlinde, sadece evrakın teslim alındığının bildirilmesi, buna ilişkin soruşturma ve kovuşturmanın aşama sonuçları hakkında ayrıca bilgi verilmesi yoluna gidilmemesi, 6) Kovuşturma izni üzerine, suçun işlendiği yere en yakın ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı tarafından beş gün içinde düzenlenen iddianame üzerine, ilgili mahkeme tarafından verilecek olan son soruşturmanın açılmasına ya da*

⁶⁷² Yargıtay 5. CD, 22.05.2014 T ve 2014/240 E, 2014/5635 K.

⁶⁷³ MAHMUTOĞLU, TALAS, "Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi", s. 28; MISIR, *Avukatın Görev Suçları*, s. 39.

açılmamasına ilişkin kararın bir suretinin Bakanlığımız Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilmesi,” ifadeleriyle detaylı olarak düzenlenmiştir.⁶⁷⁴

Soruşturma aşamasının sonunda savcının kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verme yetkisi yoktur. Savcı soruşturma sonunda sadece soruşturmaya ait dosyayı Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne tevdi etmekle görevlidir. Soruşturma sonunda avukat hakkında verilecek olan kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı iki duruma ayırarak incelemek gerekir.

Birinci durumda, savcı fezlekeyi düzenler, Adalet Bakanlığına gönderir ve Adalet Bakanlığının kovuşturmanın açılmasını gerekli görmemesi halinde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilir.

İkinci durumda ise, savcının düzenlediği fezleke Adalet Bakanlığına gelir ve Bakanlığın kovuşturma yapılmasını gerekli görmesi durumunda dosya suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesine en yakın bulunan ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet savcılığına gönderilir. Cumhuriyet savcısı beş gün içinde, iddianameyi düzenleyerek dosyayı son soruşturmanın açılmasına veya açılmasına yer olmadığına dair karar verilmek üzere ağır ceza mahkemesine gönderir. Ağır ceza mahkemesinin son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına dair karar vermesi üzerine avukat hakkında kovuşturma yapılamaz ve kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilir.

c. Kovuşturma Aşaması

Kovuşturma aşamasına geçilmesi ve izin süreci Avukatlık Kanunu’nun 59. maddesinde şu ifadelerle düzenlenmiştir; “58 inci maddeye göre yapılan soruşturmaya ait dosya Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne tevdi olunur. İnceleme sonunda kovuşturma yapılması gerekli görüldüğü takdirde dosya, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesine en yakın bulunan ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet Savcılığına gönderilir. Cumhuriyet Savcısı beş gün içinde, iddianamesini düzenleyerek dosyayı son soruşturmanın açılmasına veya açılmasına yer olmadığına karar verilmek üzere ağır ceza mahkemesine verir. İddianamenin bir örneği, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun hükümleri uyarınca, hakkında kovuşturma yapılan avukata tebliğ olunur. Bu tebliğ üzerine avukat, kanunda yazılı süre içinde bazı delillerin toplanmasını ister veya kabule değer bir istemde bulunursa nazara alınır, gerekirse soruşturma başkan tarafından derinleştirilir.

⁶⁷⁴ Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’nün 01.01.2006 tarihli 13 nolu genelgesi IV. Kısım.

Haklarında son soruşturmanın açılmasına karar verilen avukatların duruşmaları, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesinde yapılır. Durum avukatın kayıtlı olduğu baroya bildirilir.” Savcılığın soruşturma işlemlerini tamamlamasının ardından doğrudan doğruya iddianame düzenleyip dava açma yetkisi yoktur.⁶⁷⁵ Savcılık soruşturma işlemleri çerçevesinde elde ettiği delillerle birlikte yaptığı çıkarımları ve kovuşturma izni verilip verilmemesi konusundaki düşüncelerini düzenlediği fezlekeye yazar ve Adalet Bakanlığına sunar.⁶⁷⁶ Adalet Bakanlığı bu fezleke üzerine iki türlü cevap verebilecektir. Bu cevaplardan ilki; Adalet Bakanlığının kovuşturma açılmaması gerektiğine dair cevabı ikincisi ise; kovuşturma açılmasına izin verilmesi şeklindedir.

Adalet Bakanlığı, kovuşturma izni vermesiyle birlikte dosyayı suçun işlendiği yere en yakın yer Ağır Ceza Mahkemesi Cumhuriyet savcılığına gönderir (Av. K m. 59/1). Cumhuriyet savcısı beş gün içerisinde iddianameyi düzenler ve dosyayı son soruşturmanın açılmasına veya açılmasına yer olmadığına dair karar verilmek üzere bağlı bulunduğu Ağır Ceza Mahkemesine gönderir (Av. K m. 59/2). Mahkemeye gelen iddianame kabul edildikten ve son soruşturmanın açılmasına karar verildikten sonra, dosya yargılamanın ve duruşmanın yapılması için suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesine gönderilir (Av. K m. 59/4). Yargıtay bu yönde verdiği bir kararında şu ifadelerle yer vermiştir; “*Dosya içeriğine göre, 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 58 ve 59/1-2. maddeleri hükümlerine aykırı olarak, sanık avukat hakkında soruşturma ve kovuşturma izni alınmadan davanın açılmış olması karşısında eksikliğin giderilmesi için CYY’nın 253/4. maddesi uyarınca yargılamanın durmasına karar verilmesi gerektiği düşünülmeden, duruşmaya devamla hükmün kurulması, Yasaya aykırı ve O yer C. Savcısı ile katılanlar C. ve C.’nin temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden hükmün BOZULMASINA, 18.12.1991 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”*⁶⁷⁷

d. İtiraz

Avukatların yargılanması rejiminde, itiraza ilişkin düzenleme Avukatlık Kanunu’nun 60. maddesinde yer almaktadır.⁶⁷⁸ Avukatlık Kanunu’nun 60.

⁶⁷⁵ MAHMUTOĞLU, TALAS, “Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi”, s. 29.

⁶⁷⁶ MAHMUTOĞLU, TALAS, “Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi”, s. 29.

⁶⁷⁷ Yargıtay 4. CD, 18.12.1991 T ve 1991/6911 E, 1991/8074 K.

⁶⁷⁸ MAHMUTOĞLU, TALAS, “Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi”, s. 30.

maddesindeki; “59’uncu maddede yazılı mahkemelerin tutuklama veya salıverilmeye yahut son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına dair kararlarına karşı Cumhuriyet Savcısı veya sanık tarafından genel hükümler uyarınca itiraz olunabilir. Bu itiraz, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesi hariç olmak üzere, itiraz edilen kararı veren mahkemeye en yakın ağır ceza mahkemesinde incelenir.” hükmüyle son soruşturmanın açılmasına yer olmadığı kararına karşı, genel hükümlere⁶⁷⁹ göre itiraz edilebileceği fakat, bu itirazın inceleme merciinin genel hükümlerden farklı olarak suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesi hariç olmak üzere, itiraz edilen kararı veren mahkemeye en yakın yer ağır ceza mahkemesine yapılacağı düzenlenmiştir.⁶⁸⁰

Danıştay’ın bu yönde verdiği bir kararında şu ifadelere yer verilmiştir; “İtiraz dilekçesi ve belgelerin incelenmesinden, yakınan ...'nun ... Barosu Avukatlarından ... ile ... haklarında şikayette bulunup soruşturma izni istediği, 17.12.2003 günlü olurla soruşturma izni verilmesi gerekli görülmediği kararının verildiğini bildiren Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 24.12.2003 gün ve 57375 sayılı kararının kaldırılması ve soruşturma izni verilmesine karar verilmesinin adı geçen yakınan tarafından talep edildiği anlaşılmaktadır. Yukarıda belirtilen yasal mevzuatın birlikte değerlendirilmesinden anlaşılabacağı üzere, Avukatların görevleri

⁶⁷⁹ “Hâkim veya mahkeme kararına karşı itiraz, kanunun ayrıca hüküm koymadığı hâllerde 35’inci maddeye göre ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır. Tutanakla tespit edilen beyanı ve imzayı mahkeme başkanı veya hâkim onaylar. 263 üncü madde hükmü saklıdır. (2) Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir. (3) İtirazı incelemeye yetkili merciler aşağıda gösterilmiştir: a) Sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine aittir. b) İtiraz üzerine ilk defa sulh ceza hâkimliği tarafından verilen tutuklama kararlarına itiraz edilmesi durumunda da (a) bendindeki usul uygulanır. Ancak, ilk tutuklama talebini reddeden sulh ceza hâkimliği, tutuklama kararını itiraz mercii olarak inceleyemez. c) Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi, yargı çevresinde bulundukları ağır ceza mahkemesine ve bu mahkeme ile başkanı tarafından verilen kararlar hakkındaki itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye; son numaralı daire için birinci daireye; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ağır ceza mahkemesine aittir. d) Naip hâkim kararlarına yapılacak itirazların incelenmesi, mensup oldukları ağır ceza mahkemesi başkanına, istinabe olunan mahkeme kararlarına karşı yukarıdaki bentlerde belirtilen esaslara göre bulundukları yerdeki mahkeme başkanı veya mahkemeye aittir. e) Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları ile Yargıtay ceza dairelerinin esas mahkeme olarak baktıkları davalarda verdikleri kararlara yapılan itirazlarda; üyenin kararını görevli olduğu dairesinin başkanı, daire başkanı ile ceza dairesinin kararını numara itibarıyla izleyen ceza dairesi; son numaralı daire söz konusu ise birinci ceza dairesi inceler.” (CMK m. 268).

⁶⁸⁰ MAHMUTOĞLU, TALAS, “Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi”, s. 30.

ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi oldukları; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 59 uncu maddesi hükmü uyarınca Avukatlar hakkında Adalet Bakanlığı tarafından verilen kararlara karşı 4483 sayılı kanun uyarınca itiraz edilebileceğine ve bu itirazlara Danıştay İkinci Dairesinde bakılabileceğine ilişkin bir hüküm de bulunmadığı, dolayısıyla 4483 sayılı Kanunun Avukatlara uygulanmadığı açıktır. Açıklanan nedenlerle, 4483 sayılı Kanun kapsamında bulunmayan ve özel yasalarında belirtilen usule göre işlem yapılması gereken Avukatlar... ile ... haklarında Adalet Bakanlığınca verilen karara karşı yakınıcı ...'nun yaptığı itirazın incelenmeksizin reddine ve belgelerin adı geçene iadesine 11.2.2004 gününde oybirliği ile karar verildi.”⁶⁸¹

B. Avukatların, Kişisel Suçları ve Avukatlık Kanunu'nun 61. Maddesi

Sebebiyle Yargılanmaları

Avukatların görev sırasında işlemediği ve/veya göreviyle de ilgisi bulunmayan kişisel suçları⁶⁸² ile Avukatlık Kanunu'nun 61. maddesinde düzenlenen ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hallerinde yargılanmaları izin sistemine tabi değildir. Yani avukatın, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde ve kişisel suçlarında, Adalet Bakanlığından izin alınmaksızın suç yeri Cumhuriyet Başsavcılığı genel hükümlere göre soruşturma başlatabilecektir.

1. Avukatların Kişisel Suçları Sebebiyle Yargılanmaları

Avukatların görev sırasında işlemediği ve/veya göreviyle de ilgisi bulunmayan suçlar, kişisel suçlardır. ⁶⁸³ Avukatların şahsi suçları sebebiyle yargılanmaları izin sistemine tabi değildir.

Yargıtayın avukatların kişisel suç-görev suçu ayırımına dair verdiği bir kararda şu ifadeler yer almıştır; “ ... Katılan avukat Ali K'nın, gece vakti polis karakoluna alkollü vaziyette giderek, bir suç soruşturması gereği nezarete bulunan arkadaşı Saffet Y'nın nezaret halini sona erdirmeye yönelik davranışlar

⁶⁸¹ Danıştay 2. Daire, 11.02.2004 T ve 2004/72 E, 2004/119 K.

⁶⁸² MISIR, *Avukatın Görev Suçları*, s. 14.

⁶⁸³ MISIR, *Avukatın Görev Suçları*, s. 14.

sergilemesinin “müdafilik” kapsamında “görevle ilgili” ve “görevden kaynaklanan” eylemler mahiyetinde bulunmadığı, yazılı vekaletnameye dayalı olarak ya da sözlü vekillendirmeye istinat eder bir şekilde bir avukatlık görevinin varlığını düşündürecek halin gerçekleşmediği, bu değerlendirmenin doğal sonucu olarak Saffet Y’nın, polisleri ve nöbetçi Cumhuriyet savcısını kasteder biçimde, katılan Ali K’yı muhatap tutarak söylediği; “Aliciğim köpek köpeği ısırıyor” sözüne katılan A’nin “doğru söylüyorsun” diye karşılık verip onaylamak suretiyle yaptığı hareketin, 1136 sayılı Avukatlık Yasasını 58. ve 59. maddeleri kapsamında değerlendirilmeyerek kişisel suç mahiyetinde kabul edilmek suretiyle, önce yargılama ve bilahare onaylıyıp kesinleşen mahkumiyete konu edildiği, bu itibarla; soruşturma görevlilerine karşı 765 sayılı TCY’nin 266/1. maddesi kapsamında hakaret suçu işleyen ve esasen eylem sırasında sarhoş olduğu da gözlemlenen kişinin velev avukat dahi olsa ancak ve sadece kişisel suçlarından söz edilebileceği, bu hal karşısında, durumdan telefonla haberdar edilen nöbetçi Cumhuriyet savcısının, avukatın işlediği kanaatine vardığı kişisel suçu itibarıyla, polis karakolunda alıkonulması ve alkol denetimine tabi tutulması yönünde talimat vermesinde, hukuka aykırılıktan ve görevde yetkili kötüye kullanmaktan söz edilemeyeceği sonucuna varılmış, bu gerekçelerle; Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 5271 sayılı CYY’nin 223/2-a maddesince verdiği beraat kararının usul ve yasaya uygun bulunduğu görüşüyle, Yargıtay C. Başsavcılığının sanığın görevde yetkili kötüye kullanmak suçunu işlediğine yönelik temyizinin reddine, hükmün onanmasına karar verilmiştir...”⁶⁸⁴

Yargıtayın, avukatın görev kapsamının sınırları, hangi durumların görev kapsamına girdiği ve hangi hallerde kişisel suçun olacağına dair verdiği bir kararında şu ifadeler yer almıştır; “...Olay görev sırasında gerçekleşmediğinden, “görevden doğan” ibaresinin üzerinde durulmalıdır. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun “Yalnız avukatların yapabileceği işler” başlıklı 35. maddesinde: “Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir. Baroda yazılı avukatlar birinci fıkradakiler dışında kalan resmi dairelerdeki bütün işleri de takip edebilirler.” hükmüne yer

⁶⁸⁴ YCGK, 11.03.2008 T ve 2008/4- MD E, 2008/259-47 K. Bkz. MISIR, *Avukatın Görev Suçları*, s. 15.

verilmiştir. Avukatların, Avukatlık Kanunu kapsamındaki tüm görevleri nedeniyle işledikleri suçların soruşturulması ve kovuşturulması özel hükümlere tabidir. Diğer bir deyişle avukatlık sıfatıyla kanunen üstlenilen görevler dolayısıyla işlenen suçlar, görevden doğan suç kapsamına girmektedir, zira Kanun gereği bu görevler yalnızca avukatlar tarafından yerine getirilmektedir. Görevi sebebiyle işlenen suç kavramının ele alındığı Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17.02.2004 gün ve 2004/2-10 esas ve 2004/40 karar sayılı kararında da; “Yasada geçen “görev sebebiyle işlenen suç” kavramının, memuriyet görevinden doğan, görev ile bağlantılı ve görevden yararlanılarak işlenebilen suçları, başka bir anlatımla sadece memurlar tarafından işlenebilen, failin memur olmasının suç tipinde kurucu unsur olarak öngörüldüğü suçları ifade ettiği sonucuna varılmaktadır.” görüşlerine yer verilmiştir. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; sanık avukatın haciz işlemleri nedeniyle gündüzleyin tartıştığı müştekiye, gece 02:42 ile 02:54 saatleri arasında sekiz adet mesaj göndererek ona hakaret ve tehdit etmesi şeklinde tezahür eden eyleminin, görev sırasında işlenmediği gibi, Kanunda yalnızca avukatlar tarafından yapılabilecek görev tanımı içerisinde yer almadığı ve failin avukat veya yargı görevi yapan olmasının suç tipinde kurucu unsur olarak öngörüldüğü suçlar kapsamında da bulunmadığı anlaşıldığından, soruşturma ve kovuşturma izni alınmasının gerekmediği, bu çerçevede genel hükümler uygulanarak verilen kararın hukuka uygun olduğu belirlendiğinden, kanun yararına bozma isteminin reddine karar verilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının düzenlediği tebliğnamedeki düşünce yerinde görülmediğinden, CMK'nın 309. maddesi uyarınca kanun yararına bozma isteğinin reddine...”⁶⁸⁵

2. Avukatların Avukatlık Kanunu’nun 61. Maddesi Sebebiyle Yargılanmaları

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.” Avukatların, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hallerinde yargılanmaları izin sistemine tabi değildir. Avukatlık Kanunu’nun 61. maddesinde; avukatın genel hükümlere göre yargılanabilmesi iki şartın varlığına bağlı kılınmıştır.

⁶⁸⁵ Yargıtay 4. CD, 16.04.2015 T ve 2014/45937 E, 2015/27193 K.

Bu şartlardan birincisi, suçun ağır ceza mahkemesinin görev alanına giriyor olması, ikincisi ise, suçüstü halidir. Bu şartların varlığında kolluk kuvvetleri durumu savcıya bildirmek ve soruşturma işlemleri de bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından yapılmak zorundadır.⁶⁸⁶

a. Ağır Ceza Mahkemesinin Görev Alanına Giren Bir Suç Olması

Avukatlık Kanunu'nun 61. maddesindeki ifadeye bakıldığında, avukat hakkında genel hükümlere göre soruşturma yapılabilmesi için, gerekli olan ilk şartın, işlenen suçun ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmesi olduğu görülecektir.

Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar ise, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 12. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir; *“Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ve 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler, askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler ile çocuklara özgü kovuşturma hükümleri saklıdır.”*

b. Avukatın Suçüstü Halinde Yakalanmış Olması

Avukat hakkında genel hükümlere göre soruşturma yapılabilmesi için, gereken diğer bir şart ise, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçtan dolayı, avukatın suçüstü halinde yakalanmış olmasıdır. Suçüstü hali, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasında şu şekilde tanımlanmıştır; *“Suçüstü: İşlenmekte olan suçu, henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra*

⁶⁸⁶ MISIR, *Avukatın Görev Suçları*, s. 20.

kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suçu, fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suçu, ifade eder” (CMK m. 2/1-j). Ağır Ceza Mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 2. maddesinde tanımı yapılan suçüstü halinde yakalanan avukat hakkında genel hükümlere göre soruşturma yapılabilecektir.

Yani avukat hakkında genel hükümlere göre soruşturma yapılabilmesi için, avukatın işlediği suçun ağır ceza mahkemesinin görev alanına giriyor olması ve suç üstü halinin de mevcut olması gerekir. Eğer avukat ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçu işlemesine rağmen ortada suçüstü hali mevcut değilse ya da avukat suçüstü halinde bulunmuş fakat işlenen suç ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmiyorsa avukat hakkında genel hükümlere göre soruşturma yapılmaz.



SONUÇ

Hukuk devletlerinin vazgeçilmez bir parçası olan bağımsız avukatlık ve hukuki yardım alma, savunma hakkının ve hak arama özgürlüğünün en temel unsuru olan adil yargılanmanın gerçekleşmesi için zaruri bir hak olmasının yanında kişilere tanınmış olan en temel insan haklarından biridir. Savunma hakkının bu denli önemli olması sebebiyle, savunma hakkı ve savunmanın temel unsurlarından olan avukat yardımından yararlanma, uluslararası insan hakları belgelerinde de önemli bir yer tutmuştur.

Türk hukukunda ise 1136 sayılı Avukalık Kanunu’nun, *Avukatın Mahiyeti* başlıklı 1. maddesinde ve avukatlığın amacını anlatan 2. maddesinde avukat, “ *her türlü hukuki anlaşmazlık ve sorunların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde bilgi ve tecrübesiyle adalete ve kişilere yardım eden, kamu hizmeti gören, bağımsız savunmanın temsilcisi olan, serbest meslek mensubu kişi*” şeklinde tanımlanmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 128. maddesinde de iddia ve savunma dokunulmazlığına yer verilmiştir. Yine Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Tanımlar başlıklı ikinci maddesinde, müdafî tanımlanırken “*şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukat*” ve vekil tanımına yer verirken ise, “*katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesinde temsil eden avukatı*” şeklinde avukat tanımlarına yer vermiştir (CMK m. 2/1-c, d). Hukukun üstünlüğünün var olduğu, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı, savunmanın özgürce her türlü baskıdan ve tehditten uzak olarak yapılabilirdiği hukuk devletinin en büyük göstergelerinden biri, avukatın bağımsızlığıdır. Bu sebeple ceza muhakemesinin amacına ulaşılmasında ve adil yargılanmanın gerçekleşmesinde bu denli öneme sahip olan, yargının kurucu unsuru ve özgür savunmanın temsilcisi avukatın, savunma hakkının korunabilmesi ve etkin bir şekilde kullanılabilmesi için, avukata uygulanacak olan ceza muhakemesi işlemlerinde bir takım ayrıcalıklar tanınmıştır. Bu ayrıcalıklardan bazıları; avukatın üzerinin, eşyasının ve bürosunun aranması, avukatın iletişimin denetlenmesi ve avukatın suç sebebiyle yargılanmasıdır.

Avukatın bürosunda arama ve elkoyma tedbirleri Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 130. maddesinde düzenlenmesine rağmen, avukatın üzerinin aranmasıyla ilgili bir düzenlemeye Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yer verilmemiştir. Fakat Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre özel kanun niteliğinde olan Avukatlık

Kanunu'nda, avukatların üzerinin aranmasıyla ilgili düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre; “...*Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz.*” (Av. K m. 58). Avukatlık Kanunu'nda bu hükme yer verilmesinin sebebi, kolluk kuvvetleri karşısında avukatların; sır saklama yükümlülüğünün, bağımsızlığının ve savunma hakkının korunmasını sağlamaktır. Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi sayesinde, kolluk kuvvetleri avukata baskı uygulayamayacak, avukat ile müvekkil arasındaki gizlilik korunacak ve avukat, mesleğini güvenle yapabileceği bir ortama kavuşacaktır. Aksi takdirde avukatın müvekkiline ait olan özel ve mahrem sırları, belgeleri veya resimleri üçüncü kişilerin eline geçecek ve bu da sır saklama yükümlülüğünün ihlali doğurup, avukatı mesleğini güven için de yapamaz hale getirecektir. Avukatın üzerinin, eşyasının ve aracının aranması için gerekli olan; ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suç ve suçüstü hali unsurlarının her ikisinin ya da herhangi birinin olmaması durumunda avukatın üzerinin, eşyasının ve aracının aranması, idare hukuku anlamında hukuka aykırı fiil oluşturabileceği gibi, ceza hukuku anlamında da TCK'nın 120. maddesinde düzenlenen haksız arama suçunu oluşturacaktır.

Avukatın önleme araması kapsamında üstünün ve eşyasının aranması konusunda tam bir fikir birliğine varılamamıştır. Bu konuda bir çok farklı görüş mevcuttur. Yenisey, Avukatlık Kanunu 58. maddesinde yer alan avukatların üzerinin aranması yasağının sadece adli aramalar için geçerli olduğu, önleme aramasını kapsamadığını Belen ise, Av. K 58. maddesinde düzenlenen kuralın istisnasının olmadığını, bu sebeple avukatın önleme aramasına tabi tutularak üstünün aranamayacağını ifade etmiştir. Bizce avukatların önleme araması kapsamında üst ve eşya aramalarına tabi olup olmayacakları iki duruma ayrılarak incelenmelidir. Birinci durum; avukatın, avukatlık mesleğini yaptığı sırada önleme aramasına tabi olmamasıdır. Yani ceza infaz kurumu, adliye ya da emniyete girişlerde olduğu gibi avukatın yer ve zaman olarak mesleğini ifa ettiği her durumda avukatın üzeri ve eşyasında önleme araması yapılamayacaktır. Avukatın, mesleğini ifa ettiği durumlarda üzerinin ve eşyasının önleme aramasına tabi tutulması, meslek onurunu zedeleyecek ve yapılan arama hukuka aykırı olacaktır. İkinci durum ise; avukatın, avukatlık mesleğini yapmadığı durumlarda önleme aramasına tabi olmasıdır. Avukatın, avukatlık mesleğini yapmadığı yani maç izlemek için stadyuma, tatil

amacıyla havaalanına ya da konsere gitmesi gibi durumlarda avukatın sır saklama yükümlülüğüne, bağımsızlığına ya da savunma hakkına herhangi bir müdahalede bulunulmadığı için meslek onurunun zedelenmesinden de bahsedilemeyecektir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116 ve 117. maddelerine göre; şüpheli, sanık veya üçüncü kişilere ait iş yerlerinde de arama işlemi yapılabilecektir. İş yeri ve eklentilerinin aranması CMK'nın 119 ve AVÖAY'nin 30. maddelerinde düzenlenmiştir. Avukat büroları da iş yeri kapsamında değerlendirilmektedir. Fakat avukat bürolarının aranması, avukatın bağımsızlığının zedelenmemesi adına normal iş yerlerinin aranmasından daha farklı özellikler göstermektedir. Avukatın müvekkille olan ilişkisi güven ilişkisine dayanmaktadır, bu sebeple müvekkilin avukatına vereceği ve avukatın bürosunda muhafaza edeceği delillerin, belgelerin, mektupların ya da bilgilerin üçüncü kişilerin eline geçeceği endişesi taşıması ve kendini rahat hissedememesi sonucunda müvekkil bilgi ve belgeleri avukata vermekten imtina edecek, bu durum avukatın savunmayı etkin yapamaması ve savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracaktır. Bu sebeple Av. Kanunu'nun 58. maddesinde ve CMK'nın 130. maddesinde avukat bürolarının aranması, özel şartların varlığına tabi kılınmıştır. İş yeri niteliğinde olan avukat bürolarının aranması özellik arz ettiği için bunlara ilişkin arama hem CMK'nın 130. maddesinde hem de Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Av. K m. 58; *“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...”*

CMK m. 130; *“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...”* Kanun maddelerine bakıldığında avukat bürolarının aranabilmesi için kanun koyucunun üç şartın varlığını aradığı görülecektir. Bu şartlar; mahkeme kararının olması, aramanın savcı denetiminde gerçekleşmesi ve arama sırasında baro başkanının veya onu temsilen bir avukatın bulunmasıdır. Avukat bürolarının aranmasında, diğer iş yerlerinin aranmasındaki istisnai hükümler geçerli değildir. Sayılan şartlar dışında,

aramaya sebep olan suçun görev suçu mu adi suç mu olup olmadığı ayırımına gidilmeden; avukat bürolarının sadece mahkeme kararı ile aranabileceği düzenlenmiştir. Avukat bürolarının mahkeme kararıyla aranması gerektiği konusunda çeşitli görüş ayrılıkları mevcuttur. Bu görüşlerden Kocaoğlu, Örs ve Bozdağ avukat bürolarının aranması konusunda karar verecek yetkili merciin ağır ceza mahkemesi olması gerektiğini vurgulamışlardır. Aksi yönde; Serap Keskin Kiziroğlu, Centel ve Zafer ise, avukat bürolarının araması kararını verecek yetkili mercinin soruşturma ve kovuşturma aşamalarına göre farklılık göstermesi gerektiği ve soruşturma aşamasında avukat bürolarının aranması kararını verecek yetkili merciin ağır ceza mahkemesi değil, sulh ceza hakimliği olduğunu vurgulamışlardır.

Bizce, CMK'nın 130 ve Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin lafzına bakıldığında avukat bürolarının aranması kararının, mahkeme tarafından verileceği vurgusunun yapıldığı görülecektir. Yani tek başına hakim kararıyla, avukat bürolarının aranamayacağı düzenlenmiştir. Maddede hakim tabiri kasıtlı olarak kullanılmamış ve mahkemenin karar verebileceği vurgulanmıştır. Eğer CMK m. 130 ve Avukatlık Kanunu 58. maddeden anlaşılan, mahkeme değilde hakim tabiri olsaydı o zaman CMK'nın 119. maddesindeki genel arama şartlarından hiç bir farkı kalmayacak ve düzenlenen özel hüküm anlamını yitirecektir. Kaldı ki kanun koyucu 2004 tarihinden bu yana CMK'da birçok değişiklik yapmış fakat, CMK'nın 130. maddesinde yer alan mahkeme ibaresini değiştirmemiştir. Bunun yanı sıra 2004 yılında çıkarılan Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan sonra 2008 yılında Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde değişikliğe gidilmiş fakat hakimlik terimi kullanılmamış mahkeme ibaresi aynen korunmuştur. Bu sebeple mahkeme tabirinden, ağır ceza mahkemesinin anlaşılması gerektiğini düşünmekteyiz. Avukatın bağımsızlığının, müvekkilin avukata olan güveninin ve savunma hakkının zarar görmemesi için verilecek olan kararın üç hakimli bir heyetten yani ağır ceza mahkemesinden çıkması gerekmektedir. Kararı verecek olan ağır ceza mahkemesi, yargılamanın hangi aşamada olduğuna göre değişiklik gösterecektir. Soruşturma aşamasında avukat bürosunun aranmasına dair karar alabilmek için nöbetçi ağır ceza mahkemesine, kovuşturma aşamasında arama kararı alabilmek için ise, yargılamanın yapıldığı ağır ceza mahkemesine başvurulacaktır.

Avukatın konutunun aranmasıyla ilgili Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinde herhangi bir özel düzenlemeye yer verilmemiştir. Fakat Avukatlık

Kanunu'nun 58. maddesine bakıldığında avukatın üzerinin, bürosunun ve konutunun aranmasıyla ilgili düzenlemeye yer verildiği görülecektir. Av. K m. 58'deki; *"...Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir."* düzenlemesiyle avukatın konutunun da büro aramasıyla aynı koşullara tabi olduğu vurgulanmıştır. Yani avukatların dava dilekçelerini, dosyalarını ya da dava ile ilgili evraklarını ikinci bir büro vazifesinde kullandıkları konutlarında muhafaza edecek olmalarından ötürü özel bir düzenleme yapılarak konutların sadece mahkeme kararı ve bu kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde ve baro başkanı veya yetkilendirdiği bir avukatın katılımıyla gerçekleşeceği düzenlenmiştir. 58. maddede düzenlenen kural, avukatın görevinden doğan veya görev sırasında işlediği iddia olunan suçlarla ilgili olarak gerçekleştirilen konut aramalarında uygulanır. Avukatın görevinden doğan veya görev sırasında işledikleri iddia olunan suçlarla ilgili olarak gerçekleştirilen konut aramalarında arama kararını verecek yetkili merciin mahkeme olması gerektiği konusunda çeşitli görüş ayrılıkları mevcuttur. Bizce, CMK'nın 130 ve Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin lafzına bakıldığında avukat konutunun aranması kararının, mahkeme tarafından verileceği vurgusunun yapıldığı görülecektir. Yani tek başına hakim kararıyla, avukatın konutunun aranamayacağı düzenlenmiştir. Müvekkilin avukata olan güveninin sağlanması, avukatın bağımsızlığının ve sır saklama yükümlülüğünün korunması adına verilecek olan kararın üç hakimli bir heyetten yani ağır ceza mahkemesinden çıkması gerekmektedir.

Avukatın işlediği iddia olunan adi suç ile ilgili konut araması CMK'nın 119. maddesi gereğince, genel hükümlere göre yapılır. Avukatın konutunun büro olarak kullanıldığı hallerde ise, durum farklıdır. Bu durumda, müvekkilin özel hayatının korunması ve avukatın sır saklama yükümlülüğünün doğmasından ötürü CMK'nın 130. madde hükmü uygulanması gerekir. Bu durumda artık adi suç-görev suçu ayırımına gidilmeyecektir.

Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesindeki anlam karışıklıklarının önüne geçilmesi adına 58. madde şu şekilde yeniden düzenlenebilir;

"Avukatların Soruşturulması Usulü ve Avukatların Aranması"

Madde 58: Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır.

Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak ağır ceza mahkemesi kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Avukatın üstü ve eşyaları adli ve önleme araması kapsamında ancak sulh ceza hakiminin kararı ile ve savunma hakkını ihlal etmeyecek şekilde aranabilir. Ancak ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde yapılacak aramada Ceza Muhakemesi Kanunu'nun genel hükümleri uygulanır."

Adli amaçlı olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135 ile 138. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Avukatların telekomünikasyon yoluyla iletişimlerinin tespiti beş türden oluşmaktadır. Avukatların avukatlık meslekleri, baro organlarındaki görevleri veya Türkiye Barolar Birliği'ndeki görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma yapılması Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlıdır. Avukatın görevi sebebiyle işlediği suçtan dolayı iletişimin tespiti ancak şartların oluştuğu durumda Adalet Bakanlığı'nın soruşturma izni vermesiyle gerçekleşecektir. Avukatın görevi dışında, kişisel olarak işlediği bir suçtan dolayı hakkında soruşturma yapılması Avukatlık Kanunu'na göre genel hükümlere tabidir. Avukatın şüpheli-sanık konumunda olmadığı müdafii olduğu durumlarda, avukatın bağımsızlığının sağlanması ve savunma hakkının etkin bir şekilde kullanabilmesi için Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 136. maddesinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefon yerinin tespiti koruma tedbirlerinin müdafii hakkında uygulanamayacağı istisnası getirilmiştir.

CMK'nın 136. maddesinde; "*Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135. madde hükmü uygulanmaz.*" ifadelerine yer verilmiştir. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi yasağı şüpheliyi ya da sanığı korumaya yönelik olarak müdafii sıfatı bulunan avukata tanınmıştır. CMK'nın 136. maddesinde

sadece müdafî sıfatını taşıyan avukattan bahsedilmiştir. Avukatın müdafilik sıfatının zorunlu ya da ihtiyari müdafilik kapsamında veya seçilmiş ya da görevlendirilmiş müdafilik kapsamında olup olmadığının bir önemi yoktur. Önemli olan avukatın müdafilik sıfatına sahip olmasıdır. Doktrindeki bazı yazarlar CMK'nın 135. maddesinin 3. fıkrasındaki tanıklıktan çekinebilecek kişilerle şüpheli veya sanık arasındaki iletişimin kayda alınamayacağını belirtildiğini, hükmün müdafie de uygulanabileceğini çünkü müdafinin de tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında CMK'nın 46. maddesinde sayıldığını bu sebeple, CMK'nın 136. maddesindeki düzenlemenin gereksiz olduğunu ifade etmişlerdir. Fakat CMK'nın 136. maddesinin düzenlemesi ile 135. maddesinin 3. fıkrasının düzenlemesi birbirinden farklıdır. CMK m. 135/3'te *“Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.”* ifadesi yer almakta iken, CMK m. 136'da *“Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135. madde hükmü uygulanmaz.”* ifadesi yer almaktadır. Bu bağlamda CMK'nın 136. maddesi daha kapsamlı bir düzenlemeye sahiptir. Bu sebeple yapılan eleştirilere katılmıyoruz. Kaldı ki iletişimin tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefon yerinin tespiti tedbirleri CMK'nın 135. maddesinin 3. fıkrası kapsamında sayılmamıştır.

İncelenmesi gereken diğer bir konu ise, 136. maddede; *“müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları”*ndan söz edilmiş ve maddede belirtilen yerler dışında iletişimin denetlenip denetlenemeyeceği konusunda bir açıklık getirilmemiştir. Maddede sadece müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçlarından bahsedilmiş fakat, müdafinin mobil telefonları bakımından sınırlayıcı bir düzenleme yapılmamıştır. Günümüzde en çok kullanılan iletişim aracı olan mobil telefondan, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 136. maddesinde bahsedilmemesi önemli bir eksiklik ve kanun yapma yapma hatasıdır. Bu kanun yapma hatasının kanun koyucu tarafından giderilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, CMK m. 136 ile ulaşılmak istenen amaca ulaşamayacak avukatın sır saklama yükümlülüğünün ihlalini doğurup, avukatı mesleğini güven için de yapamaz hale getirecektir. Bu sebeple CMK'nın 136. maddesine *“mobil telekomünikasyon araçları”* ibaresi eklenmelidir.

Avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlarla ilgili yapılacak olan yargılamanın yetkili merci iznine bağlı olduğu ilk defa mülga 3499 sayılı Avukatlık Kanunu'nda düzenlenmiştir. İzin sistemi 3499 sayılı Kanunun 49. maddesinde şu ifadelerle düzenlenmiştir; *“Avukatların vazifeden doğan veya vazifa sırasında işlenen suçlarından dolayı haklarında takibat icrası Adliye vekilinin iznine bağlıdır. Tahkikat Adliye vekilinin tensib edeceği makam tarafından yapılır.”* Avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlarla ilgili yapılacak olan yargılamada izin verecek yetkili mercinin Adalet Bakanlığı değil, bizzat Adalet Bakanı'nın kendisi olduğu vurgulanmıştır. 1136 sayılı Kanunu'nun 58. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir; *“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...”* Kanunun 58. maddesi; avukatların, avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlarla sınırlı olarak, muhakeme şartlarından biri olan izin şartını düzenlemiş ve kabul etmiştir. İzni vermeye yetkili merci ise, 58. maddenin ilk halindeki gibi Adalet Bakanlığıdır. Fakat, yargının kurucu unsuru ve özgür savunmanın temsilcisi konumunda olan avukatın, savunma hakkının korunabilmesi ve etkin bir şekilde kullanabilmesi için, Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde izin vermeye yetkili kılınan makam *“Adalet Bakanı”* olarak değiştirilmelidir.

Avukatlık Kanunu'nun 59. maddesinde kanun yapma hatasından kaynaklı olarak *“58 inci maddeye göre yapılan soruşturmaya ait dosya Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne tevdi olunur. İnceleme sonunda kovuşturma yapılması gerekli görüldüğü takdirde dosya, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesine en yakın bulunan ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet Savcılığına gönderilir...”* ifadesi yer almaktadır. Teknik olarak kovuşturma yapılmasının uygun görülmesi üzerine dosyanın Cumhuriyet Savcılığına değil Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesi gerekmektedir. Bu sebeple Avukatlık Kanunu'nun 59. maddesinde yer alan *“Savcılık”* ifadesinin *“Başsavcılık”* olarak değişmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

ADAY, Nejat, *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları*, İstanbul, Beta Yay., 1994.

AĞKOÇ, Bülent, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Özel Hayata Saygı Hakkının Korunması Bağlamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE), 2010

AKGÖNENÇ, Oya, “Savunma Tarihi Üzerine Düşünceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1988, s. 16-19.

AKGÜNDÜZ, Ahmet, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı: Kamu Hukuku (Anayasa – İdare – Ceza – Usul - Vergi – Devletler Umumi)*, İstanbul, Osmanlı Araştırmalar Vakfı, 2011, C. 1.

AKSU, Muharrem, *Özgürlük ve Güvenlik Dengesinde Önleyici Amaçlı İletişimin Denetlenmesinin Temel Hak ve Özgürlükler Açısından Değerlendirilmesi*, (Doktora Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi SBE), 2011.

ARAS, Ümit Yaşar, *İnsan Hakları Temelinde Özel Hayat Hakkının Ulusal ve Uluslararası Alanda Uygulamaları*, (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi SBE), 2010.

ARTUÇ, Mustafa, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, Ankara, Adalet Yay., 2. Baskı, 2018.

ARTUKOĞLU, Muhammed Necat, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi*, (Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi SBE), 2019.

ATAMAN, Ahmet, *Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*, (Yüksek Lisans Tezi, Yalova Üniversitesi SBE), 2015.

ATAMAN, Zeynep Pelin, *Savunma Etiği Avukatlar İçin El Kitabı 1*, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi. <http://etik.gov.tr/avukatlaricineltitabi-savunmaetigi.pdf> (20.04.2020) Erişim T.

AYDIN, Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul, Beta Yay., 5. Bası, 2018.

BAKİ, Yunus, *Adli Arama*, (Yüksek Lisans tezi, Marmara Üniversitesi SBE), 2007.

BALAK, Müfit-Mert, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği Tarihi ve Gelişimi*, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi SBE), 2009.

BALCI, Muharrem, **SÖNMEZ**, Gülden, *Temel Belgelerde İnsan Hakları*, 1. Baskı, İstanbul, Danışman Yay. NO:4, 2001.

BATTAL, Şener, **ERDEM**, Nurşen, “Avukatlık Mesleğinin Türkiye’deki Tarihçesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1985, S. 5-6., s. 675-685.

BİLEN, Mesut, *Adli Arama ve Önleme Araması*, (Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi SBE), 2006.

BİLGE, Samet-Selahattin, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE), 2016.

BİLMEN, Ömer Nasuhi, *Hukukî İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, Bilmen Yayınevi, C. 6, 1991.

BOZDAĞ, Ahmet, “Türk Ceza Hukukunda Avukatların Aranması”, *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birikimler 2*, İstanbul, 2006.

BOZDAĞ, Ahmet, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, Ankara, Adaley Yay., 2014.

BOZDAĞ, Ahmet, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Hukuki Yardım Alma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, S. 132, s. 121-147.

BOZKURT, Argun, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesine Bir Bakış”, *Ankara Barosu*

Dergisi, 2018, S. 4., s. 211-223.

BUDAK, Ali Cem, “Avukatlık Kanunu’nun 2. Maddesine Göre Avukatın Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, 2004, S. 1, s. 365-375.

BULDUK, Seyfi, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ile Ceza Muhakemesi Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, (Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi SBE), 2014.

CENTEL, Nur , *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, İstanbul, Kazancı Hukuk Yay., 1984.

CİHAN ,Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, “Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye’nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi”, *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, 2011, S. 29, s. 93-124.

CİN, Halil, **AKYILMAZ**, Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya, Sayram Yay., 2011.

ÇELİK, Adil Giray, *Tarihte Savunma ve Meslek Kuralları*, Denizli, Basım Ajans Matbaası, 1999.

ÇELİK, Adil Giray, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi ve Meslek Öncesi Eğitim”, *Bursa Barosu Dergisi*, Mayıs 2000, S. 63, s. 44-67.

ÇELİK, Lamih, “Meslek Kurallarında Avukatın Bilgi Verme Yükümlülüğü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, S. 67, s. 399-420.

ÇELİK, Lamih, “Meslek Kurallarında Avukatın Özen Yükümlülüğü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, S. 72, s. 338-350.

DEMİR, Abdullah, *Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi*, İstanbul, Hazine Yayınları, 2010.

DEMİR, Abdullah, *İslam Hukuku*, İzmir, Yitik Hazine Yay., 2015.

DEMİRBAŞ, Timur, “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, *Sahir Erman’a*

Armağan, İstanbul, Alfa Yay., 1999.

DEMİRTAŞ, Cengiz, *Önleyici Tedbir Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE), 2010.

DIVRAK, Yasin, **KILIÇ**, Ahmet-Hasan, “Savunma Hakkı”, *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birikimler* 2, İstanbul, 2006.

DOĞAN, Duygu-Çağlar, “Ceza Muhakemesinde Adli Arama”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 92, 2011, s. 155-180.

DURAN, Lûtfi; İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

EKİNCİ, Ekrem Buğra, *İslam Hukuku*, İstanbul, Arı Sanat Yay., 2006.

ERDAĞ, Ali İhsan, “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli sorun olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 92, 2011, s. 31-61.

ERDAGÖZ, Özcan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, (Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi SBE), 2008.

ERDEMİR, Nevzat, “Hukuk Devleti ve Savunma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1988, s. 81-90.

ERDİN, Bayram, “Türk Ceza Kanununun 301 ve Avukatlık Kanununun 58’inci Maddeleri Muvacehesinde Adalet Bakanlığının/Bakanının Soruşturma İzni Yetkisinin Niteliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.106, 2013, s. 393-410.

EREM, Faruk, *Meslek Kuralları Şerhi*, Ankara, Ankara Barosu Yay., 1973.

EREM, Faruk, “Savunma Hakkının Kökeni”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1984, S. 5, s. 689-705.

EREM, Faruk, “Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi” , *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1990/2, s. 206-214.

ERGÜL, Teoman, “Savunmanın Teori ve Uygulaması”, *Ankara Barosu Dergisi*,

1990, S. 4, s. 591-599.

ERTÜRK, Cahide Sultan, *Türk Hukukunda Kamu Avukatlığı ve Bağlı Avukatlık*, (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE), 2010.

ERUYAR, Mustafa, *Ceza Yargılamasında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE), 2015.

ESİRGİN, Seda, “Tanzimattan Cumhuriyete Avukatlık”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 63, 2014, S. 4, s. 737-778.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, *İslam ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı*, İstanbul, Beta Yay., 1. Bası, 1996.

FEYZİOĞLU, Metin, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Ankara, Yetkin Yay., 2002.

FOUCAULT, Michel, *Hapishanenin Doğuşu*, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Ankara, İmge Yay., 1992.

GÖKCEN, Ahmet, **BALCI**, Murat, **ALŞAHİN**, M. Emin, **ÇAKIR**, Kerim, *Ceza Muhakemesi Hukuku 1*, Ankara, Adalet Yay., 2. Baskı, 2017.

GÖKCEN, Ahmet, **BALCI**, Murat, **ALŞAHİN**, M. Emin, **ÇAKIR**, Kerim, *Ceza Muhakemesi Hukuku 2*, Ankara, Adalet Yay., 2. Baskı, 2018.

GÖZLER, Kemal, **KAPLAN**, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, 17. Baskı, Bursa, Ekin Yay., 2015.

GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 18 Baskı, Bursa, Ekin Yay., 2015.

GÜNER, Orhan Seyfi, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birikimler 1*, 2. Bası, İstanbul, Haziran 2013.

GÜNER, Semih, *Avukatlık Hukuku*, Ankara, Yetkin Yay., 2011.

GÜRSELER, Güneş, “Baroların Bağımsızlığı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, S. 54, s. 303-323.

HERDEM, Emre, *Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi*, (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE), 2015.

İNANICI, Haluk, “Cumhuriyet Türkiye’inde Bir Meslek Avukatlık”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2000, S. 7-8-9, s. 818-837.

KAYA, Köroğlu, “İslam ve Osmanlı Yargılama Hukuku’nda Esbab-ı Mucibe”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Temmuz 2016, S. 2, s. 173-200.

KAYMAZ, Seydi, *Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, Ankara, Seçkin Yay., 2015.

KİZİROĞLU-KESKİN, Serap, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 2009, s. 139-168.

KOCAOĞLU, S. Sinan, *Müdafi*, Ankara, Seçkin Yay., 1. Baskı, 2011.

KOCAOĞLU, S. Sinan, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012, s. 43-69.

KORKUSUZ, M. Refik, *Avukatlık Hukukuna Giriş*, Karahan Kitapevi, Adana, 2008.

KULA, Sedat, **ÇAKAR**, Bekir, “Maslow İhtiyaçlar Hiyerarşisi Bağlamında Toplumda Bireylerin Güvenlik Algısı ve Yaşam Doyumu Arasındaki İlişki”, *Bartın Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 12, 2015, s. 191-210.

KUNTER, Nurullah, **YENİSEY**, Feridun, *Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, İstanbul, Beta Yay., 2004.

KUNTER, Nurullah, **YENİSEY**, Feridun, **NUHOĞLU**, Ayşe, *Muhakeme Hukuk Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Bası, İstanbul, 2006.

KUNTMAN, Osman, “Türkiye’de Avukatlık Mesleğinin, İstanbul Barosunun Tarihçesi ve Yabancıların Kurduğu Baro”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 1988, S. 4-5-6, s. 254-294.

MAHMUTOĞLU, Fatih, **TALAS**, Serdar, “Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2007 Ocak.

MISIR, Haşim, *Avukatın Görev Suçları*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2018, s. 25.

MURAT, İlker, *Teknik İstihbarat Faaliyeti Olarak Adli Ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi*, (Yüksek Lisans Tezi, Harp Akademileri Stratejik Araştırmalar Enstitüsü), 2014.

ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966.

OPTİCAN, Scoot L., *Amerika, Kanada ve Yeni Zellanda’da Hukuka Aykırı Deliller, Arama ve İkrar*, Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller, Çev. Feridun Yenisey, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yay., 2006.

ÖRS, Cengiz Ozan, “Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 123, 2016, s. 109-146.

ÖZBEK, V. Özer, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Ankara, Seçkin Yay., 1999.

ÖZKAN, Meral Sungurtekin, *Avukatlık Hukuku*, İzmir, Fakülteler Kitabevi Barış Yay., 2006.

ÖZKENT, Ali Haydar, *Avukatın Kitabı*, İstanbul, Arkadaş Basımevi, 1940.

ÖZTATAR, Hakan, *Türkiye’de Avukatlık Mesleği ve Sorunları*, (Uzmanlık Tezi, İnönü Üniversitesi SBE), 2011.

ÖZTÜRK, Bahri, **ERDEM**, Mustafa Ruhan, **ÖZBEK**, Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Bası, Ankara, Seçkin Yay., 2002.

ÖZTÜRK, Bahri, **ERDEM**, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yay., 2007.

ÖZTÜRK, Bahri, Özel Hayatın Gizliliği ve Arama, *Manisa Barosu Dergisi*, Y. 11, 1992, S. 41, s. 4-12.

ÖZTÜRK, Müge Vatansever, “Osmanlı Devleti’nde Avukatlık (Dava Vekilliği) Kurumu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, Ekim 2018, S. 146, s. 46-53.

PAYEN, Fernand, *Baro Sanat ve Vazife*, Çev. Ali Haydar Özkent, İstanbul, Arkadaş Basımevi, 1935.

QINAMİ, Aranit, *Türk Avukatlık Hukukunun Arnavutluk Avukatlık Hukuku İle Karşılaştırılması*, (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE), 2013.

ROUSSELET, Marcel, *Adalet Tarihi*, Çev. Adnan Cemgil, İstanbul, Remzi Kitapevi, 1963.

ŞAHİN, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Hukuku 1*, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yay., 2014.

ŞAHİN, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Hukuku 2*, Ankara, Adalet Yay., 2018.

SAKAOĞLU, Necdet, *Dünden Bugüne İstanbul Ansiklopedisi*, İstanbul, Kültür Bakanlığı ve Tarih Vakfı Ortak Yay., C. 1, 1993.

SELÇUK, Sami, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, 6. Baskı, Ankara, Yeni Türkiye Yay., 2000.

ŞEN, Ersan, *Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, Kazancı Kitap, İstanbul, 1996.

ŞEN, Ersan, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2018, S. 2013/2, s. 333-343.

ŞENOL, Talay, “Bağımsız Avukatlık”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, S. 54, s. 269-291.

ŞİŞMAN, Hasan, “Avukatın Üzerinin, Büro Veya Konutunun Aranması”, [\(https://hasansisman.wordpress.com/2012/10/13/avukatin-uzerinin-buro-veya-konutunun-aranmasi/\)](https://hasansisman.wordpress.com/2012/10/13/avukatin-uzerinin-buro-veya-konutunun-aranmasi/)

SUNGURTEKİN, Meral, *Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, İzmir, Döner Sermaye Yay., 1995.

TEZCAN, Durmuş, **ERDEM**, Mustafa Ruhan, **ÖNOK**, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin Yay., Güncellenmiş 15. Baskı, 2017.

TIRTIR, Mustafa, *Telekomünikasyon Yolu İle İletişimin Denetlenmesi*, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi SBE), 2015.

TURGUTALP, Mehmet Ali, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi (5271 Sy. CMK'nın 135. Maddesi)*, (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE), 2011.

TÜYSÜZ, Hüseyin, *Suçla Mücadelede İletişimin Denetlenmesi*, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Ceza Adalet Yönetimi Anabilim Dalı, (Yüksek Lisans Tezi), 2010.

ÜÇOK, Coşkun, **MUMCU**, Ahmet, **BOZKURT**, Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara, Turhan Kitapevi, 12. Bası, 2007.

ÜNVER, Yener, **HAKERİ**, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Adalet Yay., 2014.

ÜNVER, Yener, **HAKERİ**, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Adalet Yay., 16. Baskı, 2019.

UYAR, Talih, Avukatın “Özen Yükümlülüğü” ve “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, S. 131, s. 373-404.

VURALDOĞAN, Kemal, “Avukatın Üzerinin Aranması Sorunu ve Avukat Vuraldoğan Davası”,http://www.turkhukuksitesi.com/makale_187.htm (25.04.2020).

YALÇIN, Hüseyin, *Önleme Araması*, (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE), 2010.

YENİSEY, Feridun, **NUHOĞLU**, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin Yay., 6. Baskı, 2018.

YERLİ, Fahrettin Kemal, “Kutsal Bir Hak: Savunma Hakkı”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 78, S. 3, 2004, s. 869-906.

YILMAZ, Ejder, “Bir Meslek Olarak Düünden Yarına Doğru Avukatlık”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1995, C. 44, S. 1-4., s. 193-208.

YOKUŞ-SEVÜK, Handan, “Postada El Koyma Ve Telekomünasyon Yoluyla Yapılan İletişiminin Denetlenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 69, 2007, s. 97-124.

YOLAÇAR, Nevzat, *Kamu Görevlilerinin Yargılanmasında İzin Sistemi*, (Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi SBE), 2016,

YÜCE, Turhan Tufan, “Alman-Türk Ceza Muhakemeleri Usulünde Savunma Hakkı (1)”, *Adalet Dergisi*, LI, S. 11-12, 1960, s. 1017 vd.

ZAFER, Hamide, **CENTEL**, Nur, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Beta Yay., Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Bası, 2010.

ZAFER, Hamide, *Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan*, Beta Yay., 2013, s. 507-540.