



**T.C.
ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
CEZA VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKU BİLİM DALI**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE YARGITAY
KARARLARI İŞİĞINDA KORUMA TEDBİRLERİ
KAPSAMINDA MÜDAFİE ÖZGÜ DÜZENLEMELER**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Meral BALCI

BURSA - 2014



T.C.
ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU BİLİM DALI

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE YARGITAY
KARARLARI IŞIĞINDA KORUMA TEDBİRLERİ
KAPSAMINDA MÜDAFİE ÖZGÜ DÜZENLEMELER

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Meral BALCI

Danışman:

Yrd. Doç. Dr. Öznur SEVDİREN

BURSA-2014

T. C.
ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bilim Dalı'nda 701280013 numaralı Meral BALCI'nın hazırladığı “ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Kapsamında Müdafie Özgü Düzenlemeler ” konulu Yüksek Lisans Tezi ile ilgili tez savunma sınavı, 10/09/ 2014 günü 10:00 – 11:00 saatleri arasında yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin başarılı olduğuna oybirliği ile karar verilmiştir.

Üye (Tez Danışmanı ve Sınav Komisyonu
Başkanı)
Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

Yrd. Doç. Dr. Öznur Sevdiren
Uludağ Üniversitesi



Üye
Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

Yrd. Doç. Dr. Güçlü Akyürek
MEF Üniversitesi



Üye
Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

Yrd. Doç. Dr. Timuçin Köprülü
Uludağ Üniversitesi



10/09/ 2014

ÖZET

Yazar Adı ve Soyadı	: Meral BALCI
Üniversite	: Uludağ Üniversitesi
Enstitü	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı	: Kamu Hukuku
Bilim Dalı	: Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku
Tezin Niteliği	: Yüksek Lisans Tezi
Sayfa Sayısı	: X + 203
Mezuniyet Tarihi	: 10 / 09 / 2014
Tez Danışmanı	: Yrd. Doç. Dr. Öznur SEVDİREN

TÜRKÇE TEZ BAŞLIĞI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Kapsamında Müdafie Özgü Düzenlemeler

Ceza muhakemesinde şüpheli veya sanık ile müdafii arasındaki ilişkinin gizliliği, arama, elkoyma ve telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirleri bakımından yasal olarak ayrıca düzenlemeyi gerekli kılmıştır. Kanunda belirtilen sıkı şartların yerine getirilmesi halinde müdafinin bürosunda ve konutunda arama ve elkoyma geçerlidir. Bununla birlikte, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri bağlamında yasaklayıcı hüküm, şüpheli veya sanığın kendisine yüklenen suç nedeniyle müdafii ile iletişiminin, bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçlarıyla yapılması halinde tedbire konu olamayacağını kabul etmiştir. Bu konuya ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan Adil Yargılanma Hakkı (m.6) ve Özel Hayata Saygı Hakkı (m.8) kapsamında karar vermektedir.

Netice itibariyle, bu tezde müdafii özelinde arama, elkoyma ve telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirlerine ilişkin yasal düzenlemeler ve Yargıtay kararları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde adil yargılanma hakkı ve özel hayata saygı hakkının korunması bağlamında incelenmiştir.

ANAHTAR SÖZCÜKLER

Müdafii, arama, elkoyma, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

ABSTRACT

Name and Surname : Meral BALCI
University : Uludağ University
Institution : Social Science Institution
Field : Public Law
Branch : Criminal and Criminal Judgement Law
Degree Awarded : Master
Page Number : X + 203
Degree Date : 10 / 09 / 2014
Supervisor : Asst. Prof. Öznur SEVDİREN

İNGİLİZCE TEZ BAŞLIĞI

Privileged Legal Regulation About Defense Counsel In Precautionary Measures In The Context of European Court of Human Rights and Court of Cassation Decisions

Attorney- client privilege in criminal procedure has been required to privileged legal regulations with regards to search, seizure, interception of correspondence through telecommunication. In case of execution of special terms referred to in law, search and seizure in office and dwelling of defense counsel is applicable. However, prohibitive provision in relation to interception of correspondence through telecommunication agreed that in connection with investigations related to the suspect or the accused, this measure of protection shall not be applied for telecommunication devices in the office, dwelling and domicile of a defense counsel. In relation to this matter European Court of Human Rights makes a decision in the ceontext of Right to a Fair Trial (Article 6) and Right to Respect for Private Life (Article 8) in European Convention on Human Rights.

Consequently, privileged legal regulation about defense counsel with regards to search, seizure, interception of correspondence through telecommunication and Court of Cassation Decisions has been examined in the context of the protection of the right to respect for private life and right to a fair trial by European Convention on Human Rights in this thesis.

KEYWORDS

Defense counsel, search, seizure, interception of correspondence through telecommunication, European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights

ÖNSÖZ

Bu çalışmanın hazırlanmasına son dönemlerde ceza yargılamasının kurucu unsurlarından savunma makamına ve savunmanın “aktörleri” olan müdafilere yönelik hukuksuz uygulamaların artması sebebiyle gerek duyulmuştur. Gerekli fakat yeterli olmayan yasal güvencelerin varlığına rağmen, bu yasal düzenlemelerin hak ve özgürlükler aleyhine uygulanması, savunmanın gereği gibi yerine getirilmemesine hatta savunmanın yapılamamasına neden olabilmektedir. Olması gereken, savunmanın bir adım geriden gelmesi değil, ceza muhakemesinin diğer kurucu unsurları olan iddia ve yargılama makamları ile eşit durmasıdır. Savunma bağımsızlığının sağlanmasına yönelik olumlu adımlar atılması umuduyla,

Tez çalışmamı hazırladığım süreç boyunca karşılaştığım problemleri çözümlememde bilgi ve tecrübesiyle yol gösteren, her türlü yardım ve desteği sağlayan ve kendisinden mesleğe ilişkin teorik ve pratik anlamda öğrenmem gereken birçok şey olduğunun bilincinde olarak birlikte çalışmaktan onur duyduğum değerli hocam Yrd. Doç. Dr. Öznur SEVDİREN’e,

Çalışmama ilişkin kaynaklara ulaşmam konusunda yardımlarını esirgemeyen sevgili dostum Arş. Gör. Ceren KARAGÖZOĞLU, kürsü arkadaşlarım Arş. Gör. Ülkü AYDEMİR ve Arş. Gör. Şerif Ahmet ÖZTÜRK’e,

Çalışmamın her aşamasında maddi ve manevi desteklerini esirgemeyen, bu günlere gelmemde en büyük pay sahibi olan anne ve babama sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Meral BALCI

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
ÖZET.....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vi
KISALTMALAR.....	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MÜDAFİ KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, HAK, YETKİ VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. GENEL OLARAK.....	5
B. MÜDAFİ KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....	7
1. Müdafii Şüpheli veya Sanığın Temsilcisi Olduğu Görüşü.....	11
2. Müdafii Şüpheli veya Sanığın Yardımcısı Olduğu Görüşü.....	12
3. Müdafii Adalet Organı Olduğu Görüşü.....	13
4. Doktrinde Yer Alan Görüşlerin Genel Olarak İncelenmesi.....	14
C. MÜDAFİLİK KURUMUNUN TARİHÇESİ.....	16
1. Eski Hukuklarda Müdafilik.....	16
2. Türk Hukukunda Müdafilik.....	18
a. Osmanlı İmparatorluğu Döneminde.....	18
b. Cumhuriyet Döneminde.....	19
D. MÜDAFİİN YETKİ VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	21
1. Müdafiiin Bağımsız Olması.....	21
2. Müdafiiin Dosya İnceleme ve Örnek Alma Yetkisi.....	28
3. Müdafiiin Şüpheli veya Sanık ile Görüşme ve Yazışma Yetkisi.....	34
4. Müdafiiin Hazır Bulunma Yetkisi.....	44
5. Müdafiiin Soru Sorma Yetkisi.....	52
6. Müdafiiin Kanun Yollarına Başvurma ve Geri Alma Yetkisi.....	53
7. Müdafiiin Savunma Yükümlülüğü.....	58

8. Müdafinin Sır Saklama Yükümlülüğü ve Bu Bağlamda Tanıklıktan Çekinme Hakkı	63
9. Müdafinin Maddi Gerçeğin Ortaya Çıkmasına Yardım Etme Yükümlülüğü	73

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA KORUMA TEDBİRLERİ KAPSAMINDA MÜDAFİ BAKIMINDAN ARAMA, ELKOYMA, TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

I. ARAMA TEDBİRİ	79
A. GENEL OLARAK	79
1. Kavram ve Hukuki Niteliği	81
2. Müdafî Açısından Arama Tedbirinin Tarihsel Gelişimi	82
3. Aramanın Amacına Göre Türleri	85
a. Müdafî Bakımından Önleme Araması ve Kapsamı	86
b. Müdafî Bakımından Adli Arama ve Kapsamı	90
(1) Genel Olarak Adli Arama	90
(2) Müdafî Bakımından Adli Aramanın Konu İtibariyle Kapsamı	94
(3) CMK Kapsamında Müdafî İlişkin Adli Aramanın Şartları	103
i. Arama Kararının “Somut Delillere Dayalı Kuvvetli Şüphe” Üzerine Verilmiş Olması	105
ii. Arama Kararının Mahkeme Tarafından Verilmiş Olması	109
iii. Aramanın Cumhuriyet Savcısının Denetiminde Olması	111
iv. Aramada Baro Başkanının veya Onu Temsil Eden Bir Avukatın Hazır Bulunması	112
v. Aramanın Yer Bakımından Avukat Bürosuyla Sınırlı Olması	114
vi. Aramanın Kararda Belirtilen Amaçla Sınırlı Olması	116
(4) Avukatlık Kanunu Kapsamında Müdafî İlişkin Adli Arama	120
II. EL KOYMA TEDBİRİ	124
A. GENEL OLARAK	124
B. KAVRAM VE HUKUKİ NİTELİĞİ	127
C. HUKUKUMUZDA MÜDAFİ AÇISINDAN ELKOYMA TEDBİRİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ	128
D. CMK KAPSAMINDA MÜDAFİ AÇISINDAN ELKOYMA	130
1. Müdafî Açısından Elkoyma Tedbirinin Kapsamı	134

a. Bürosunda Elkoyma.....	134
b. Postada Elkoyma	139
2. Müdafî Açısından Elkoyma Tedbirinin Şartları.....	142
a. Bürosunda Yapılacak Elkoyma Bakımından.....	142
b. Postada Elkoyma Bakımından.....	144
III. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ	146
A. GENEL OLARAK.....	146
B. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KAVRAMI	151
C. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	154
D. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ	162
E. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN AMACA GÖRE TÜRLERİ.....	165
F. CMK KAPSAMINDA MÜDAFİ AÇISINDAN TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ.....	167
1. Genel Olarak	167
2. Müdafîin Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişiminin Denetlenememesinin Kişi Bakımından Kapsamı	169
3. Müdafîin Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişiminin Denetlenememesinin Konu Bakımından Kapsamı	171
SONUÇ VE DEĞERLENDİRMELER.....	182
KAYNAKLAR.....	187
ÖZGEÇMİŞ.....	202

KISALTMALAR

Kısaltma	Bibliyografik Bilgi
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
a.e.	Aynı eser
a.g.e.	Adı Geçen Eser
a.g.m.	Adı Geçen Makale
a.g.tz.	Adı Geçen Tez
AİHK	Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY	Anayasa
AYM	Anayasa Mahkemesi
bkz.	Bakınız
Bkz.yuk.	Eserin kendi içinde yukarı atıf
BM	Birleşmiş Milletler
Bs.	basım
C.	Cilt
CD	Ceza Dairesi
CGTİK	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
C.Savcısı	Cumhuriyet Savcısı
ÇASÖMK	Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu
Çev.	çeviren
Dn.	dipnot
E.	Esas
GSM	Global System for Mobile Communications
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
K.	Karar
K.T.	Karar Tarihi
m.	madde
MİT	Milli İstihbarat Teşkilatı
MK	Medeni Kanun
MSHS	Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme
Prg.	Paragraf
PTT	Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü
PVSK	Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
s.	sayfa
ss.	Sayfadan sayfaya

S.	Sayı
TCK	Türk Ceza Kanunu
TMK	Terörle Mücadele Kanunu
Vb.	Ve benzeri
Vd.	Ve devamı
V.dğr.	Ve diğerleri
Vs.	vesair
Y.	Yargıtay
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YGİY	Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
Yön.	Yönetmelik

GİRİŞ

Savunma, ceza yargılamasında sanık veya şüpheli açısından sürecin gelişimine etki eden önemli bir unsurdur. Sanık lehine en iyi sonucun elde edilmesi işlevine sahip olan ve taşıdığı önem sebebiyle, gerek iç hukukumuzda gerekse uluslararası belgelerde hukuksal düzenlemelerle karşılığını bulan savunma, şüpheli veya sanık için hak olmakla birlikte, hukuki açıdan etkin şekilde kullanılmasını sağlayan müdafii bakımından da yetki ve yükümlülüktür.¹ Savunma makamının aktörü olan müdafii, aynı zamanda yargılama sürecinin bütünü ele alındığında tüm yargılama süjeleri için geçerlilik taşıyan maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacına da hizmet etmektedir.² Bu nedenle müdafiiin sahip olduğu hak ve yetkilerin tek yönlü olarak diğer bir ifadeyle sadece sanıkla olan ilişkisi bakımından incelenmesi her zaman hukuka uygunluğu sonuçlamaz.

Müdafiiin savunma görevini en iyi şekilde yerine getirebilmesini sağlamaya yönelik kabul edilen ayrıcalıklar, koruma tedbirleri bağlamında özel önem taşımaktadır. Bunlar keyfi imtiyazlar olarak nitelendirilemeyecek olup, taşınan sıfatın ve icra edilen mesleğin özelliği gereği ve aynı zamanda yargının baskı altına alınmamasına yöneliktir³. Koruma tedbirleri, belli şartların varlığı ile hak veya özgürlüğe yönelik saldırıyı meşruiyet zırhına bürüten ceza muhakemesine özgü tedbirlerdir. İlişkili oldukları hak ve özgürlüklerin farklılığı, taşınmaları gereken şartların da farklı olmasını gerekli kılar.⁴ Müdahalenin yoğunluğu fazlaştıkça, tedbirin uygulanabilirliğini sağlayan şartlar da sıkışmakta ve artmaktadır. Tüm koruma tedbirleri bakımından geçerli ortak bir düzenlemeye gidilmeyip, bazı koruma tedbirleri için müdafiiin ayrıcalıklı kılınması, şüpheli veya sanık ile arasındaki hukuksal ilişki sebebiyledir. Zira müdafii ile ilgili özgü düzenlemeler, kişisel olmayıp, yerine getirdiği savunma hakkı ve bağımsızlığına aittir.

Özgü düzenlemelere yer verilmiş olan arama, elkoyma ve telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, koruma tedbiri olmalarından dolayı taşıdıkları ortak

¹ Sinan Kocaoğlu, **Müdafii**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, s.233.

² Veli Özer Özbek- Mehmet Nihat Kanbur- Koray Doğan- Pınar Bacaksız- İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4.bs, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012

³ Ersan Şen, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.2, 2013, ss.333-343, s.343.

⁴ Bahri Öztürk- Durmuş Tezcan- Mustafa Ruhan Erdem- Özge Sırma- Yasemin F. Saygılar- Esra Alan, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3.bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s.381.

özellik sebebiyle, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayacak delillerin elde edilmesine yöneliktir.⁵ Suç şüphesi altında bulunan kişinin devam eden süreçte, en fazla iletişimde bulunduğu kişinin kendisini savunacak olan müdafii olduğu düşünüldüğünde, delil elde edilme ihtimali müdafinin çevresinde yoğunlaşmaktadır. İşte maddi gerçeğin ortaya çıkarılması pahasına hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalelerde, bu üç tedbir özellikle savunma hakkını ihlal etmeye daha elverişlidir. Bununla birlikte unutulmaması gereken ise, kolluk yetkililerine “savunma özgürlüğü”nü inkar ayrıcalığı tanıyan kanun hükmü bulunmadığıdır⁶. Özellikle son dönemde savunmanın güvencesi olan avukatlara yönelik gerçekleştirilmiş olan bürolarında ve konutlarında yapılan hukuka aykırı aramalar, yasal düzenlemelerin uygulamaya konulması noktasında yetersiz kaldığını, keyfi müdahalelerin süregeldiğini göstermektedir⁷. Yine son dönemde bazı avukatların Adalet Bakanlığı’nın iznine dahi gerek duyulmaksızın yasadışı dinlenmeleri, savunma hakkına ve savunmayı hukuk düzleminde temsil eden avukatlık mesleğinin icrasına, adil yargılanma hakkına müdahale niteliği taşıyan hukuka aykırılık örneğidir⁸.

Belirtilmelidir ki; çalışmaya esas teşkil eden arama ve elkoymaya ilişkin düzenlemeler, yalnızca müdafii için geçerli olmayıp, avukatlık yapan tüm avukatlar bakımından geçerlidir. Hem Ceza Muhakemesi Kanunu’nda hem de arama bakımından ayrıca Avukatlık Kanunu’nda yer alan düzenlemeler uyarınca, avukatlık mesleğinin taşıdığı önem sebebiyle, avukatın mesleki faaliyetlerini sürdürdüğü bürosu ve özel hayatını sürdürdüğü konutunun aranması özelliğidir.⁹ Kanun koyucu, arama ve elkoyma bakımından kanunda belirtilen sıkı şartların yerine getirilmesi halinde müdafinin bürosunda ve konutunda aramanın geçerli olduğu kuralından hareket etmiş olmakla birlikte, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri bağlamında yasaklayıcı

⁵ Veli Özer Özbek v.dğr., a.g.e., s.262 vd.

⁶ Faruk Erem, “Avukat Bürolarında Arama”, **Yargı**, S.11, 1977, ss.2-3, s.2.

⁷ 18.01.2013 tarihinde Çağdaş Hukukçular Derneği yöneticisi ve üyesi 9 avukatın tutuklandığı soruşturma kapsamında avukatların bürolarında ve konutlarında gerçekleştirilen hukuka aykırı aramalar hakkında İstanbul Barosu Başkanlığı’nın açıklaması şu şekilde olmuştur: “...Aramaların çoğu kez olduğu gibi somut bir isnat olmaksızın, adeta her kapıyı açan “örgüt” isnadı ile ve neyin arandığı belirtilmeksizin verilen kararlarla yapılması bir yana, bu kez daha vahim hukuksuzluklar yaşanmıştır. Kanunun açık hükümlerine rağmen, Cumhuriyet savcısı ve Baro temsilcisi beklenmeden bazı avukat bürolarının kapıları polis tarafından “kırılarak” içeri girilmiş, avukatın müvekkille olan yazışma ve belgeleri incelemeye tabi tutulmuş, aramalar kayda alınmış, gereklilik ve orantılılık kriterlerine uyulmadan gözaltı işlemi uygulanmıştır. (...)” (çevrimiçi) <http://www.istanbulbarosu.org.tr>, erişim tarihi: 18.08.2013.

⁸ Türkiye Barolar Birliği’nin olaya ilişkin açıklaması hakkında bkz. (çevrimiçi) <http://www.barobirlik.org.tr>, erişim tarihi: 30.07.2014.

⁹ Faruk Erem, **Diyaletik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku**, 6.bs, Işın Yayıncılık Limited Şirketi, Ankara, 1986, s.486.

hükümden hareket ederek, şüpheli veya sanığın kendisine yüklenen suç nedeniyle müdafii ile iletişiminin, belli yerlerde ve belli iletişim araçlarıyla yapılması halinde tedbire konu olamayacağını kabul etmiştir.

Müdafii açısından söz konusu tedbirlerin uygulanması halinde müdahale edilen hak ve özgürlükler kişi dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, mülkiyet hakkı, haberleşme özgürlüğü tek başına değerlendirilmemekte; savunma hakkı ve adil yargılanma hakkı genelinde silahların eşitliği, tanıklıktan çekinme hakkı, sır saklama yükümlülüğü, savunmanın dokunulmazlığı ve bağımsızlığı ile olan ilişkileri çerçevesinde ele alınmaktadır.¹⁰ AİHM de önüne gelen davalarda, müdahalenin hukuka uygunluğunu, amacının meşruluğunu ve demokratik bir toplumda gerekliliğini yalnızca “Özel hayata saygı” (m.8) kapsamında ele almakla kalmamakta “adil yargılanma hakkı” üst başlığı dahilinde şüpheli veya sanığın hakları bağlamında müdafinin yardımından yararlanma hakkını da değerlendirmektedir¹¹.

Çalışma, müdafinin yargılamadaki konumu, şüpheli veya sanıkla olan ilişkisi temel alınarak koruma tedbirleri karşısında sahip olduğu güvencelerin yeterliliğinin, temel hak ve özgürlüklere bu şekilde gerçekleştirilen müdahalelere maruz kalan kişinin müdafii olması halinde meşruluğunu sağlayan unsurların değerlendirilmesini kapsamaktadır.

Çalışmamızın müdafii başlığını taşıyan ilk bölümünde; öncelikle müdafii kavramı ele alınacaktır. Mevzuatta yer alan yasal düzenlemeler çerçevesinde müdafilik kurumu açıklanmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda bütünlüğün sağlanması açısından, doktrinde üzerinde görüş birliği sağlanamamış olan müdafinin hukuki durumuna ilişkin inceleme, doktrinde yer alan görüşler çerçevesinde yapılacaktır. Genel olarak müdafilik kavramı, hukuki niteliği ve tarihsel gelişiminin ele alınmasından sonra ceza yargılamasında savunma makamını işgal eden müdafinin yargılama sürecinde şüpheli veya sanıkla birlikte veya tek başına kullanabileceği yetkiler irdelenirken, aynı zamanda yerine getirmesi gereken yükümlülükler açıklanmaya çalışılacaktır. Özellikle çalışmanın devamında öne çıkan koruma tedbirleri ile doğrudan ilgili olan yetki ve yükümlülüklerin Yargıtay

¹⁰ Ursula Kilkelly, **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz**, İnsan Hakları El Kitapları No: 1, Ankara, 2012, s.48.

¹¹ Cem Şenol, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Müdafinin İletişiminin Denetlenmesi”, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.19, S.2, 2013, ss.1667-1692, s.1688

uygulanmasında nasıl değerlendirildiği ve ayrıca Anayasa m.90 ile hukukumuz açısından hukuki dayanağa sahip olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi temelinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya nasıl ve ne açıdan yaklaştığı incelenen hususlardır.

Çalışmanın ikinci bölümünde koruma tedbirlerinden müdafii için özgü düzenlemelere sahip olan arama, elkoyma ve telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi sırasıyla ele alınacaktır. Konu bütünlüğünün sağlanması açısından öncelikle her bir tedbire ilişkin genel açıklamalara yer verilecektir. Bu bağlamda önleme amaçlı arama, elkoyma ve iletişimin denetlenmesine de, çalışmanın kapsamında yer almamakla birlikte, koruma tedbirlerinin anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla genel olarak değinilecektir. Yasal düzenlemelerin sistematiğine uygun şekilde müdafinin söz konusu koruma tedbirleri karşısında ayrıcalıklı konumu tedbirlerin özellikleri de dikkate alınarak irdelenecektir. AİHM'nin özellikle Sözleşme'nin 8. maddesi söz konusu olduğunda kullandığı ölçütler çerçevesinde, koruma tedbirleri ile hak ve özgürlüklere müdahale edilmesinin yasallığı, meşru amacın varlığı, demokratik bir toplumda gerekliliği dikkate alınarak müdafie yönelik uygulanan koruma tedbirleri savunma hakkının sınırları ve kapsamı bağlamında değerlendirilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

MÜDAFİ KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, HAK, YETKİ VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. GENEL OLARAK

1982 Anayasası'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti ilkesi ve 36. maddesinde bir hak olarak düzenlenen adil yargılanma ilkesi gereği *“herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”*

Adil yargılanma hakkı kanunla önceden kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemede makul sürede, açık ve hakkaniyete uygun yargılamayı ifade eder. Hakkaniyet sözcüğünden üretilen ve dayanağı AİHS m.6'da düzenlenmiş *“hakkaniyete uygun yargılanma hakkı”* olan silahların eşitliği ilkesi¹² ise, ceza muhakemesinde itham eden makamla savunmada bulunan makam arasında eşitlik, yetkileri açısından ise karşılıklık¹³ bulunmasını gerektirir.

Ceza muhakemesinde itham etme yetkisi, devletin bir organı olan savcılığa verilmiştir. Devletin otoritesini elinde tutan makamla sanığın eşit durumda bulunması zordur. Bu bağlamda muhakemede savunmanın gerçekleştiğinin kabul edilmesi için müdafinin faaliyetine mutlaka ihtiyaç vardır.¹⁴ Anayasanın otuz altıncı maddesinin doğrudan olmasa da *“savunmayı meşru bir yol, müdafii de meşru bir araç”*¹⁵ olarak kabul ederek bu hususta anayasal bir güvence oluşturduğu söylenebilir.¹⁶

¹² Güney Dinç, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Adil Yargılanma Hakkı**, İzmir Barosu Yayınları, 2006, s.224.

¹³ Nur Centel-Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8.bs, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s.201.

¹⁴ Nurullah Kunter- Feridun Yenisey- Ayşe Nuhuğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18.bs, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s.401.

¹⁵ *“Savunma hakkı, temel bir hak olarak Anayasamızın 36. maddesinde, "hak arama hürriyeti" kavramı içinde düzenlenmiştir. Hak arama özgürlüğü, yetkili merciler önünde beyanda bulunma, derdini söyleme ve dinletme hakkı demektir. Bu özgürlük, iddiayı da savunmayı da içine almaktadır. Anılan maddede "herkesin meşru vasıta ve yollardan yararlanarak yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma" hakkına sahip bulunduğu belirtilmektedir. Savunma meşru bir yol, müdafii de meşru bir vasıta"dır. Bu açıdan söz konusu hüküm, müdafii marifeti ile savunulmayı da anayasal güvence altına*

Kanun sistematikğine bakıldığında, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Genel Hükümler isimli birinci kitabının, "Savunma" başlıklı altıncı kısmının birinci bölümü "Müdafî Seçimi, Görevlendirilmesi, Görev ve Yetkileri" olarak düzenlenmiş olup¹⁷; 149 ve devamı maddelerinde müdafî vasıtasıyla savunma hakkı hükme bağlanmıştır.

Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹⁸' nin (AİHS) m.6/3 (c), her sanığın, kendi kendini savunmaktan başka, kendisinin seçeceği veya ekonomik gücü yoksa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemenin atayacağı bir avukatın yardımından, para ödemediği yararlanma hakkına da sahip olduğu belirtilmektedir. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşmenin¹⁹ (MSHS) m.14/3 (d) ile de, benzer biçimde, sanığın müdafiden yararlanması konusunda açık hükme yer verilmiştir.

Öngörülen bu hakkın adil yargılanma ilkesi çerçevesinde kullanılabilmesi, bunlarla ilgili önlemlerin alınabilmesi adına gerek Ceza Muhakemesi Kanunu'nda gerek Avukatlık Kanunu'nda müdafî bakımından bir takım özel düzenlemelere yer verilmiştir. Özellikle belirtilmelidir ki, yeri geldikçe değinileceği üzere, anayasal dayanağa sahip adil yargılanma hakkı bağlamında şüpheli veya sanığın müdafinin yardımından yararlanabilme hakkını aktif hale getiren önemli bir güvence, avukat- müvekkil gizliliğidir²⁰. Çalışmada da müdafinin sahip olduğu hak ve yetkilerinden bahsedilerek bu özel düzenlemeler üzerinde durulacaktır.

almaktadır. YCGK, E. 2003/4-220, K. 2003/242, K.T. 7.10.2003, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 06.05.2014.

¹⁶ Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.167.

¹⁷ Konunun sistematik olarak Kanun'da düzenlenişi ve CMUK'taki karşılığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Selman Dursun, "5271 Sayılı CMK'da Müdafî", **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S.3, İstanbul, 2005, ss.125-130, s.126.

¹⁸ İnsan Haklarını ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi), 4 Kasım 1950'de aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 12 devlet tarafından Roma'da imzalanmış ve 3 Eylül 1953'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ve eki protokolü 18.5.1954 tarihinde 6366 Sayılı Kanunla onaylamıştır. A.Şeref Gözübüyük- Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 8.bs, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s.10.

¹⁹ BM Genel Kurulu tarafından 16/12/1966 tarihinde 2200 A (XXI) sayılı Karar ile kabul edilen Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, 23/03/1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Sözleşmeyi, 15/08/2000 tarihinde imzalamıştır. Türkiye, bu Sözleşmeyi 04/06/2003 tarih ve 25142 sayılı Kanun'la onaylamıştır. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 6. bs, Legal Yayınları, İstanbul, 2007, s.420-421.

²⁰ Eric D. McArthur , "The Search and Seizure of Privileged Attorney-Client Communications", *The University of Chicago Law Review*, 2005, 729-756, s. 736, elektronik formattaki hali için bkz. (çevrimiçi) <http://www.jstor.org/stable/4495509>, erişim tarihi: 10.07.2014.

B. MÜDAFİ KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Arapça kökenli bir sözcük olup “koruyan”, müdafaa eden, savunan, dayanan” anlamına gelen²¹ müdafî, ceza muhakemesi hukukunda sanığın veya şüphelinin aklanması (beraat etmesi) veya hafif bir ceza alması için uğraşan ve gerek soruşturma ve gerekse kovuşturma esnasında sanığa ya da şüpheliye²² hukuki yardımda bulunmak görevi ile yükümlü kimsedir.²³ Müdafinin bir hukukçu²⁴ olması nedeniyle, iddia makamı ile savunma makamı arasında bu açıdan denge sağlanmış olmaktadır.²⁵

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun ikinci maddesinde müdafî “*şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukat*” vekil ise; “*katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesinde temsil eden avukat*” şeklinde tanımlanarak vekil bakımından “*temsilcilik ilişkisi*”²⁶ açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle şüpheli veya sanık tarafından vekâlet sözleşmesi ile seçilen avukata “vekil”, baro tarafından atanana ise “müdafî” denmesi²⁷, Kanun’da yer verilen tanımlar ile örtüşmez.

CMUK uygulamasında “sanık avukatı” olarak karşılığını bulan müdafî kavramının, CMK’da yer alan şüpheli ve sanık kavramlarıyla kapsamı genişlemiştir²⁸. Belirtilmelidir ki, CMUK m. 13 uyarınca²⁹, dava vekilleri³⁰ de müdafî olarak seçilebilirken; CMK, müdafî kapsamında dava vekillerini açıkça düzenlememiştir³¹. Diğer

²¹ Ferit Devellioğlu, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat**, Aydın Kitabevi Yayınları, Ankara, 1986, s.844.

²² Şüpheli ve sanık kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.417 vd..

²³ **Türk Hukuk Lügatı**, Seçkin Yayınları, Ankara, 1998, s.251.

²⁴ Müdafî olabilmek için öncelikle avukat olmak gerekir. Avukatlık mesleğine kabul şartları Avukatlık Kanunu’nda (m.3) belirtilmiştir. “*Avukatlık mesleğine kabul edilebilmek için: a) Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak, b) Türk hukuk fakültelerinden birinden mezun olmak veya yabancı memleket hukuk fakültesinden mezun olup da Türkiye hukuk fakülteleri programlarına göre noksan kalan derslerden başarılı sınav vermiş bulunmak, c) Avukatlık stajını tamamlayarak staj bitim belgesi almış bulunmak, d) Levhasına yazılmak istenen baro bölgesinde ikametgahı bulunmak, f) Bu Kanuna göre avukatlığa engel bir hali olmamak gerekir.*” Bilgi için bkz. Nevzat Toroslu- Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara, 2012, s.137.

²⁵ Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s.188.

²⁶ Özbek v.dğr., a.g.e., s.225.

²⁷ Nitekim CMK m.151/3’te de benzer şekilde hatalı ifadeye yer verilmiştir: “...ile terör suçlarından tutuklu ve hükümlü olanların müdafilik veya vekillik görevini üstlenen avukat, hakkında bu fıkrada sayılan suçlar nedeniyle kovuşturma açılması halinde tutuklu veya hükümlünün müdafilik veya vekilliğini üstlenmekten yasaklanabilir.” Çetin Arslan, “Hukuk Devletinde Müdafî Görevlendirmesi”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, 10 Ocak- 14 Ocak 2012, C. 3, Ankara, ss.194-227, s.197.

²⁸ Özbek v.dğr., a.g.e., s.224.

²⁹ “*Müdafî avukatlık veya dava vekilliği etmeğe kanuni salahiyeti olan kimselerden intihap olunabilir.*”

³⁰ Dava vekilleri ise, hukuk öğrenimi görmedikleri halde, kendilerine dava vekilliği ruhsatnamesi verilen ve vekâlet icra edebilen kişilerdir. Toroslu- Feyzioğlu, a.g.e., s.137.

³¹ Dursun, a.g.m., s.125.

bir ifadeyle, avukat dışındakilerin yasal düzenlemeler uyarınca³² müdafî olması söz konusu değildir³³. Ayrıca müdafîlikten bahsedilebilmesi için, avukatın, avukatlık yasağının da bulunmaması gerekir³⁴.

Avukatlık Kanunu'nda yer alan hüküm uyarınca ise, “*Avukatlık, kamu hizmeti*³⁵ ve *serbest bir meslektir (m.1/1)*”, müdafîlik kamu hizmeti³⁶ niteliğinde serbest meslek kapsamındadır.³⁷

TCK'da yargı görevi yapan³⁸ deyiminden (m.6/1-d) kimlerin anlaşılacağı belirtilip, avukatlar bu kapsamda ele alınırken; kamu görevlisinin de tanımı³⁹ yapılmıştır (m.6/1-c)⁴⁰.

³² 26.10.1963 tarih ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nda istisnai hükme yer verilmiştir. 86. maddesi uyarınca; “*Müdafî, avukatlık veya dava vekilliği etmeye kanunen yetkili olan kimselerden tutulur. (2) Askeri mahkemenin bulunduğu yerde avukatlık veya dava vekilliği etmeye kanunen yetkili kimse yoksa, hukuk fakültesini bitirmiş subaylar (Askeri hakim ve askeri savcı ile yardımcıları hariç) ve bunlar da yoksa diğer subaylar müdafî tutulabilirler. (3)Subaylar, savunmayı kabul etmeleri için en yakın amirinin iznini almak zorundadırlar. Askeri mahkemelerin doğrudan doğruya tutacağı müdafiler, askeri mahkemenin bulunduğu yerde olan veya askeri mahkemeye en yakın bulunan barolar ile haberleşilerek seçilir. Bunlar hizmetten kaçınmazlar.*”

³³ Yener Ünver- Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3.bs, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.217.

³⁴ Avukatlık için yasak haller Av. K. m.11, 12, 13, 14'te düzenlenmiştir. Ayrıca bkz. Kunter- Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s.453.

³⁵ 1961 Anayasası döneminde Kanun'da belirtilen avukatlığın kamu hizmeti olduğu hükmünün, Anayasa'nın 117. maddesine (1982 AY m.128) aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuru üzerine Mahkeme şu gerekçeyle aykırı olmadığı sonucuna varmıştır: “*Tüzel kişilikli kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarını oluşturan Türkiye Barolar Birliğinin ve baroların gözetim ve denetimleri altında hak arama hürriyetinin (AY m.31) işleyişine destek olan; hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde, her türlü hukuki sorun ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözülmesinde vs genellikle hukuk kurallarının eksiksiz uygulanmasında yargı organlarına, hakemlere resmi ve özel kurul ve kurumlara yardım etme ereğini güden hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmalarına adanmış, görevlerinin yerine getirilmesinde adli mercilerin ve öteki resmi dairelerin kendilerine yardımcı olmakla yükümlü tutulduğu (1136 sayılı Kanun m.2) bir meslek topluluğunun, avukatlığın faaliyetlerinin kamu yararı ile olan sıkı ilgisi, bu ilginin de işe bir kamu hizmeti niteliği kazandırdığı ve bunun serbest meslek kavramıyla bağdaşabilir ve o kavramı, 1136 sayılı Kanunun hükümlerinde görüldüğü üzere sınırlar bir nitelikte olduğu ortadadır. Şu duruma göre 1136 sayılı Kanunun 1. maddesinin Anayasanın 117. maddesine aykırı, hatta bu madde ile doğrudan doğruya ilgili bir yönü yoktur. (...)*”E.1969/33, K.1971/7, K.T. 21.1.1971'den aktaran Atilla Sav, “Savunma Mesleği Bir Kamu Hizmetidir”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:68, S.1, 2010, ss.133-143, s.137.

³⁶ Kamu hizmeti kavramının anayasal, yasal ve yargı kararları bağlamında bir tanımı olmasa da, doktrinde kamuya yönelmiş ve kamu yararını gerçekleştiren hizmetin kamu kuruluşlarınca veya ilgili kamu kuruluşunun sıkı denetimi altında özel kişilerce yürütülmesi kamu hizmeti olarak adlandırılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Gözler- Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, 12.bs, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012, s.41 vd.

³⁷ Özbek v.dğr., a.g.e., s.224.

³⁸ Buradaki yargı görevi yapan deyimini adli görev yapan yerine kullanılmıştır. Çünkü yargı görevi dar anlamda bağımsız mahkemelerce yerine getirilebilen bir görevdir (AY m.138, 145). Hamide Zafer, “Savunma Hakkı ve Sınırları”, 2013, (çevrimiçi) <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCitedergisi/nurcentel/hamidezafer.pdf>, erişim tarihi: 02.05.2014, ss.507-540, s.528.

³⁹ “*Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılır*”.

Kanun gerekçesinde “kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır.” ifadesine yer verilerek avukatın ve dolayısıyla müdafinin yargı görevi yapan kamu görevlisi⁴¹ olduğu netlik kazanmıştır. Belirtilmelidir ki, Av. K.’da yer alan avukatlara hâkimlerle eşit koruma sağlayan m. 57 düzenlemesi⁴² de avukatlığın kamusal niteliğini desteklemektedir.⁴³ Keza, aşağıda değinilecek olmakla birlikte, Av. K. m.62 düzenlemesinin görev ve yetkisini kötüye kullanan avukata uygulanacak hükmün TCK m.257⁴⁴ olduğunu belirtmesi, avukatlığın kamusal niteliği ile ilişkilidir.

Bununla birlikte avukatların yerine getirdiği kamu hizmeti⁴⁵, avukatlığın özünde yer alan savunmanın özelliği gereği farklılıkları da bünyesinde taşımaktadır. Örneğin, istisnası⁴⁶ bulunmakla birlikte avukatın kendisine her başvuranın işini kabul etme

⁴⁰ TCK’da yer verilen bu düzenlemeler ile ‘avukatlık bağımsızlığının’ yargı bağımsızlığı kavramı içerisinde düşünülmesi gerektiği açıkça ortaya konmuştur. Hasan Tahsin Gökcan, “Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:67, S.2, 2009, 151-156, s.152.

⁴¹ Kamu görevlileriyle avukatları her alanda eşdeğer konumda görmenin ciddi hukuksal sakıncalar doğuracağını ileri süren görüş ve bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Fatih Selami Mahmutoğlu- Serdar Talas, “Avukatların Görev Suçları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Ceza Hukuku (Özel Sayı), 2007, ss.13-38, s.19.

⁴² “Görev sırasında veya yaptığı görevden dolayı avukata karşı işlenen suçlar hakkında, bu suçların hakimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümler uygulanır”.

⁴³ Rona Aybay, “Avukatlığın Kamu Hizmeti Niteliği, Avukatın Bağımsız Olmasını Ne Zaman Gerektirir?”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.88, S.2014/4, İstanbul, 2014, ss.15-21, s.17.

⁴⁴ Madde 257- (1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

⁴⁵ Gökcan, TCK m.94/2’de düzenlenmiş olan “İşkence suçunun (...) avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla, (...) işlenmesi halinde (...) cezaya hükmolunur” hükmünün yargısal faaliyete katılma ölçütü aranmaksızın avukatların kamu görevlisi sayıldığını kabul etmeyi gerektirdiğini ifade etmiştir. A.g.m., s.154.

⁴⁶ Av. K. Madde 37 – Avukat, kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddedebilir. Reddin, iş sahibine gecikmeden bildirilmesi zorunludur. (2) İş i iki avukat tarafından reddolunan kimse, kendisine bir avukat tayinini baro başkanından isteyebilir. (3) Tayin olunan avukat, baro başkanı tarafından belirlenen ücret karşılığında işi takip etmek zorundadır.

Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Meslek Kuralları (TBB’nin 8-9 Ocak 1971 tarihli IV. Genel Kurulu’nda kabul edilmiş ve 26 Ocak 1971 tarihli TBB Bülteni’nde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.) uyarınca “Avukat meslek kuruluşlarınca verilen görevleri, haklı sebepler dışında, kabul etmek zorundadır”. **1136**

mecburiyeti olduğu söylenemez, diğer bir ifadeyle kamu görevlisi olarak taşıması gereken “eşitlik” şartının karşılığı bulunmamaktadır⁴⁷. Ayrıca vurgulanması gerekir ki; avukat olduğundan bahisle bu kapsamda değerlendirilen müdafî, ceza yargılamalarındaki konumu dikkate alındığında, “kendine özgü” kamu görevlisidir.

Müdafî kavramına ilişkin açıklamalar değerlendirildiğinde, çıkış noktası olarak “savunma”ya yer verildiği görülmektedir. Doktrinde Anayasa’da yer alan “hak arama hürriyeti”nin (m.36) yalnızca şüpheli veya sanığın savunma hakkının değil, müdafî kavramının da anayasal temelini oluşturduğu belirtilmektedir.⁴⁸

Buna karşılık Kanunda müdafîin hukuki durumuna ilişkin bir görüş ortaya konulmamıştır. Gerçekten, CMK m.149’da şüpheli veya sanığın, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafîin yardımından yararlanabileceği gösterilmiştir. Ayrıca, aynı hükümde avukatın hukuki yardımda bulunma hakkının kısıtlanamayacağı gösterilmiştir.⁴⁹ Bununla birlikte, Kanun’da yer alan “*Ancak, sanık kendi istemi üzerine duruşmadan bağışık tutulmuş veya “müdafîi aracılığıyla temsil edilmek yetkisini” kullanmış olursa artık eski hâle getirme isteminde bulunamaz.(CMK m.198/2)*” hükmünde açıkça müdafî ile sanık arasındaki temsil ilişkisine değinilmiştir. Bununla birlikte Kanun gerekçesinde de müdafî bakımından “sanığın, adalete de yardımcı olması gereken yardımcısı” ifadesine yer verilmiştir⁵⁰.

Genel bir bakış açısıyla, müdafîin hukuksal statüsünün tanımlanması ve modellenmesi müdafîin ceza yargılamasındaki işlevsel konumunun ve sanıkla olan ilişkisinin belirlenmesi sorununun çözümüne bağlıdır.⁵¹ Doktrinde müdafîlik statüsünün hukuki niteliğinin üç görüş etrafında ele alındığını söylemek mümkündür. Bunlardan ilki şüpheli veya sanığın temsilcisi olduğu, bir diğeri yardımcısı olduğu ve son olarak adalet organı olduğudur. Bu görüşler genel hatlarıyla açıklanmaya çalışılacaktır.

Sayıllı Avukatlık Kanunu Yönetmelikler ve Diğer Düzenlemeler, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2011, s.244.

⁴⁷ Aybay, a.g.m., s.17.

⁴⁸ Nur Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1984, s.12-13.

⁴⁹ Centel- Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, a.g.e., s.168.

⁵⁰ Öztürk v.dğr., a.g.e., s.235.

⁵¹ Hamide Zafer, **Faile Yardım Suçu ve Müdafîin Bu Suçtan Sorumluluğu**, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s.295.

1. Müdafinin Şüpheli veya Sanığın Temsilcisi Olduğu Görüşü

Müdafinin sanığın temsilcisi olduğu görüşüne göre, müdafinin, bu sıfatla yaptığı işlemler sanığın işlemleri olarak geçerlidir.⁵² Zira bu görüş ceza muhakemesinde müdafinin görevini medeni usul hukukuna eş biçimde vekalet sözleşmesinin bir gereği olarak ele almakta ve böylelikle muhakemede müdafie sanıktan farklı bir şahsiyet tanınmamaktadır.⁵³ Halbuki bir özel hukuk kurumu olan temsil, maddi gerçeği ortaya çıkarmaya çalışan ve kamu hukukuna dayanan ceza davasının özelliği ile bağdaşmaz; müdafii ile sanık arasındaki ilişki, temsil ilişkisi olarak değerlendirilemez.⁵⁴

Müdafinin sanığın temsilcisi olduğu görüşünün açıklamakta yetersiz kaldığı önemli husus mecburi müdafilik sistemidir. Bu sistem uyarınca müdafii bazen sanığın rızası hilafına olarak görevlendirildiğinden ve dolayısıyla sanık tarafından seçilmediği için sanığın iradesi ve kararları ile de bağlılık söz konusu değildir.⁵⁵

Türk doktrininde baskın görüş, müdafinin açıklamalarının sanığın yerine geçmemesi ve müdafii bulunsa bile duruşmanın açılması için kural olarak sanığın bulunması gerektiği hallerde sanığın yokluğunda duruşmanın açılmaması gibi çeşitli nedenlerden dolayı müdafinin sanığın temsilcisi olduğu fikrini kabul etmemektedir.⁵⁶

Her ne kadar sanığın müdafii gönderebilmesini düzenleyen hükümde (CMK m.197) açıkça müdafinin temsilci olacağı düzenlenmemişse de sanık hazır bulunmaksızın yapılan duruşmada “müdafii aracılığı ile temsil edilmek” yetkisini kullanmış olursa, artık eski hale getirme istemi bulunamayacağı anlaşıldığından, CMK m.197’de bahsi geçen müdafinin “temsilci müdafii” olduğu ortaya çıkmaktadır⁵⁷ (CMK m.198). Bu kapsamda

⁵² Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, a.g.e., s.40.

⁵³ Zafer, Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, a.g.e., s.298.

⁵⁴ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, a.g.e., s.49; Sinan Kocaoğlu, a.g.e., s.73.

⁵⁵ Zafer, Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, a.g.e., s.299.

⁵⁶ Görüşler hakkında bkz. A.e., s.301. Tosun temsilci müdafii şöyle açıklamaktadır: “Müdafinin sanık yerini tutan, onun yerini almış müdafii tarafından yapılmasıdır. Müdafii temsilci durumunda ise, muhakeme sanık olmadan, müdafii onun yerine bulundurulabilir; bu durumlarda sanık bulunmadığı için gaip sayılmamaktadır. Demek ki bu durumlarda müdafii muhakemede var olmayan bir sanığı müdafii edebilmektedir.” Öztekin Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Genel Kısım**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1608- Hukuk Fakültesi Yayınları No: 353, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Kollektif Şirketi, İstanbul, 1971, s.388’den aktaran Sinan Kocaoğlu, a.g.e., s.76, dn.255.

⁵⁷ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, a.g.e., s.148.

değerlendirilen diğer bir düzenleme, CMK m.299/1’de yer alan “*Sanık, duruşmada hazır bulunabileceği gibi, kendisini bir müdafî ile de temsil ettirebilir.*” hükmüdür.⁵⁸

2. Müdafîin Şüpheli veya Sanığın Yardımcısı Olduğu Görüşü

Ceza muhakemesinde yargılamaya konu suçun, işlediğinden şüphelenilen kişi tarafından işlenmediğini yahut fiilin suç olmadığını ya da çeşitli hukuka uygunluk nedenlerinden dolayı suçlanan kişinin cezalandırılmaması gerektiğini iddia makamına karşı savunan belirli niteliklere sahip “sanığın yardımcısı”na müdafî denilmektedir.⁵⁹

Türk doktrininde çoğunluk tarafından savunulan bu görüşe⁶⁰ göre müdafî, kural olarak şüpheli veya sanığın yardımcısıdır⁶¹. Ancak, istisnai bazı durumlarda şüpheli veya sanığı temsil eder. Bununla birlikte, şüpheli veya sanık ile müdafî arasında gerçek bir temsil ilişkisi yoktur. Esasen, sadece dava ehliyeti varsa yargılanması mümkün olacağından, şüpheli veya sanığın böyle bir temsil ilişkisine gereksinmesi de bulunmamaktadır.⁶² Duruşmada suç ortağının, tanığın veya bilirkişinin dinlenmesinden ve herhangi bir belgenin okunmasından sonra bunlara karşı bir diyecekleri olup olmadığının sanıktan ayrı olarak müdafîine de sorulması (CMK m.215), yine ortaya konulan delillerle ilgili tartışmada sözün, sanıktan ayrı olarak müdafîine de verilmesi⁶³ temsil ilişkisi ile örtüşmeyen hususlardır. Zira kanun koyucu bu durumlarda “katılan veya vekiline” ifadesini kullanırken, “sanık ve müdafîine” ifadesine yer vermiştir.

CMUK döneminde de kabul gören müdafîin sanığın yardımcısı olduğu⁶⁴, CMK’da yer alan “Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden

⁵⁸ Bu yasal düzenlemelere benzer hükümler, CMUK’da da yer almaktaydı. Nitekim m.228/2, m.356/1, m.393/2 bu kapsamda değerlendirilmekte ve bu görüşe dayanak olarak gösterilmekteydi. Dursun, a.g.m., s.125.

⁵⁹ Öztürk v.dğr., a.g.e., s.232.

⁶⁰ Bu görüşü savunanlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Centel-Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.169; Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.217; Fatih Selami Mahmutoğlu-Selman Dursun, **Türk Hukukunda Müdafîin Yasaklılık Halleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.18; Öztürk v.dğr., a.g.e., s.236; Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 12.bs, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s.186.

⁶¹ Alman doktrinindeki azınlık görüş, *müdafîin şüphelinin yarar temsilcisi olarak veya sözleşme tarafı olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürerken; çoğunluk, müdafîin hukuk devletine ilişkin bir ceza muhakemesini güvenceye almaktaki kamusal yararlarına da hizmet etmek zorunda olduğu sebebiyle şüphelinin yardımcısı görüşünü benimsemiştir.* Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.224.

⁶² Centel-Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.169.

⁶³ Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.217.

⁶⁴ CMUK m.136/1 hükmü, “*Yakalanan kişi veya sanık, soruşturmanın her hal ve derecesinde bir veya birden fazla müdafîin yardımından faydalanabilir. Kanuni temsilcisi varsa o da yakalanana veya sanığa bir müdafî seçebilir.*” bu görüşün dayanağı kabul edilmektedir. Dursun, a.g.m., s.125.

fazla müdafinin yardımından yararlanabilir”(m.149/1); “Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz”(m.149/3) hükümleri ile de desteklenmektedir⁶⁵.

Ceza hukukunda korunan çıkar kamu çıkarıdır ve muhakemede maddi gerçek aranır. O halde sanık ile müdafinin arasındaki ilişkinin temsil ilişkisi olması mümkün değildir. Sanıkla müdafinin arasındaki ilişki müdafilik ilişkisidir. Bu ilişkinin anlam ve amacı sanığa yardımcı olmaktır. Bu yardım savunma olarak gerçekleşir. Ancak savunma sadece sanığın çıkarları için değil, maddi gerçeğin bulunması için de yapılır.⁶⁶ Ceza muhakemesinde şüpheli veya sanığa yardım eden bakımından avukat yerine müdafinin teriminin tercih edilmesinin dayanağı da budur⁶⁷.

Belirtilmelidir ki; bu görüşe göre esas olarak müdafinin yükümlülüğü, sanığın çıkarlarının korunması açısından sanığa yardım etmek olduğu için müdafinin lehe olmak koşulu ile sanığın iradesine aykırı davranabilir. Sanık istemese dahi beraatini talep edebilmesi, sanığın lehine olan delilleri sanık istemese dahi ileri sürebilmesi bu kapsamdadır.⁶⁸

3. Müdafinin Adalet Organı Olduğu Görüşü

Türk doktrininde pek destekçisi olmayan ama Alman doktrininde hakim görüş olan adli organ teorisi, müdafinin adil bir yargılama sonucu hükme katkıda bulunan ve muhakeme kurallarının işlerlik kazanmasında bütün kamu adına faaliyet gösteren bağımsız bir organ olarak kabul etmektedir.⁶⁹ Müdafinin, her durum için geçerli temsilci olduğunu ya da sanığın yardımcısı olduğunu söylemek mümkün değildir⁷⁰.

Bu görüşle ilgili olarak Alman doktrininde müdafinin tarafsız bir adli organ mı yoksa mahkemenin veya sanığın yardımcısı bir adli organ mı olup olmadığı hususunda ihtilaf vardır.⁷¹ Buna dair bir görüşe göre, müdafinin, hem bir adli organdır ve hem de sanığın

⁶⁵ Özbek v.dğr., a.g.e., s.225.

⁶⁶ Öztürk v.dğr., a.g.e., s.236; Özbek v.dğr., a.g.e., s.225.

⁶⁷ Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.217.

⁶⁸ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafinin, a.g.e., s.42.

⁶⁹ Kocaoğlu, a.g.e., s.79.

⁷⁰ Kunter- Yenisey- Nuhoğlu, a.g.e., s.408.

⁷¹ Zafer, Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, a.g.e., s.304.

yardımcısıdır, bundan dolayı müdafinin bu iki rolün icapları arasında denge kurmak vazifesi vardır.⁷²

Bu görüş yanlılarına göre, müdafî sanığın vekili olamaz, çünkü yasa sanığın yokluğunda müdafî tarafından açıklanan düşüncelerin doğrudan doğruya sanık tarafından söylendiğini kabul etmemektedir. Ayrıca müdafî ceza yargılamasında sanığın sahip olmadığı bazı yetkilere sahiptir. Oysa vekillik ilişkisi içinde bir vekilin, istisnalar dışında, asilin yetkilerine sahip olması gerekir. Fakat bu alanda vekil bazı durumlarda asilden daha çok yetkiye sahip olmaktadır.⁷³

Görüldüğü gibi, müdafinin adalet organı olarak kabul edilmesinin arkasından gelen düşünce, ‘onu devletin bir organı olarak düzenleyip, sanığa karşı hareket eden bir kişi’ olmasını önlemektir.⁷⁴

4. Doktrinde Yer Alan Görüşlerin Genel Olarak İncelenmesi

Doktrinde müdafinin hukuki durumunu, şüpheli veya sanığın sınırlı temsilcisi olduğu zira müdafinin şüpheli veya sanığı sadece onun yararına olan işlemlerde temsil edebileceği görüşü⁷⁵ ile açıklayanlar olmakla birlikte; müdafinin şüpheli veya sanığın iradesinden bağımsız hareket edebileceği durumların bulunduğu bahisle temsilcisi değil, yardımcı olduğu görüşü⁷⁶ ile açıklayanlar da mevcuttur. Bununla birlikte doktrindeki ağırlıklı görüşün, müdafinin şüpheli veya sanıkla arasındaki ilişkisinden hareketle adalet organı olarak bağımsız yardımcı olduğu belirtilmektedir.⁷⁷ Bu görüş uyarınca, müdafî sanığın yardımcı ve bağımsız bir adalet organıdır. Müdafinin, gerçeğin

⁷² Görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, a.g.e., s.44; Sinan Kocaoğlu, a.g.e., s.79; Arslan, a.g.m., s.197.

⁷³ Erdener Yurtcan, **Alman Hukukunda Müdafilerin Görevden Yasaklanması**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981, s.4.

⁷⁴ Erol Cihan/ Feridun Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul, 1996, s.142.

⁷⁵ Bu görüş hakkında bkz. Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, a.g.e., s.43; Yurtcan, Alman Hukukunda Müdafilerin Görevden Yasaklanması, a.g.e., s.3.

⁷⁶ Bu görüş hakkında bkz. Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, a.g.e., s.42.

⁷⁷ Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.170.; Öztürk v.dğr., a.g.e., s. 236; Ünver-Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.223-224. Yargıtay, müdafinin, sanığın beraati veya hafif bir ceza ile cezalandırılması konuları üzerinde yasa adına faaliyette bulunmakla yükümlü, kamu hizmeti gören bir organ olduğunu belirtmekte ve vekilden ayrı statüde olduğunu kabul etmektedir.(YCGK, 9.12.1974, 272/447, YKD, S.7, Temmuz 1975, s.34.)’den aktaran Murat Volkan Dülger, “Ceza Muhakemesinde Müdafinin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.4, Ankara, 2012, ss.41-76, s.48.

ortaya çıkarılması açısından, kendine özgü bağımsız ödevi ve işlevi vardır. Bu sebeple sanığın yardımcısı olarak müdafî, adliyenin bağımsız organıdır.⁷⁸

Sanığın yargılama sürecinde savunma hakkını kullanırken müdafîin yardımından yararlanması ihtiyarı⁷⁹ olmakla birlikte, Kanunda belli durumlarda zorunlu müdafîliği⁸⁰ söz konusu olacağı belirtilmiştir. Nitekim CMK m.150 uyarınca “*Şüpheli ve sanık onsekiz yaşını doldurmamış ya da sağır ve dilsiz⁸¹ veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafîi de bulunmazsa istemi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilir.*” Keza Kanunda alt sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada⁸² da istem aranmaksızın⁸³ müdafî görevlendirileceği belirtilmiştir (m.150/3). Bununla birlikte gözlem altına alınan şüpheli veya sanığın müdafîi yoksa hâkim veya mahkemenin istemi üzerine, baro tarafından bir müdafî görevlendirilmesi (m.74/2) ile tutuklama istenildiğinde, şüpheli veya sanığın, kendisinin seçeceği veya baro tarafından görevlendirilecek bir müdafîin yardımından yararlanacak olması (m.101/3) da Kanun’un farklı hükümlerinde yer verilen zorunlu müdafîlik kurumuna örnek teşkil etmektedir⁸⁴. Bu düzenlemeler savunma makamının iddia makamı karşısında eşitliğini sağlamaya yönelik olmakla birlikte, ceza muhakemesinin temel amacı

⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, a.g.e., s.44-45.

⁷⁹ CMK'nın 150/1. maddesine göre; öncelikle “*Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafî seçmesi...*” istenmekte; “*...şüpheli veya sanık, müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafî...*” görevlendirilmektedir. Bu hükmün düzenleme yeri ve şekli itibariyle “zorunlu müdafîlik” statüsü öngörüp öngörmediği tartışması hakkında bkz. Arslan, a.g.m., s.200.

⁸⁰ Zorunlu müdafîlik bakımından yapılan tam- nispi ayrımı hakkında bkz. Dursun, a.g.m., s.127.

⁸¹ 6.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce CMK’da sağır veya dilsizler ifadesi yer almaktaydı. Değişiklik ile “sağır ve dilsiz” ifadesine yer verilmiştir. Buradan çıkan sonuç, zorunlu müdafî görevlendirilmesi için sadece sağır veya dilsiz olmak yeterli değildir, her ikisinin de varlığı aranacaktır. Özbek v.dğr., a.g.e., s.231.

⁸² Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un ceza mahkemelerinin görevlerini düzenleyen hükümleri dikkate alındığında, zorunlu müdafîlik ağır ceza mahkemelerinde gerçekleşen tüm yargılamalarda ve asliye ceza mahkemelerinde gerçekleşen yargılamaların önemli bir kısmında uygulama bulmaktadır. Dursun, a.g.m., s.128.

⁸³ “*Evrak üzerinde karar verilebilmesi, duruşma açıldığında savunmaya ilişkin kuralların, bu arada zorunlu müdafîi atanmasına ilişkin emredici hükmün uygulanmasına gerek olmadığı şeklinde de yorumlanamaz. Çünkü eylemin tartışmasız suç olmaktan çıkarılması, ceza sorumluluğunun kaldırılması, önceki mahkumiyet kararı ile belirlenen cezanın bir değerlendirme ve takdir gerektirmemesi yani hükümlünün açıkça lehine olan ve savunma dahi gerektirmeyen hallerde evrak üzerinde karar verilmektedir. Halbuki duruşma açılıp yargılamaya başlandığında, 5237 sayılı Yasa ile kabul edilen hükümlerin uygulanması için, açıklama yapılması, bilgi ve belgelerin tartışılması, birçok konunun aydınlanması gerekmektedir. Bunun için de müdafîinin varlığı yadsınamaz. Yasa koyucu da, cezanın üst sınırını gözeterek yargılama tarihinde müdafîi atanmasını zorunlu kılmıştır. Hükümlünün hukuki yardıma ihtiyacı bulunduğundan, uyarılama yargılamasında müdafîe gerek olmadığı ileri sürülemez.(...)*” Y 1.CD, 3.5.2007, 768/3060’dan aktaran Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.219.

⁸⁴ Özbek v.dğr., a.g.e., s.231. Kanunda yer alan diğer zorunlu müdafîlik halleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.222 vd..

olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına da hizmet etmektedir. Şüpheli veya sanık ile müdafî arasındaki ilişkinin salt özel hukukta ele alındığı şekliyle temsil ilişkisi olduğunu kabul mümkün değildir. Bu bağlamda müdafilik kurumunun taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiyi aşan sonuçları⁸⁵ bulunmaktadır.

CMK'da şüpheli veya sanığın kendi isteği ile veya "kanun gereği" müdafîin yardımından yararlanabileceği belirtilmiş, bu doğrultuda doktrinde müdafîin hukuki konumunun tespitinde şüphelinin veya sanığın yardımcısı olduğu sonucuna varılmıştır. Bu tespit müdafî ile şüpheli veya sanık arasındaki ilişkinin nitelendirilmesinde isabetli kabul edilebilirse⁸⁶ de müdafîin hukuki konumunun açıklanması bakımından yeterli değildir. Müdafî, şüpheli veya sanık yararına olarak savunma makamının gereklerini yerine getirmekle yükümlü olduğu gibi, yargı görevi yapan kişi olarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına da hizmet etmektedir. Müdafîin sahip olduğu bu çifte rol⁸⁷ sebebiyledir ki müdafî savunma aktörleri arasında ayrı bir konuma sahiptir.

Şüpheli veya sanığa ceza muhakemesinde hukuksal korunmadan yararlanmasında,⁸⁸ lehine savunmada bulunma, ona ilişkin sırları ifşa etmeme, vs. şekilde yardımcı olmakla birlikte; sanığın lehine olduğundan bahisle hukuka aykırı muhakeme işlemlerinde bulunmamakla da yükümlüdür. Zira müdafî maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına da hizmet etmesinden hareketle sınırlı bir adalet organı⁸⁹ olduğunu kabul gerekir.

C. MÜDAFİLİK KURUMUNUN TARİHÇESİ

1. Eski Hukuklarda Müdafilik

Savunmanın ve bu bağlamda müdafiliğin geçmişinin Eski Yunan ve Roma dönemine dayandığını söylemek mümkündür. Nitekim Eski Yunan Hukukunda sanık ve davacının mahkemede yapmak zorunda oldukları konuşmalar, zamanla formaliteye

⁸⁵ Müdafî, lehe olmak koşuluyla şüpheli veya sanığın iradesine aykırı davranabilir. Müdafî, şüpheli veya sanığın temsilcisi olmadığı içindir ki, dosyadaki belgeleri inceleme (CMK m.153) ve doğrudan soru sorma hakkı sadece müdafîe tanınmıştır (CMK m.201). Ayrıca, sanığın da müdafî aracılığıyla kullanamayacağı, duruşmada hazır olma (CMK m.193), son sözü söyleme (CMK m.216/3) gibi bazı kişisel hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır. Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.169.

⁸⁶ Mahmutoglu- Dursun ise, "Müdafî sadece, temsil ettiği kurumun kendisine verdiği yetkileri kullanmaktadır. Temsil ve yardım sadece bir sonucudur. Yoksa bu sonuçlar müdafîin hukuksal statüsünü belirlemez." diyerek müdafî ile şüpheli veya sanık arasındaki ilişkiyi açıklamaktadır. Mahmutoglu- Dursun, a.g.e., s.20.

⁸⁷ Centel-Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.169.

⁸⁸ Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.224.

⁸⁹ Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.171.

dönüşmüş ve taraflardan sonra, bunların güzel konuşan arkadaşlarının da etkileyici konuşmalar yapmalarına yargıç izin vermeye başlamış⁹⁰ ve bu durum müdafilik kurumunun doğmasını sonuçlamıştır.

Roma Hukukunda ise müdafilik kurumunun gelişimi tarihsel süreç içinde önemli değişiklikler geçirmiştir. Roma İmparatorluğunda sürekli ceza mahkemelerinin kurulmasından önceki dönemde, mahkemeye sanığa yardımcı olmak amacıyla katılan “*patroni*”ler sözlü olarak veya başka işlemlerle ve avukat sıfatıyla davayı yürüten kişilerdi. Sanığın avukatı yoksa ve yargıç, sanığın davada bir yardımcıya ihtiyacı olduğu düşüncesinde ise, kendiliğinden veya sanığın isteği üzerine ona bir avukat seçebiliyordu.⁹¹ Günümüzde zorunlu müdafilik olarak karşılığını bulan bu kurum sürekli ceza mahkemelerinin kurulmasından sonraki dönemde varlığını devam ettirmiştir. Roma İmparatorluğunun bu döneminde ceza muhakemesinde kendi kendini savunma istisna; patroni adlı kişilerin yardımcılığından yararlanma ise, adeta kural haline gelmişti. Fakat ilerleyen dönemlerde patroni denen kişilerin yerini “defensor”lerin almasıyla müdafilik neredeyse eski dönemindeki şerefli görev vasfını kaybetmiştir.⁹²

Cermen hukukunda⁹³ ise özellikle 16. yüzyıldan sonra müdafilik kurumu gerilemiştir. Zira bu dönemde, müdafinin, ceza muhakemesindeki faaliyeti gereksiz görülüyor ve sanığa, ancak açıkça isterse müdafî veriliyordu. Bununla birlikte, ölüm veya ağır hapis cezasını gerektiren suçlarda, sanığın mutlaka müdafî tarafından da savunulması öngörülmüştü. Ancak, uygulamada müdafinin faaliyeti imkansızlaştırılıyor ve onur kırıcı biçimde davranılıyordu. Nitekim, gizli soruşturma aşamasında müdafî, sanıkla görüşemiyor ve dava evrakını inceleyemiyordu.⁹⁴

Batılı anlamda olmasa da, İslam mahkemelerinde de müdafilik görevi yapan kimseler vardı. Bunlara “vekil” deniyordu. İslam hukukunda dava açmak, kural olarak, suçtan zarar gören kişi veya mirasçılarının tekelindeydi. Bu nedenle, her iki taraf da

⁹⁰ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, a.g.e., s.22.

⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. A.e., s.24.

⁹² A.e., s.25.

⁹³ Cermen ceza muhakemesi, dini temele dayanıyordu. Maddi gerçeği araştırmayan, dinsel etki ve güvене dayanan bir şekilcilikten geliştirilmişti. Taraflar mahkemede yaptıkları açıklamaları sonradan inkar edemiyor, değiştiremiyor. Ancak, sanığın dışındakiler, mahkemede sanık adına söylediklerini geri alabiliyordu. Bu nedenle, mahkemelerde üçüncü kişiler bulunduruluyor ve bunlara “*hatip*” deniyordu. Hatipler başlangıçta müdafî değil, sadece tarafların sözcüsüydü. Ayrıntılı bilgi için bkz. A.e., s.27.

⁹⁴ A.e., s.28.

genellikle, hukuk öğrenimi görmüş bir kimseyi kendisine vekil tayin edebiliyor ve vekiller, mahkemede kendi taraflarının çıkarlarını savunuyorlardı.⁹⁵

2. Türk Hukukunda Müdafilik

a. Osmanlı İmparatorluğu Döneminde

Savunmaya ilişkin İslamiyet'ten önceki Türk devletlerinde herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte Tanzimata kadar Osmanlı Devletinde muhakeme, İslam hukuku kurallarına göre ve şer'îye mahkemelerinde yapılıyordu.⁹⁶ İslam hukukunda, teorik olarak, ceza davalarında geçerli olan belirli bir muhakeme sistemi öngörmemiş olmasına karşın, tarih içinde farklı zamanlarda ve değişik İslam devletlerinde üç sistemin uygulandığı belirtilmektedir. Bunlar, suçlama (itham) sistemi, araştırma (tahkik) sistemi ve bunların her ikisini de içeren karma sistem.⁹⁷

İslam hukukunda sanık savunmasını kendi yapabileceği gibi bir vekil aracılığıyla da yapabilir. İslam hukukuna göre ceza davalarında (hudud ve kısas cezasını gerektiren suçlar), sanığın vekili ile birlikte duruşma salonunda bulunması şarttır. Bununla birlikte genel olarak İslam'da spesifik olarak ise Osmanlı İmparatorluğunda hiçbir zaman mahkemelerde müdafî olarak görev yapmak üzere bir ücret karşılığında tutulan profesyonel bir grup bulunmamıştır. Bu dönemde dava vekilleri olarak tarafların akraba, arkadaş, “muhtar” denilen ve daha önce mahkemede çalışmış ve hukuki konularda pratik konularda bilgiye sahip olan kimseler ile büroları olmadığı için “ayak kavafi” denilen tüccarlar bulunuyordu.⁹⁸ Osmanlı İmparatorluğunda müdafîliğin temelini, işte bu şekilde vekil atanan kişilerle birlikte, yazılı savunma yaptıkları kabul edilebilecek olan arzuhalcilerin oluşturdukları söylenebilir.⁹⁹

Tanzimat'tan sonra Osmanlı İmparatorluğunda, Avrupa ülkelerinin yasaları örnek alınarak hazırlanmış yasalar çıkartılmaya ve şer'îye mahkemelerinin yanında, nizamiye mahkemeleri kurulmaya başlanmıştır. Nitekim, ceza ve hukuk davalarına bakan ilk

⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. A.e., s.30.

⁹⁶ Erdoğan Özdemir, “Müdafîin Hazırlık Soruşturmasındaki Rolü”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1985, s.47.

⁹⁷ Mahmut Koca, “Hazırlık Savunmasında Sanığın Savunma Hakkı”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1998, s.67.

⁹⁸ A.e., s.70.

⁹⁹ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, a.g.e., s.33.

nizamiye mahkemeleri, 1281 (1864) tarihli bir tüzükle kuruldu. Davalarda vekillik yapacak kişilerle ilgili hükümlere bu dönemde rastlanmaktadır.¹⁰⁰

1869 tarihli, “Der saadet ve Mülhakat-ı İdare-i Zabıta ve Mülkiye Mahakimi Nizamiyesine Dair Nizamname’nin 76. maddesinde, ceza davalarında gerek davacının gerekse davalının vekil tayin edebileceği ve sanığın duruşmada bizzat hazır bulunması öngörülmüştür. Bu hüküm, sanığın duruşmada hazır bulunmak şartıyla savunmasını bir müdafî aracılığıyla yapabileceğini öngörmesi açısından önem taşımaktadır.¹⁰¹

Tanzimat sonrası Osmanlı Devletinde sanığı bir muhakeme süjesi haline getirerek ona haklar tanıyan en önemli düzenleme ise, 1876 Anayasasından üç yıl sonra çıkarılan 1296 (1879) tarihli Usulü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu’dur.¹⁰² Söz konusu yasada müdafiliğe yer vermenin yanında, daha da ileri bir adım atılarak, zorunlu müdafilik sistemi getirilmiştir. Nitekim bu yasanın 249. maddesine göre ağır cezalı işlerde savunma için bir vekil bulundurmak zorunludur.¹⁰³

Usulü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu gereğince vekil, sanık ile her zaman görüşebilecek ve soruşturmaya zarar gelmemesi koşuluyla her tür belgeyi inceleyebilecek ve masrafları kendilerine ait olmak üzere dilediği belgenin kopyasını alabilecektir (m.257, 260). Yine Tevkifhane ve Hapishaneler Nizamnamesi, sanıkların görüş ve haberleşmeleri için her türlü kolaylığın sağlanmasını ve vekillerine gönderecekleri mektupların denetlenmemesini öngörmüştür.¹⁰⁴ Konuya ilişkin yürürlükte bulunan CMK’ya bakıldığında paralel düzenlemelerin geçerliliğini sürdürdüğünü söylemek mümkündür.

b. Cumhuriyet Döneminde

Müdafilik yapabilecek kişiler için Cumhuriyet döneminde birçok yasal düzenleme getirilmiştir. Bu konudaki ilk yasa 03.04.1930 (1924) tarihli ve 460 sayılı Mahamat Kanunu’dur.¹⁰⁵ Bu mesleği yapabilmek için gereken koşullar kanunda düzenlenmiş,

¹⁰⁰ Özdemir, a.g.tz., s.48.

¹⁰¹ Koca, a.g.tz., s.73.

¹⁰² A.e., s.74.

¹⁰³ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, a.g.e., s.34. Sanık veya mahkeme tarafından seçilecek vekil ancak mahkeme maiyetinde bulunan dava vekilleri arasından seçilebilecek, fakat bazen, sanığa akraba ya da yakınları arasından birini vekil olarak seçebilmesine mahkeme izin verebilecektir. Eğer bu tür bir seçim de mümkün olmazsa, mahkeme, zabıt katiplerinden birini vekil tayin edecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Koca, a.g.tz., s.74.

¹⁰⁴ A.e., s.74.

¹⁰⁵ Özdemir, a.g.tz., s.48.

savunma bağımsız, özgür bir meslek haline getirilmiş, avukatların hakları ve yükümlülükleri gösterilmiştir.¹⁰⁶

Cumhuriyet döneminde, sanığa gerek bireysel gerekse toplumsal savunma hakkını¹⁰⁷ tanıyan ve bu yönde ayrıntılı hükümler içeren ilk yasa 20.08.1929 tarihinde yürürlüğe giren 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'dur. Söz konusu yasa, 1879 tarihli ceza muhakemesi yasasının tersine, ağır cezalı işler de dahil olmak üzere, zorunlu müdafiliği öngörmeyerek, bu açıdan öncekinden geri kalmış¹⁰⁸, ancak müdafilikle ilgili hükümleri o günün koşullarına göre oldukça ayrıntılı bir biçimde düzenlemiş ve sanığı savunacak kişi için "vekil" değil "müdafî" sözcüğünü kullanmıştır.¹⁰⁹ CMUK'da zorunlu müdafilik¹¹⁰, 1973 yılında yapılan değişiklik ile Kanun'a girmiştir¹¹¹. 1992 yılında yapılan değişiklik ile, *yakalanan kişi veya sanık onsekiz yaşını bitirmemiş veya sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malül olur ve bir müdafî de bulunmazsa Baro tarafından kendisine, talebi aranmaksızın müdafî tayin ediliyordu*¹¹². Belirtilmelidir ki; müdafilik yapmaya yetkili olanlar, sadece avukat veya davavekili sıfatını haiz olan kişilerdir¹¹³.

CMUK' da halen yürürlükte bulunan 5271 sayılı CMK'dan farklı olarak sanığın ifadesinin alınmasında müdafîin yardımından yararlanma hakkı ifadeyi alacak makama göre farklı düzenlenmiştir. Kolluk tarafından ifade alınmasında bir müdafîin

¹⁰⁶ Koca, a.g.tz., s.75. Bu yasayla avukatlık bir meslek durumuna getirilmiş (m.1); ilk kez Türk vatandaşı olma, hukuk öğreniminden sonra üç yıl staj yapma veya adliye hizmetinde çalışmış olma koşulları konmuş (m.2) ve baroların kurulması ile duruşmalarda Adalet Bakanlığının belirleyeceği bir giysiyle çıkma zorunluğu (m.13) öngörülmüştür. Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, a.g.e., s.37.

¹⁰⁷ Bireysel savunma, *sanığın bizzat veya bir temsilci vasıtasıyla kendi yararına kendisini savunması* iken; toplumsal savunma, *sanığın bir kamu görevi yapan müdafî vasıtasıyla savunulmasıdır*. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.404 vd..

¹⁰⁸ Erem'in, bu duruma ilişkin eleştirisi önemlidir: "*Ceza davalarında mecburi müdafilik usulünün memleketimizde de ihyası icap eder. Ağır Ceza Mahkemelerinde sanığın (hangi sebeple olursa olsun) müdafî bulunmaması çağdaş ceza adaleti anlayışına tamamiyle aykırıdır. Sanığın geliri yoksa adli müzaharetten, imkanları mevcut olmasına rağmen herhangi bir sebeple müdafî tutmamış ise ücreti kendisinden alınmak suretile bu konu çözümlenmelidir. Çağdaş usul hukuku müdafî olmayan bir kimseye "sanık" denilmesine bile karşıdır.*" Faruk Erem, "Müdafilik ve Adli Yardım", (çevrimiçi) <http://www.farukeremvakfi.org.tr/arsiv.html>, erişim tarihi: 15.07.2014.

¹⁰⁹ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, a.g.e., s.37.

¹¹⁰ *Müdafî tayini ihtiyari olan haller şunlardır: 1) Sanığın şuur tetkiki için gözaltına alınmasını bilirkişinin teklif etmesi, 2) Sanığın 15 yaşını bitirmemiş olması, 3) Sanığın sağır yahut kendisini savunamayacak derecede cismani veya dimaği maluliyete müptela olması.* 1973'te ilk hal için mecburiyet kabul edildi. Diğer iki halde de ihtiyarilik (CMUK m.138) mecburiliğe dönüştürüldü. Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.414.

¹¹¹ Dursun, a.g.m., s.129, dn.17.

¹¹² Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.414.

¹¹³ CMUK m.137 uyarınca, "Müdafî avukatlık veya dava vekilliği etmeğe kanuni salahiyeti olan kimselerden intihap olunabilir".

bulunabileceği, cumhuriyet savcısı tarafından ifadenin alınmasında ise en fazla üç müdafii bulunabileceği hükme bağlanmıştır (CMUK m.136). Savunma hakkı bakımından CMK’da bu farklılığa yer verilmemesi yerinde olmuştur.

D. MÜDAFİİN YETKİ VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Müdafii görevini gerektiği gibi yapabilmesi, ceza yargılaması içinde soruşturma ve kovuşturma organlarının yaptıkları işlemleri bilmesi, kontrol edebilmesi ve yönlendirebilmesine bağlıdır. Bunu sağlamaya yönelik yetkilerle donatılması, bununla birlikte yükümlülüklerle tabi olması işin gereğidir. Bunlar aynı zamanda hakkaniyete, adalete uygun, dürüst yargılama için de gereklidir.¹¹⁴ Müdafii ‘hukuki durumu’nun esas olarak üç görevin gerektirdiği yetkiler ile ilişkili olduğunu söylemek mümkündür: *Müdafii sanığa yardım eder, gerçeğin ortaya çıkmasına çalışır, ama sır saklamak mecburiyeti vardır.*¹¹⁵

Bu üç temel göreve hizmet eden, doğrudan veya dolaylı ilişkisi bulunan müdafilik statüsünün gerektirdiği hak ve yetkiler; bağımsız olma, dosya inceleme ve örnek alma yetkisi, şüpheli veya sanık ile görüşme yetkisi, hazır bulunma yetkisi, soru sorma yetkisi, kanun yollarına başvurma ve geri alma yetkisi alt başlıkları altında incelenirken; yükümlülükleri savunma yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü, maddi gerçeğin ortaya çıkmasına yardım etme yükümlülüğü, dürüstlük ve sadakat yükümlülüğü alt başlıklarında ele alınacaktır.

1. Müdafii Bağımsız Olması

Müdafii görevini iyi yapabilmesi için bağımsız olması gerekir. Bununla birlikte, müdafii özelinde avukatın bağımsızlığı, adalet sisteminin tarafsız ve adil uygulanması ve insan hakları ve temel özgürlüklerin etkin korunması için de önemlidir¹¹⁶. Avukatlık Kanunu’nun (Av.K.) birinci maddesine göre, “*Avukatlık, kamu hizmeti veren serbest bir meslektir.*” Avukatlığın serbest meslek niteliği, bağımsızlığının da önemli bir ögesidir¹¹⁷. Avukat kamu görevlisi veya benzer bir sıfatla yürütmeye bağlı olmadığı için yürütme

¹¹⁴ Kunter- Yenisey- Nuhoğlu, a.g.e., s.403.

¹¹⁵ Cihan- Yenisey, a.g.e., s.142.

¹¹⁶ Avrupa Konseyi Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlükler Hakkında 9 Numaralı Tavsiye Kararı, 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Yönetmelikler ve Diğer Düzenlemeler, a.g.e.,s.267.

¹¹⁷ Semih Güner, “Avukatlık Meslek Etiği”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.2, 2002, ss.19-31, s.29.

organının müdafie görevi konusunda talimat vermesi veya etkide bulunması söz konusu değildir.¹¹⁸ Avukatların görev ve yetkisi kanundan doğmaktadır¹¹⁹.

Müdafî avukatın, serbest meslek mensubu olması, onun devletle kamu hukukuna özgü bir istihdam ilişkisi içinde olmadığını gösterir.¹²⁰ Belirtilmelidir ki, müdafîin “özerkliği”, bununla sınırlı olmayıp, savcı, şüpheli veya sanık, mahkeme, baro, basın¹²¹ ve üçüncü kişiler karşısında da geçerlidir¹²². Zira müdafîin görevini karar ve iddia makamları ile eşit haklara sahip olarak yerine getirebilmesinin ön koşulu bağımsızlığın gerçekleşmesidir¹²³.

Av.K. m.58’de avukatların görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı yapılacak soruşturmanın izne bağlanması ve bu halde özel bir muhakeme usulü öngörülmesi de avukatın gerek yürütme organı karşısında gerekse yargı organları karşısında olan bağımsızlığını güvence altına almaktadır. Bu bağlamda, avukata disiplin cezası verilmesi (Av. K. m.134) avukatın Baroya bağlı faaliyette bulunmasını, Baronun emir ve talimatlarıyla bağlı olduğu sonucunu çıkarmaya destekleyici nitelikte değerlendirilmemelidir. Mesleğin gereği gibi ve layığıyla yerine getirilmesini sağlamaya yöneliktir.¹²⁴ Baro- avukat ilişkisi ast- üst ilişkisi olarak nitelendirilemez¹²⁵. Zira barolar, avukatlardan oluşan, *meslek mensuplarına yönelik hak ihlallerine karşı avukatlık mesleğini ve meslektaşlarını savunmak, bu konularda her türlü yasal ve idarî girişimde bulunmak yetkisine*¹²⁶ sahip meslek kuruluşlarıdır (Av. K. m.95/2).

¹¹⁸ Özbek v.dğr., a.g.e., s.225.

¹¹⁹ Zeki Hafizoğulları, “Genel Çizgileri İle Savunma Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 51, S.1, 1994, ss.20-40, s.23.

¹²⁰ Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.171.

¹²¹ Basın hürriyetinin düzenlendiği AY m.28/3 atfıyla m.26/2 uyarınca “*Bu hürriyetlerin kullanılması, (Ek ibare: 3/10/2001-4709/9 md.) millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.*” Yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi kapsamına müdafîin görevini gereği gibi yapabildiğini de almaktadır. Kunter- Yenisey- Nuhoğlu, a.g.e., s.458.

¹²² Öztürk v.dğr., a.g.e., s.242.

¹²³ Aybay, a.g.m., s.16.

¹²⁴ Özbek v.dğr., a.g.e., s.226.

¹²⁵ Hafizoğulları, a.g.m., s.23.

¹²⁶ Yakın zamanda İstanbul Barosu Yönetim Kurulu üyeleri hakkındaki dava konuyla doğrudan ilgili olup, önemli bir örnek teşkil etmektedir. “*Özel Yetkili İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2010/283 esasında kayıtlı olan davada savunma görevini yapan avukatlar, mahkemenin savunma hakkına, adil yargılanma ilkesine aykırı uygulamalarda bulunduğunu ileri sürmek suretiyle savunma görevlerini yapamayacak duruma geldikleri gerekçesiyle duruşma salonunu terk etmişler ve bu durumu bağlı oldukları İstanbul Barosu Yönetimine bildirmek suretiyle yardım talebinde bulunmuşlardır. Avukatların bu talebi üzerine*

Müdafinin görevini yaparken, kişiler açısından somut isnat ifade eder nitelikte maddî vakıaların ortaya konulması ya da kişilerle ilgili olumsuz değerlendirmelerde bulunması mümkündür, fakat sınırsız değildir¹²⁷. Öncelikle belirtmek gerekir ki, somut isnat veya olumsuz değerlendirmeler, savunmaya hizmet eden söz veya yazıya ilişkin olup, eşyaya veya kişilere zarar verecek bir fiilin bu kapsamda ele alınması mümkün değildir¹²⁸. Müdafinin savunma hakkını¹²⁹ gereği gibi yerine getirebilmesi ve “suçlanabilme” baskısına karşı güvence teşkil eden TCK m.128 hükmü¹³⁰, yargı mercileri¹³¹ veya idari makamlar¹³² nezdindeki iddia ve savunmalar kapsamında düzenlenmiş hukuka uygunluk sebebidir. Bunun dayanağı ise, bizzat menfaatlerini korumaları için genel olarak taraflara ve temsilcilerine, konumuz kapsamında ise sanık veya şüpheli ile müdafine yargısal

İstanbul Barosu Başkanı ve Yönetimi Avukatlık Kanunu'nun 76, 95 ve 97. maddelerinin kendisine verdiği görev ve yetkinin gereği olarak Özel Yetkili İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2010/283 esasında kayıtlı olan davanın 6 Nisan 2012 tarihli oturumuna katılarak mahkemeden adil yargılanma ve savunma haklarına saygılı olmasını talep etmiştir. İstanbul Barosu Başkan ve Yönetiminin bu talebi mahkemece “adil yargılanmayı etkileme suçuna teşebbüs” olarak nitelenmek suretiyle suç duyurusunda bulunulmuş ve bunun üzerine Silivri Cumhuriyet Savcılığı tarafından İstanbul Barosu Başkanı ve Yönetim Kurulu Üyeleri hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 277.maddesinde düzenlenen yargı görevini yapma etkileme suçunu işledikleri iddiasıyla kamu davası açılmış olup iddianame görevli ve yetkili mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Yapılan yargılama sonucunda Silivri 2. Asliye Ceza Mahkemesi 2013/148 E. Sayılı dosya hakkında 24.02.2014 tarihinde beraat kararı vermiştir.” (çevrimiçi) <http://www.barobirlik.org.tr>, erişim tarihi: 17.03.2014.

¹²⁷ “(...) Sanığa yükletilen eylem, yaralama suçu ile ilgili olarak hakkında kurulan hükümlülük kararına karşı kaleme aldığı temyiz yoluna başvuru dilekçesinde, kişisel davacı için “ Yusuf ile ilişki kurduğunu öğrendim” demekten ibarettir. Mahkeme, bu sözlerin savunma çerçevesinde kaldığı ve suç kastı bulunmadığını belirterek sanığın beraatine karar kılmıştır. (...) Hakaretin savunma sınırlarını aşmış olduğunu saptayabilmek için ise söylenen sözlerin savunmanın konusuyla mantıksal bağlantısı ve savunmaya yararlı bulunmaması gerekir. Sergilenen nedenlerle savunma sınırının aşılmış ve aşılmadığı belirtilen ölçüler içinde takdir edilmek gerekirken, açıklanan gerekçeyle beraat hükmü kurulması, (...) Yasaya aykırı hükmün bozulmasına (...)” Y 4.CD, E.3748/1990, K.4259/1990, K.T.: 19.09.1990'den aktaran Osman Kuntman, “Avukatın Savunma Dokunulmazlığı Ve İfade Özgürlüğü İle İlgili Bir İnceleme”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.88, S.2014/4, İstanbul, 2014, ss.84-107, s.96.

¹²⁸ Uğur Eriş, “Savunma Dokunulmazlığı Koşulları- Değerlendirilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.3, Ankara, 1984, ss.388-405, s.395.

¹²⁹ “Hakkını kullanan kişiye ceza verilmez” (TCK m. 26/1) hükmü genel çerçevede savunma dokunulmazlığının hukuki dayanağını oluşturmaktadır. Sinan Kocaoğlu, “Türk Ceza Kanunu (m. 128) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak “Savunma Dokunulmazlığı” (bundan böyle Savunma Dokunulmazlığı olarak kısaltılacaktır.), **Ankara Barosu Dergisi**, S.4, 2012, ss.19-38, s.23.

¹³⁰ Madde 128- (1) “Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekir.”

¹³¹ Yargı mercilerinden ne anlaşılması gerektiği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eriş, a.g.m., s.390 vd..

¹³² Eski TCK m.486'da yer verilmeyip, yeni TCK'da düzenlenmiş olan idari makamlardan anlaşılması gereken yürütme içinde yer alan tüm kamu kurumlarıdır. Yasama organına yapılan başvurular bakımından hükmün uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Tezcan v.dğr., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, a.g.e., s.518. Örneğin, bakanlık, valilik, kaymakamlık, jandarma komutanlığı, emniyet müdürlüğü, belediye idari makam kapsamında değerlendirilmelidir. Kocaoğlu, (Savunma Dokunulmazlığı) a.g.m., s.27.

uyuşmazlıklarda tanınan savunma ve tartışma özgürlüğüdür¹³³. Bununla birlikte Gerekçe’de belirtildiği üzere, “kişilerle ilgili olarak bulunulan somut isnatların gerçek olması ve yapılan olumsuz değerlendirmelerin ‘somut vakıalara dayanması’¹³⁴ ve aynı zamanda bulunulan somut isnatların veya yapılan olumsuz değerlendirmelerin *uyuşmazlıkla ilişkili olması gerekir*”¹³⁵. Somut isnadın veya olumsuz değerlendirmelerin dava veya başvuru ile ilgili olmaması, hukuka uygunluk sebebi ile işlenen suç arasında fikri bağ bulunmamasıdır¹³⁶. Dava ile hakaretler arasında bir mecburiyet ilişkisinin bulunması gerekli değildir¹³⁷. Diğer bir ifadeyle, başvuru veya savunma ile işlenen hakaretin mantıksal bir bağlantı içinde olması ayrıca hakaretin, başvuru veya savunma bakımından yararlı olması yeterlidir¹³⁸.

Şüphesiz ki, savunma hakkının kullanılması bakımından kabul edilen bu hukuka uygunluk sebebi, hukuka uygunluk sebeplerinin tüm hukuk sistemlerinde geçerli olmasından dolayı, yalnızca cezai yönden değil; hukuki yönden de, tazminata hükmedilmesi gibi, müdafii hakkında olumsuz sonucun doğmasına engeldir¹³⁹. Bununla birlikte müdafii savunma görevini kötüye kullanması¹⁴⁰ kapsamında değerlendirilen iftira,

¹³³ Kuntman, a.g.m. , s.91.

¹³⁴ Hakaret suçuna ilişkin seçimlik hareketlerden sövmenin söz konusu olduğu durumlarda , bu hukuka uygunluk sebebinin geçerli olmayacağı hakkında bkz. Tezcan v.dğr., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, a.g.e., s.520.

¹³⁵ “Uyuşmazlık, sanık olan avukatın cevaba cevap dilekçesinde “Davalı vekilinin 3. delili, faydalı model belgesi, diğer delilleri gibi şaibeli, tecavüz ve hırsızlık sonucu elde edilmiş haksız bir belgedir” şeklindeki ifadesinin sövme suçunu oluşturup oluşturmadığı noktasında toplanmaktadır. Sanığın avukat olması ve söz konusu eylemin avukatlık görevinin yerine getirilmesi sırasında işlenmesi savunma dokunulmazlığını gündeme getirmektedir. Avukatlar görevlerini ifa ederken belli koşullar içinde bazı isnatlarda bulunabilir, bunu yaparken de bazen muhatapları küçük düşürücü ifadeler kullanabilirler. Ancak bu esnada iddia ve savunmanın gerekliliği ile orantılı hareket etmek zorundadırlar. Savunma dokunulmazlığından söz edilebilmesi için eylemin iddia veya savunma niteliğindeki evrak ile ilgili olarak yapılması gerekir (Şekil koşulu). Eylem, yargı organlarına verilen dilekçelerde veya bu organlar huzurunda yapılmış olmalıdır (Yer koşulu). Hak kullanılırken sınırın aşılmaması gerekir (Ölçülülük koşulu). Somut olayda diğer koşulların gerçekleşmesine rağmen ölçülülük koşulu gerçekleşmemiştir. Savunma sınırının aşılmasına rağmen yazılı gerekçeyle beraate karar verilmesi hatalıdır.” YCGK, E. 2007/4-105, K. 2007/174, K.T. 17.7.2007, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 08.06.2014. “Sanığın davacı vekili olarak mahkemeye sunduğu dilekçede, taraflar arasındaki geçimsizliğin nedenlerini anlattığı, uyuşmazlıkla bağlantılı ifadelerinde ileri sürdüğü hususların da davacının iddialarından ibaret olduğu anlaşıldığından, sanığın eyleminin 5237 sayılı Yasa’nın 128. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir.” Y 2.CD, E. 2008/10354, K. 2008/21054, K.T. 3.12.2008, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 08.06.2014.

¹³⁶ Mehmet Emin Artuk- Ahmet Gökçen- A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. bs, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.567.

¹³⁷ Kocaoğlu, (Savunma Dokunulmazlığı) a.g.m., s.35.

¹³⁸ Tezcan v.dğr., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, a.g.e., s.519.

¹³⁹ Kocaoğlu, (Savunma Dokunulmazlığı) a.g.m., s.32.

¹⁴⁰ “...bu hak ancak bu amaç ve sınırlar içinde kullanıldığında hukuka uygunluk olabilir. Bu hakkın kullanıldığı görünümü altında başkalarının kişilik haklarının ihlali halinde amaç ve sınır aşıldığından

yalan tanıklık gibi durumlarda geçerliliğini kaybedecektir¹⁴¹. Somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulmasının, dokunulmazlık kapsamında yer alması, bunun yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde olmasına bağlı olup; sözü edilen nitelikteki yazıların başkasına verilmesi ya da sözlerin başkasına söylenmesi¹⁴², bu kapsamda değildir. Diğer bir ifadeyle bu dokunulmazlık, yazı veya sözlerin yargı organları veya idari mercilere sunulduğu veya sarf edildiği zamanla sınırlıdır¹⁴³.

Nitekim Havana Kuralları uyarınca “*Avukatlar, bir mahkeme, yargı yeri veya hukuki ya da idari bir makam önünde mesleki nedenlerle buldukları sırada veya konuyla ilgili yazılı veya sözlü taleplerinde yaptıkları beyanlardan ötürü hukuki ve cezai muafiyetten yararlanır*”¹⁴⁴. AİHM de müdafinin savunma sırasında kullanmış olduğu ifadelerin dava ile ilgisi olduğu ve hakaret içermediği sürece, AİHS’in 10. maddesi¹⁴⁵ tarafından garanti altına alınan ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu belirtmiştir.¹⁴⁶

elbette sorumluluk söz konusu olacaktır. (...)” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2007/4-224, K.. 2007/228, K.T. 02. 05. 2007, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 08.06.2014.

¹⁴¹ Kunter- Yenisey- Nuhoğlu, a.g.e., s.458. İftira suçu bakımından da savunma dokunulmazlığı hukuka uygunluk sebebinin geçerli olacağı hakkında bkz. Kocaoğlu, (Savunma Dokunulmazlığı) a.g.m., s.25.

¹⁴² Eriş, a.g.m., s.394.

¹⁴³ Tezcan v.dğr., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, a.g.e., s.518.

¹⁴⁴ 8. BM Konferansı Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler -Havana Kuralları- 27 Ağustos- 7 Eylül 1990 tarihleri arasında Havana’da toplanan Suçların Önlenmesine ve Suçların Islahı Üzerine Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilmiştir. 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Yönetmelikler ve Diğer Düzenlemeler, a.g.e.,s.254.

¹⁴⁵ “(1) *Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.* (2) *Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.*”

¹⁴⁶ Mahkeme’nin Nikula/ Finlandiya (31611/96, 21.03.2002) davasındaki tespiti önemlidir: “*Mahkeme 10. maddenin sadece ifade edilen düşünce veya bilginin esasını korumadığını, bunun yanı sıra bunların aktarıma şekillerini de koruduğunu yinelemektedir. Avukatlar adaletin işleyişine dair kamuoyu önünde yorum yapma hakkına sahip olsa da eleştirilerinde bazı belirli sınırları aşmamak durumundadırlar. Bununla bağlantılı olarak yargısal kararlardan kaynaklanan sorunlar hakkında kamuoyunun bilgi edinme hakkı, adaletin uygun şekilde sağlanmasının gerekleri ve hukuk mesleğinin vakarının korunması da dahil olmak üzere konuyla ilgili çeşitli menfaatler arasında bir denge kurulması ihtiyacı hesaba katılmak zorundadır.* “ Durmuş Tezcan- Mustafa Ruhan Erdem- Oğuz Sancakdar- Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s.186. AİHM, Steur/Hollanda kararında; avukatın müvekkilinden gözaltında polis tarafından alınan kendini suçlandırıcı ifadenin ancak baskı altında alınmış olabileceğine dair savunma yapmasının ardından polis memurunun şikayeti üzerine Baro Disiplin Kurulu tarafından şikayetin haklı bulunması olayında Nikula kararına atıfta bulunarak Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlaline karar vermiştir. (28.10.2003, 39657/98) Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, C.4, Legal Yayınları, İstanbul, 2008, s.446 vd.. Mahkeme, “*ayrıca avukatların özel statülerinin onları mahkeme görevlileri olarak adlandırılan davanın tarafları ile mahkeme arasındaki aracı niteliğinin, adaletin işleyişinde merkezi bir pozisyona oturttuğunu; dahası bu pozisyon*

Eski TCK döneminde ilgili madde hükmünde¹⁴⁷ yer alan “...ve ilgili olduğu takdirde dahi iddia ve müdafaa hududunu aşan hakareti muntazamın yazı ve sözler yukarıdaki fıkra hükmünden hariçtir” ifadesinin, ölçüsü bulunmayan belirsiz bir sınır getirdiği gerekçesiyle¹⁴⁸ Anayasa’ya aykırı olduğu ve bu sebeple iptali için Anayasa Mahkemesi’ne başvurulması üzerine Mahkeme, “Bir davada tarafların yargı mercileri önünde iddia ve savunmalarını kaygıya kapılmadan, serbestçe yapmaları gerekir, iddia ve savunma sınırı içinde kalan hakaretin suç teşkil etmemesi olayda hakaret kastının bulunmamasına değil, adaletin tam olarak yerine getirilmesi sebebine dayanır. Bu bakımdan bu serbestlik, davanın aydınlığa kavuşmasına, diğer bir deyimle, hakkın meydana çıkmasına yol açma amacına hizmet etmelidir. Anayasa'nın öngördüğü meşru vasıta ve yollara ancak böylelikle başvurulmuş olur. Fakat bir dava sebebiyle söylenmesinde ve yazılmasında zorunluk bulunmayan yani davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkın meydana çıkmasında etkisi olmayan hakaretlerde bulunulmasında elbette meşruluk vardır denemez, işte böyle bir halde iddia ve savunma sınırı aşılmış olacağından haysiyetler de korunmamış olur. Bu bakımdan sözü edilen hüküm, yargı mercileri önünde iddia ve savunmada bulunan kişileri korkutacak ve tereddüte düşürecek ve bu yüzden de onların söylemeleri ve yazmaları gereken bir hususu söylemekten veya yazmaktan alıkoyacak bir nitelik taşımamaktadır” gerekçesiyle Anayasa’ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır¹⁴⁹. Bununla birlikte eski TCK’da yer alan bu ifadeye¹⁵⁰, uyumsuzluğa ilişkin olduğu halde savunma sınırının ne zaman aşıldığını belirlenmesi sorunu nedeniyle yeni TCK’da yer verilmemiştir¹⁵¹

dolayısıyla mahkemelerin faaliyetlerine toplumun güveninin sağlanmasında da kilit bir rol oynadıkları ve bu rolün bir demokrasi ve hukuk devletinde asıl olduğunu, (...) ifade özgürlüğü adaletin işlevini yerine getirmesi konusunda kamuoyu önünde konuşma hakkına sahip olan avukatlar için de geçerli olduğunu ancak eleştirilerinin belirli bir sınırı aşmaması gerektiğini belirtmiştir. Mor /Fransa, 15.Aralık.2011,(28198/09) tarihli AİHM kararından aktaran Kuntman, a.g.m., s.105.

¹⁴⁷ Madde 486 - "Tarafların veya vekil, müdafî, müşavir yahut kanuni mümessillerinin bir dava hakkında kaza mercilerine verdikleri dilekçe, lâyiha veya sair evrakın yahut yaptıkları iddia ve müdafaaların ihtiva ettiği hakareti mutazamın yazı ve sözlerden dolayı takibat yapılamaz. (2)Dava ile ilgili olmayan ve ilgili olduğu takdirde dahi iddia ve müdafaa hududunu aşan hakareti mutazamın yazı ve sözler yukarıdaki fıkra hükmünden hariçtir. (3) Birinci fıkrada yazılı hallerde selâhiyetli kaza mercilerince kanunen muayyen olan inzibati tedbirlerden mada tecavüze uğrayanın talebi üzerine tazminata hükmedileceği gibi hakareti mutazamın yazı ve sözlerin evrak ve zabıtlardan kısmen veya tamamen kaldırılmasına da karar verilebilir."

¹⁴⁸ Eriş, a.g.m., s.403; aksi yönde Hafizoğulları, a.g.m., s.30.

¹⁴⁹ AYM, E. 1963/163, K. 1965/36, K. T. 8/6/1965'den aktaran Kuntman, a.g.m., s.92.

¹⁵⁰ Eski TCK'da yer alan bu ifadeye ilişkin eleştiriler için bkz. Eriş, a.g.m., s.402 vd..

¹⁵¹ Tezcan v.dğr., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, a.g.e., s.520.

Yine bu bağlamda mahkemenin duruşmanın disiplinine ve yönetimine ilişkin yetkileri müdafie karşı CMK m. 203/3 ile sınırlandırılmıştır. CMK m. 203/3 gereği müdafii duruşmanın disiplinin bozulmasına neden olsa da, hâkim müdafii hakkında disiplin hapsine karar veremez.¹⁵² CMK m. 203/2 gereği hâkimin duruşmanın disiplini bozanı salondan çıkarabileceğine ilişkin hükmün müdafie uygulanabilirliği konusu önemlidir. Aşağıda değerlendirilecek olmakla birlikte, maddede “savunma hakkını engellemek koşuluyla” denildiği için ve adil yargılanma ilkesi ve getirisi olan silahların eşitliği gereği bu hükmün de müdafii bakımından uygulanmaması gerekir.

Benzer hükme, Av. K.’da da yer verilmiştir. İlgili hüküm uyarınca, Ceza Muhakemesi Kanununun duruşmanın düzenine ilişkin hükümlerine atıf yapılmakla birlikte avukatların tutuklanamayacağı, haklarında disiplin hapsi veya para cezası da verilemeyeceğine vurgu yapılmıştır.¹⁵³ Ayrıca bunun yanında kanunda zorunlu müdafilik kabul edilen hallerde müdafii duruşmada hazır bulunması zorunludur ve bulunmaması mutlak bozma sebebidir (CMK m.289/1-e). Müdafii şüpheli veya sanık tarafından seçilmesi halinde de, müdafii görevi kötüye kullanma hali hariç, sonuç benzerdir. Nitekim Yargıtay¹⁵⁴, “sanık tarafından CMK'nın 149. maddesine göre seçilen müdafii duruşmadan haberdar edilmeksizin savunma hakkının kısıtlanmasına yol açacak şekilde yokluğunda hüküm kurulması”nı bozma sebebi kabul etmiştir.

Yukarıda bahsi geçen silahların eşitliği ile bağlantılı olarak netlik kazandırılması gereken bir diğer husus, müdafii savcı karşısında olan bağımsızlığıdır. Bu bağımsızlığın gereğidir ki, müdafii, müdafilik statüsünün sağladığı yetkileri, iddia makamının baskısı olmaksızın gerçekten kullanabilmelidir. Keza ilgili Kanun hükmü uyarınca (Av. K. m.58) avukatlar hakkında görev suçlarından dolayı açılacak davanın Adalet Bakanı’nın iznine tabi olması bu durumla ilişkilidir¹⁵⁵.

Müdafii, şüpheli veya sanık karşısında da özgürdür. Şüpheli veya sanığa bağlılığı, lehine hareket etme noktasındadır¹⁵⁶. Müdafii şüpheli veya sanık seçse ve dilediğinde azledilebilse de, müdafii savunmayı belirlemede sanığın emri altında değildir. Müdafii bu

¹⁵² Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.173.

¹⁵³ Özbek v.dğr., a.g.e., s.225.

¹⁵⁴ Y 8.CD, E. 2007/10870, K. 2009/12866, K.T. 15.10.2009, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 08.09.2013.

¹⁵⁵ Özbek v.dğr., a.g.e., s.225.

¹⁵⁶ Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.224.

görevini hukuka bağlı olarak yapar.¹⁵⁷ Bu bağlamda müdafii sınırlandıran hususların, yalnızca tabi olduğu mevzuat, avukatlık hukuku kuralları ve ceza muhakemesi olduğunu söylemek mümkündür¹⁵⁸. Keza Av. K. m.37/1’de düzenlenmiş olan müdafii kendisine teklif edilen işi, neden göstermeksizin, reddedebileceği hükmü, müdafii şüpheli veya sanığa karşı bağımsızlığı ile ilişkilidir. Yine doğrudan soru sorma ve dosyayı şüpheli veya sanığın izni gerekmeksizin inceleme hakları bu kapsamda değerlendirilmektedir¹⁵⁹.

2. Müdafii Dosya İnceleme ve Örnek Alma Yetkisi

Ceza yargılamasında müdafii dosyayı inceleme yetkisini haiz olması, görevini iyi şekilde yapabilmesi ve şüpheli veya sanığın lehine olacak hükmün elde edilmesini sağlamaya yöneliktir. Bu yetki, aynı zamanda “gizli dosya sistemini” ortadan kaldırmaya da hizmet etmektedir¹⁶⁰. Dosyadan anlaşılması gereken, şüpheli veya sanık hakkında yürütülen soruşturma ve kovuşturmayla ilgili tüm dosyalardır¹⁶¹, delillerin incelenmesi bu kapsamda değildir¹⁶². Müdafii dosya inceleme yetkisinde yapılan son Kanun değişikliği ile önemli değişikliklere gidilmiştir. Aşağıda öncelikle değişiklikten önceki haline ilişkin açıklamaya yer verilecektir.

21/2/2014 tarihli 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile getirilen değişiklikten¹⁶³ önceki CMK m.153/1-2’ye göre¹⁶⁴, “*Müdafii, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. Müdafii dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hakiminin kararıyla bu*

¹⁵⁷ Toroslu- Feyzioğlu, a.g.e., s.143.

¹⁵⁸ Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.224.

¹⁵⁹ Özbek v.dğr., a.g.e., s.225.

¹⁶⁰ Kunter- Yenisey- Nuhoğlu, a.g.e., s.460.

¹⁶¹ Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.227.

¹⁶² Kunter- Yenisey- Nuhoğlu, a.g.e., s.460.

¹⁶³ Bu çalışma hazırlanırken TBMM’ne verilen teklif ile “*yürütülen soruşturmalarda müdafii dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine hakim kararı ile dosya inceleme yetkisinin kısıtlanması*” önerilmiş ve 16.07.2014 tarihi itibarıyla bu öneri, Adalet Komisyonunda kabul edilmiş bulunmaktadır. (çevrimiçi) <http://www.istanbulbarosu.org.tr>, erişim tarihi: 30.07.2014.

¹⁶⁴ Müdafii dosyayı inceleme yetkisinin düzenlendiği CMK m.153’ün gerekçesi şu şekildedir: “*Madde savunma hakkı ve silahların eşitliği ilkeleri bakımından büyük önem taşıyan, avukatın bilgilere ulaşabilmesi konusunu düzenlemektedir. Cumhuriyet savcısı, araştırma evresinde dosya esasen elinde bulunduğundan, her türlü bilgiye sahiptir. Avukatın dosyaya ulaşabilmesi hakkı ise, karşılaştırmalı mevzuatta birbirine göre farklı şekillerde düzenlenmiştir. Esas ilke, avukatın delillerin araştırılması yönünden bir tehlike arz etmediği hallerde dosyaya ulaşabilmesidir.*”

yetkisi kısıtlanabilir".¹⁶⁵ Aynı maddenin 3. fıkrasına göre ise, "Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanakları hakkında ikinci fıkra hükmü uygulanmaz" şeklindeydi.

Müdafinin CMK m. 153/1 gereği soruşturma ve CMK m. 153/4 gereği kovuşturma aşamasında dosyayı inceleme ve örnek alma yetkisi¹⁶⁶ var olmakla birlikte, bu yetkisi aynı maddenin ikinci fıkrası gereği; soruşturma aşamasında soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecekse ¹⁶⁷ , savcının istemi üzerine sulh ceza hâkiminin kararıyla kısıtlanabiliyordu. Örneğin, uygulamada bu durum henüz devam etmekte olan; telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi (CMK m.135 vd.), gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (m.139), teknik araçlarla izleme (m.140) koruma tedbirlerine ilişkin kararların, bu aşamada müdafiden gizlenebilmesini¹⁶⁸ sonuçluyordu.

Bununla birlikte sulh ceza hâkimine verilmiş olan bu yetki de "yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren bu tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır

¹⁶⁵ Bu kısıtlama, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10/d maddesi hükmünde, terör ve terör amacıyla işlenen suçlar bakımından daha geniş şekilde öngörülüp, bu hükümde CMK m.153/3'de öngörülen istisnaya da yer verilmemişti. 3713 sayılı Kanun'un 10/d maddesi hükmü,

"Müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, cumhuriyet savcısının istemi üzerine hakim kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir" şeklinde idi. Bununla birlikte 2/7/2012 tarihli 6352 sayılı Kanun'la getirilen değişiklikle söz konusu düzenleme kaldırılmıştır. Bundan böyle 3713 sayılı Kanun kapsamında müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması CMK'da yer alan hükme tabi olacaktır.

¹⁶⁶ Avukatlık Kanunu m.46/2 uyarınca; " 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". Hükümden de anlaşılacağı üzere, dosyanın incelenmesi için vekalet aranmazken; aynı dosyadan örnek alınmasında vekaletin varlığı şarttır. CMK uyarınca vekaletname aranan haller CMK m.266/2 (Müdafinin veya vekilin başvurudan vazgeçebilmesi, vekâletnamede bu hususta özel yetkili kılınmış olması koşuluna bağlıdır.), CMK m.196/1 (Mahkemece sorgusu yapılmış olan sanık veya bu hususta sanık tarafından yetkili kılındığı hâllerde müdafii isterse, mahkeme sanığı duruşmada hazır bulunmaktan başışık tutabilir.) düzenlemeleridir. Bunun dışındaki hallerde müdafinin vekalet ibraz etmesinin aranması hukuka aykırıdır. Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.455. Bu bağlamda Yargıtay'ın vermiş olduğu karar hukuka aykırılık teşkil etmektedir. "Genel olarak soruşturma evresinin gizli olduğu, şüpheli müdafii ya da katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişi vekili olan avukatın soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla soruşturma evrakının inceleyebileceği, ancak bunun için de avukatın müdafii veya vekil olduğuna dair görevlendirme yazısı veya vekâletname ibraz etmesi gerektiği, vekâletname ya da görevlendirme yazısı olmadan sadece mahkemelerdeki dava dosyaları ile icra dairelerindeki takip dosyalarının incelenebileceği, soruşturma dosyalarının ise incelenemeyeceği gözetilmelidir." Y 15. CD, E. 2011/10088, K. 2011/5760, K.T. 25.10.2011, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 08.06.2014.

¹⁶⁷ Dosyanın müdafii tarafından incelenmesi durumunda, olayın aydınlatılması güçleşecekse, soruşturma gecikecek veya engellenecekse soruşturmanın amacının tehlikeye girdiği kabul edilmektedir. Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, a.g.e., s.120.

¹⁶⁸ Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, a.g.e., s.194.

bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında” uygulanmayacağını ifade eden CMK m. 153/3 ile sınırlandırılmıştı. Bu belgelerden bilirkişi raporu dışındaki diğer belgelerin ortak özelliği, bu belgeler düzenlenirken yakalanan kişi veya sanığın hazır bulunduğu veya bulunmaya yetkili olduğu belgeler olmalarıdır. Dolayısıyla müdafî bu belgelerin içeriği hakkında, doğrudan kendisi veya dolaylı olarak sanık aracılığıyla bilgi sahibi olma imkanına sahipti.¹⁶⁹

Yerleşik AİHM içtihatlarına göre, tutuklama kararına temel teşkil eden gerekçelere ilişkin dosya içeriğinin müdafî tarafından incelenmesi engellenemez, bu adil yargılanma hakkının gözetilmesinin gereğidir.¹⁷⁰ Yine Mahkeme’ye göre, ayrıca savunma haklarına saygı gereğince, sanığın veya avukatının dava dosyasına ulaşmasına getirilen kısıtlama, delillerin duruşma öncesi sanığa verilmesini ve sanığa avukatı aracılığıyla deliller hakkındaki görüşünü sözlü olarak sunmasının engellenmemesini gerektirir.¹⁷¹

AİHM, silahların eşitliği ilkesi gereğince, iddia makamının kendi ellerinde bulunan sanığın aleyhine ve lehine olan delilleri savunma makamına açıklamasının, savunmanın hakkı olduğunu ve fakat mutlak olmadığını belirtmektedir. Bazı delillerin savunmadan gizlenmesine ancak kesin olarak gerekli olması halinde geçerlilik tanınabileceğini ve bu sınırlama ile oluşan eşitsizliğin yargısal makamların yürüteceği usuller ile dengelenmesi gerektiğini de vurgulamaktadır.¹⁷² Nitekim Mahkeme, Rowe ve Davis/ Birleşik Krallık davasında, bazı bilgi ve belgelerin savunma makamına gösterilmemesini, başkalarının temel haklarını veya önemli bir kamu menfaatini korumak gibi nedenlerle olsa dahi savcılık kararı ile değil, mahkeme kararı ile mümkün olacağı sonucuna varmıştır¹⁷³.

¹⁶⁹ Mahmutoglu- Dursun, a.g.e., s.139.

¹⁷⁰ Bu noktada AİHM’in 30.03.1989 tarihli Lamy/ Belçika kararı ile 13.2.2001 tarihli Schöps, Lietzow, Garcia Alvas/ Almanya kararları örnek içtihat niteliğindedir. Aktaran Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.228, dn.538; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi 13.02.2001 tarihli Lietzow-Almanya Kararı’nda, *şüphelilerin delilleri karartma ihtimalinin önüne geçmek ve soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek maksadıyla toplanan delillerin şüpheli ve müdafîinden gizli tutulmasının, savunma hakkının önemli ölçüde kısıtlanması suretiyle gerçekleştirilemeyeceği, bu nedenle tutuklama tedbirinin hukuka uygunluğunu değerlendirebilmek için önemli bilgi ve belgelere şüphelinin ve müdafîinin ulaşmasının sağlanması gerektiği* belirtilmiştir. Ersan Şen, “Soruşturmanın Gizliliği ve CMK m.250 Karşısında Şüpheli Haklarının Korunması”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.83, S.2009/6 (Kasım-Aralık), ss. 3063-3074, s. 3070.

¹⁷¹ Durmuş Tezcan, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Şen Matbaa, Ankara, 2008, s.175.

¹⁷² Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, 2.bs, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s.308.

¹⁷³ A.e., s.310.

Ceza muhakemesinde soruşturma aşamasının gizliliği kuraldır. Nitekim CMK m. 157 uyarınca, “*Kanunun başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir*”. Bununla delillerin karartılması tehlikesinin önüne geçilmek istenmiştir.¹⁷⁴ Cumhuriyet savcısı emrindeki adli kolluk marifetiyle soruşturma aşamasında üzerinde suç şüphesi olan kişi ile ilgili olarak kamu davası açıp açmamaya karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamak, bilgi toplamak, varsa şüphelinin lehine ve aleyhine delilleri toplamak, daha sonra da bunları muhafaza altına almak zorundadır (CMK m.160). Bu işlemlerin, mevcut muhakeme sisteminde, gizlilik içinde yapılması esastır.¹⁷⁵ Bununla birlikte usul işlemlerinin gizliliğinin sınırını savunma hakkına zarar vermeme oluşturmaktadır.

Savunma hakkı kapsamında değerlendirebileceğimiz müdafii dosyayı inceleme hakkı ile ceza muhakemesinin önemli ilkelerinden soruşturmanın gizliliği ilkesinin karşı karşıya gelmesi durumunda hangisine üstünlük tanınacağını¹⁷⁶ tespit önem taşımaktadır.

Hak arama hürriyeti¹⁷⁷ kapsamında “savunma hakkı”¹⁷⁸ şüpheli veya sanık lehine ceza yargılamasının temel yapı taşlarından. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin getirilebilecek sınırlamaların ancak kanunla ve temel hak ve özgürlüğün düzenlenmiş olduğu maddede belirtilen özel sınırlama sebepleri ile sınırlı olduğu anayasal bir düzenlemedir (AY m.13). Hakkında tutuklama, gözaltına alma kararı verilen şüpheli veya sanığın bu koruma tedbirlerinin neden uygulandığına, bu koruma tedbirlerine ilişkin itiraz söz konusu olduğunda dayanaklarının neler olduğuna yargılama sürecinde yardımından yararlanacağı müdafii aracılığı ile ulaşabilmesi savunma hakkı bakımından önem taşımaktadır. Keza müdafii de savunmasını, iddia makamının delilleri ve ileri süreceği

¹⁷⁴ Özbek v.dğr., a.g.e., s.233.

¹⁷⁵ Kocaoğlu, a.g.e., s.175.

¹⁷⁶ Centel- Zafer’e göre; *Müdafii iddiaya karşı gerçek bir savunma yapabilmesi için, soruşturma evresinde de koruma altındaki delilleri inceleme yetkisi kısıtlanmamalıdır. Öte yandan mağdur vekiline soruşturma evresinde delilleri inceleme yetkisinin tanınmış olmasına karşılık, şüpheli müdafii bu yetkinin tanınmamış olmasını silahların eşitliği ilkesi ile bağdaştırmak mümkün görülmektedir.* Bkz. Centel-Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.188. Bu bağlamda Mahmutoğlu- Dursun ise; soruşturma evresinin savcının silahı olduğunu, gerek soruşturma evrakını gerekse delilleri gösterip göstermemenin savcının takdirinde olduğunu, zira müdafii hazırlık evrakını serbestçe inceleyebilmesinin savcını dolayısıyla iddia kurumunu güçsüz bırakabileceğini ileri sürmüştür. Bkz. Mahmutoğlu- Dursun, a.g.e., s.141.

¹⁷⁷ AY m.36/1 uyarınca, “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*”

¹⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. İzzet Özgenç- Cumhur Şahin, “**İddia ve Savunma Hakkı**”, (çevrimiçi) http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/5_5.pdf, erişim tarihi: 12.05.2014.

argümanları dikkate alarak inşa etmesi, iddia-savunma arasındaki dengenin gözetilmesi gereğidir. Bununla birlikte Kanun'da müdafinin soruşturma aşamasında dosyayı inceleme ve örnek alma yetkisinin kısıtlanabilmesinin “*soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek*” olması gibi bir şarta bağlanması ve bunun iddia makamının talebi üzerine verilebilmesi savunma hakkını sınırlayıcı niteliktedir.

Müdafinin söz konusu yetkisinin sınırlandırılmasının CMK'da yer alan düzenleme uyarınca ancak sulh hâkiminin kararı ile mümkün olması diğer bir deyişle, savcının bir talepte bulunması ve sulh hâkiminin bu yönde bir karar vermesinin aranması bu süreç kadar müdafinin dosya inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisinin tam olduğu¹⁷⁹ şeklinde değerlendirilmekteydi. Doktrinde iddianamenin hazırlanıp mahkemeye sunulduğu an ile iddianamenin kabul edildiği an arasındaki süreçte dosyanın sanıktan ve müdafinden gizli tutulması, toplanılması gereken bütün deliller zaten toplanılmış olduğu için eleştirilmekteydi.¹⁸⁰ Alman CMK'da müdafinin dosyayı evine götürerek inceleyebilme yetkisi dahi vardır.¹⁸¹

İşte soruşturma aşamasında müdafinin dosya ve belgeleri inceleme yetkisinin sınırlandırılmasına 6526 sayılı Kanun'la CMK m.153/2,3 düzenlemelerinin yürürlükten kaldırılmasıyla son verilmiştir¹⁸². Nitekim bu durum Kanun gerekçesinde, “*Silahların*

¹⁷⁹ Mahmutoglu- Dursun, bu durumda, sulh hâkiminin savcının talebinin kabulü yönündeki kararının bir anlamı kalmayacağından hareketle; gerek kolluktaki gerekse savcılık kalemindeki hazırlık evrakını incelemek isteyen müdafinin, öncelikle savcıya başvuracağını ve savcı bu konuda bir talepte bulunmayacağını beyan edip inceleme için izin verdiğinde dosyayı inceleyebileceğini, aksi halde sulh hâkiminin kararını bekleyeceğini ileri sürmektedir. Görüş hakkında bkz. Mahmutoglu- Dursun, a.g.e., s.140.

¹⁸⁰ Savcının araştırmaları bitirmesinden itibaren ve fakat kamu davası açma veya takipsizlik kararı vermesinden önce müdafinin soruşturma evresindeki dosyayı inceleyebilmesi gerekir. Bkz. Kunter-Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.509. Aksi yönde Öztürk v.dğr., a.g.e., s.239. Konu ile ilgili AİHM kararı için bkz. Erhan Günay, **Ceza Hükümünde Mutlak Bozma Nedeni Olarak Sanığın Savunma Hakkının Kısıtlanması, Seçkin Yayınları**, Ankara, 2010, s.276.

¹⁸¹ Alman ceza yargılamasında, müdafinin soruşturma evresinde iddianame hazırlandığında mahkemeye sunulacak olan ve kovuşturma evresinde de mahkemenin incelemesine müsait olan dosyaları ve resmen muhafaza edilmiş olan delilleri inceleyebilir (Alman CMK m.147/1). Eğer soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise ve soruşturma daha sonlandırılmamış ise, müdafinin dosyaları dosyalardaki belgeleri ve resmen muhafaza edilen delilleri incelemesi reddedilebilir (Alman CMK m.147/2). Soruşturmanın hiçbir aşamasında sanığın ifadesine veya müdafinin hazır bulunduğu ya da bulunabileceği adli işlemlere dair kayıtlarına yahut da uzman/bilirkişi raporlarının incelenmesi ile ilgili müdafinin talepleri reddedilemez (Alman CMK m.147/3).Başvuru halinde müdafinin, deliller hariç olmak üzere ve aleyhe mühim sebepler olmadıkça, dosyayı evine veya hususi müstemilatına götürmesine izin verilebilir (Alman CMK m.147/4). Kocaoğlu, a.g.e., s.182, dn.43.

¹⁸² 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10/d maddesi uyarınca, bu Kanunun kapsamına giren suçlara ilişkin, müdafinin dosya inceleme yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecekse savcının istemi ve hâkimin kararıyla kısıtlanabiliyordu. İlgili madde 21.2.2014 tarihli 6526 sayılı Kanun'un 19. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

eşitliği ilkesine göre iddia ve savunma makamlarının eşit haklardan yararlanmaları, taraflardan birine tanınan hakların, diğerine de aynen tanınması gerekmektedir. Bu durum, savunma hakkının gerçekten hakkıyla yapılmasının zorunlu bir gereğidir. Soruşturma aşamasında müdafinin dosya içeriğini incelemesinin engellenmesi savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelmektedir. Bu nedenle, Ceza Muhakemesi Kanununun 153 üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki hükmün kaldırılması suretiyle, müdafinin soruşturma dosyasını incelemesi yönündeki sınırlandırma kaldırılmaktadır” şeklinde ifade edilmiştir.

Yürürlükten kaldırılan bir diğer düzenleme CMK m.153/4 uyarınca, ceza yargılamasında kovuşturma aşamasının aleni olmasının doğal sonucu olarak, müdafinin bu aşamada dosya inceleme ve örnek alma yetkisi mutlaktı, hiçbir şekilde kısıtlanamıyordu. Mevcut düzenlemeler ekseninde bunun iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği andan itibaren geçerli olduğu ve hukukumuzda da “iddianamenin iadesi (CMK m.174)” kurumunun var olduğu gerçeği birlikte ele alındığında, arada geçecek olan sürecin savunma hakkı aleyhine olduğu şeklinde değerlendirilmekteydi¹⁸³. Nitekim Yurtcan¹⁸⁴, konuyla ilgili; “iddianamenin iadesinin öngörüldüğü bir sistemde, müdafinin kamu davası açılarak dosya mahkemeye geldiğinde, bu dosyayı inceleyebilmesi gerektiğini, olayda iddianamenin iadesini gerektirecek bir halin varlığı söz konusu olabilecektse, müdafiden dosyanın gizlenmesinin anlamı olmayacağını” belirtmiştir. Kanun değişikliği ile müdafinin artık soruşturma aşamasında da bu yetkisinin kısıtlanamayacağı dikkate alındığında, yargılama sürecinde artık bu bağlamda müdafii aleyhine bir durum oluşmayacaktır. Bununla birlikte yürürlükten kaldırılan maddelerinden sonra CMK m.153 hükmünün yalnızca soruşturma aşamasına ilişkin olduğu değerlendirmesine açıktır. Bu sebeple kovuşturma evresinin de eklenmesi, belirliliği sağlamak açısından yerinde olacaktır.

Dosya ve belgelerin incelenmesi yetkisinin müdafii tarafından nerede ve nasıl inceleneceği açıklanmamışsa da, bunlar delilin koruma altına alındığı yerde incelenebilir ve delilin bir uzmanla birlikte incelenmesinin gerektiği hallerde müdafii beraberinde uzman

¹⁸³ Dosyayı inceleme yetkisinin kısıtlanamayacağı an, CMUK ve CMK'nın ilk halinde, iddianamenin mahkemeye verildiği an olarak düzenlenmişti. 2005 yılında 5353 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik uyarınca “iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarih” esas alındı. Kunter- Yenisey- Nuhoğlu, a.g.e., s.461.

¹⁸⁴ Erdener Yurtcan, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, 5.bs, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s.438.

da getirebilir.¹⁸⁵ Ayrıca müdafinin incelediği dosyalardan edindiği bilgileri, müvekkiline aktarmasını engelleyici bir durum da bulunmamaktadır¹⁸⁶. Bununla birlikte müdafinin dosyadan öğrendiği gizli bir bilgiyi şüpheli veya sanığa açıklaması “soruşturmanın gizliliği” ilkesini zedeleme ihtimalini taşımaktadır¹⁸⁷.

Son olarak belirtilmelidir ki, müdafinin soruşturma evrakını incelemesi ile ilgili Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği¹⁸⁸ ’nin 22. maddesi¹⁸⁹ de uygulanabilirliğini kaybetmiştir. Kabul edilen değişiklikler, düzenlemelerin Havana Kuralları¹⁹⁰ ile de uyumunu pekiştirmiştir.

3. Müdafinin Şüpheli veya Sanık ile Görüşme ve Yazışma Yetkisi

Müdafinin şüpheli veya sanıkla görüşme hakkı, savunma amacıyla kabul edilmiştir.¹⁹¹ Müdafinin ile temas kurma/ görüşme hakkı, kendi kendini suçlamama hakkının

¹⁸⁵ Kocaoğlu, a.g.e., s.179.

¹⁸⁶ Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.227.

¹⁸⁷ Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.403

¹⁸⁸ Resmi Gazete Tarihi: 01.06.2005 Resmi Gazete Sayısı: 25832. Danıştay 10. Dairesi konuyla ilgili Yönetmeliğin 22/1.maddesinde yer alan “*Kollukta bulunan soruşturma dosyası için yetkili Cumhuriyet savcısının yazılı emri gerekir.*” ifadesini “... Müdafii ... inceleme talebini Cumhuriyet Savcısının soruşturmanın amacının tehlikeye düşüp düşmeyeceğine ilişkin bir değerlendirme yapmasına olanak sağlaması bakımından, talebin savcılık onayına bağlı olarak karşılanmasında yasanın amacına aykırılık yoktur. Ancak yine Yasanın amir hükmü uyarınca hiçbir şekilde incelenmesi ve örnek alınması engellenemeyecek olan belgelere yönelik taleplerde de Cumhuriyet Savcısının yazılı emrinin aranmasının, Yasada yer almayan yeni bir usul yaratılmak suretiyle savunma hakkının kullanılmasının zorlaştırılması anlamına geleceği ve bu uygulamanın da Yasanın genel amacıyla bağdaşmayacağı açıktır.” gerekçesiyle E. 2005/5845, K. 2008/3450, 22.5.2008 tarihli kararla iptal etmiştir. (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 08.05.2014.

¹⁸⁹ Madde 22: (1) Müdafii, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. Kollukta bulunan soruşturma dosyası için yetkili Cumhuriyet savcısının yazılı emri gerekir. (2) Müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının talebi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir. (3) Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında, ikinci fıkra hükmü uygulanmaz. (4) Müdafii, Cumhuriyet başsavcılığınca iddianamenin mahkemeye verildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir. (5) Bu maddenin içerdiği haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanır.

¹⁹⁰ “Yetkili makamların ellerinde veya denetimleri altında bulunan gerekli bilgileri, dosyaları ve belgeleri, avukatların müvekkillerine etkili bir hukuki yardım verebilmelerini sağlayacak yeterli bir sürede ulaştırmalarını temin etmek, kamu makamlarının görevidir. Avukatların bu belgelere en kısa sürede ulaşmaları sağlanır.” 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Yönetmelikler ve Diğer Düzenlemeler, a.g.e.,s.254.

¹⁹¹ “(...) Karar uyarınca, polis sorgulamasının başlangıcında, sanık savunmasına ilişkin temel bir ikileme yüz yüze kalmaktadır. Sessiz kalmayı tercih ederse, Kararın hükümleri uyarınca aleyhinde ters müdahaleler ortaya çıkabilmektedir. Diğer yandan, sanık sorgulama sırasında sessizliğini bozma eğilimi gösterirse, aleyhinde müdahale olasılığını ortadan kaldırmadan savunmasına zarar verme riskini taşıyacaktır. Bu koşullar altında, 6. maddede öngörülen hakkaniyet kavramı ... sanığın, polis sorgulamasının ilk aşamasından bu yana adli yardım alma hakkına sahip olmasını gerektirmektedir. Polis sorgulamasının ilk 48 saati süresince, savunma haklarının kaçınılmaz olarak zarar görebileceği bir

da bir güvencesini oluşturur. Müdafinin hukuki bilgi verme ve tavsiyede bulunma yükümlülüğünü yerine getirebilmesi, onun şüpheli veya sanıkla görüşme ve yazışma olanağına sahip olmasını gerektirir.¹⁹² Hukuki bilgi ve hukuki tavsiye alma hakkı temel bir şüpheli veya sanık hakkıdır. Müdafinin, bu yolla şüpheli veya sanığın bireysel savunmasını hazırlamasına yardım eder.¹⁹³ Bununla birlikte belirtilmelidir ki; bu yetki, yalnızca müdafinin ile şüpheli veya sanık arasındaki iletişimi kapsamaz. Gizli kalması gereken iletişim, genel olarak avukat-müvekkil imtiyazının bir sonucudur ve hukuki tavsiye elde etme amaçlandığından, yazılı veya sözlü olsun, avukat- müvekkil ilişkisinin güvenilirliği buna bağlıdır¹⁹⁴.

Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında¹⁹⁵, müdafinin, şüpheli veya sanıkla “görüşme” ve hukuki yardımda bulunma yetkisi vardır (CMK m.149/3, YGİY m.20/3). Nitekim CMK m.148/4’te düzenlenmiş olan “müdafinin hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifadenin, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamayacağı”¹⁹⁶ kuralı şüphelinin savunma hakkı açısından önemli bir güvencedir. Yine bunu tamamlayıcı nitelikte CMK m.213’te yer verilmiş olan “(...) müdafinin hazır bulunduğu kolluk ifadesine ilişkin tutanaklar duruşmada okunabilir” düzenlemesi de müdafinin olmaksızın kolluk tarafından alınan ifadenin hükümsüz olacağını¹⁹⁷ sonuçlamaktadır.

durumda, avukatla görüşürülmemek –gereğesi ne olursa olsun- sanığın 6. madde bağlamındaki haklarını ihlal eder.” John Murray/ İngiltere, 18731/91, 08.02.1996; Hal böyle olmakla birlikte Brennan/ Birleşik Krallık davasında başvuru, diğer suçluların haberdar olabileceği gereğesiyle 24 saat süresince avukatıyla görüşmesinin engellediği yakınmasında bulunmuştur. AİHM, suça dahil olduğu iddia edilen diğer şahısların haberdar olabileceği riskinin makul bir gerekçe olduğunu kabul ederek avukata erişimin 24 saat boyunca engellenmesinin ihlal teşkil etmediğini belirtmiştir. Başvuru şüpheliden ilk 24 saat boyunca kendi kendini suçlayan mahiyette bir ifadenin alınmamış olması Mahkemenin böyle bir sonuca ulaşması gerekçelerinden birisi olmuştur. Kararlar için bkz. Tezcan v.dğr., İnsan Hakları El Kitabı, a.g.e., s.93.

¹⁹² Zafer, Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, a.g.e., s.330-331.

¹⁹³ Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.187.

¹⁹⁴ Ronald Goldstock/ Steven Chananie, ““Criminal” Lawyers: The Use Of Electronic Surveillance And Search Warrants In The Investigation And Prosecution Of Attorneys Suspected Of Criminal Wrongdoing”, University of Pennsylvania Law Review, 1855-1877, s.1860, elektronik formattaki hali için bkz. (çevrimiçi) <http://www.jstor.org/stable/3312147>, erişim tarihi: 10.07.2014.

¹⁹⁵ CMUK’da gözetiminde olan kişinin bir avukatla görüşmesi ve yazışması konusunda bir açıklık yoktu. CMUK’un 136. maddesi, sanığın “tahkikatın her hal ve derecesinde” bir veya birden fazla savunucunun yardımına başvurabileceğini öngörmektedir. Yasa, savunucu tayini ve onun yardımından yararlanmak için “sanık” sıfatının kazanılmış olmasını belirtmektedir. Süheyl Donay, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.177.

¹⁹⁶ Bu düzenleme CMUK m.135’te yer almayan, CMK ile kabul edilen düzenlemedir. Timur Demirbaş, “Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik”, **Legal Hukuk Dergisi**, C.3, S.32, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, 2871-2883, s.2880.

¹⁹⁷ A.e., s.2883.

Avukatla sanık arasındaki ilişki özel yaşamın sınırlarını aşmaktadır. Tutuklu sanıkla avukatın baş başa görüşmeleri, savunmaları için gerekli bilgi ve belgeleri birbirlerine iletmeleri, yargılama sürecindeki konularının zorunlu bir gereğidir.¹⁹⁸ Müdafinin şüpheli veya sanıkla görüşme yetkisi CMK m. 154'de düzenlenmiştir. Bu kanun hükmüne göre “*Şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir.*¹⁹⁹ *Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tabi tutulamaz.*” CMK, bu bağlamda tutuklu kişi hakkındaki düzenlemeyi Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’a bırakmıştır²⁰⁰. Nitekim “*Özel yasalardaki hükümler dışında, tutuklunun müdafii ile haberleşmesi ve kurum düzeni çerçevesinde görüşmesi hiçbir suretle engellenemez ve kısıtlanamaz. Müdafinin tutuklu şüpheli veya sanıkla görüşmesi kaydedilemez*” (CGTİK m.114/5)²⁰¹.

Kanun’da yer alan düzenlemelere bakıldığında, 149/3. maddede müdafie bir hak olarak tanınan sanıkla görüşme hakkı, 154. maddede sanık bakımından müdafii ile

¹⁹⁸ Dinç, a.g.e., s.225. CMUK’da “*yargıç, tutuklama nedenine göre, gerekli gördüğü takdirde, soruşturma açılıncaya kadar, sanıkla müdafinin görüşmelerinde hazır bulunabilir (144/2)*” düzenlemesi bulunmaktaydı. Savunma hakkını zedeleyen ve müdafinin görevini yapmasını engelleyen bu hükmün kaldırılması isabetli olmuştur. Düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, a.g.e., s.146-147.

¹⁹⁹ Konuşmaları başkalarının duyamayacağı ortamda yapılmasının sağlanması yükümü doğrudan veya dolaylı olarak şüpheli veya sanık ve müdafii arasındaki yapılan görüşmelerdeki konuşmaların filme alınması, bir dinleme aygıtı ile uzaktan dinlenilmesini, gizli bir kamera vasıtasıyla kasede kaydedilmesini, dudak okuma yahut başka bir hile kullanılarak görüşmenin içeriğinin öğrenilmesini sağlayacak her türlü davranışı da yasaklar. Çünkü iddianın gizliliği ilkesi gibi savunmanın gizliliği de ve savunmanın nasıl ve ne şekilde yapılacağı konusunda iddia makamının önceden bilgi alarak bu savunmaya mukabil önlem almasının silahların eşitliği ilkesi içerisinde engellenmesi gerekir. Bkz. Koca, a.g.tz., s.240

²⁰⁰ Kunter- Yenisey- Nuhoğlu, a.g.e., s.465.

²⁰¹ *Müdafii, tutuklu müvekkili ile görüşmek üzere ceza infaz kurumuna girerken duyarlı kapıdan geçmek zorundadır. Müdafinin üstü metal dedektörle aranır; eşyaları x-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirilir, ayrıca şüphe halinde elle aranır. Bu cihazların bulunmadığı yerlerde arama ve kontrol elle yapılır (CGTİK m.86/3,7). Ceza infaz kurumlarına giren avukatlar tarafından savunmaya ilişkin olduğu yazılı olarak beyan edilen belge ve dosyalar, incelemeye tabi tutulmaz (CGİK m.86/4).* AIHM de İsviçre’ne karşı Schönerberger ve Durmaz davasında uyuşturucu suç nedeniyle gözaltında bulunan Durmaz’a eşi tarafından tutulan Avukat Schönerberger tarafından gönderilen mektubun ve vekalet formlarının savcı tarafından engellenmesinin haberleşmeye saygı hakkının ihlali olduğuna oybirliği ile karar vermiştir. Mahkeme hükümetin mektupta tavsiyelerin olduğuna ilişkin iddiaları karşısında bu tavsiyelerin hukuk dışı olmadığını ve idareye yönelik tehdit oluşturmadığını ifade etmiştir. (Schönerberger ve Durmaz / İsviçre, 11368/85, 20.06.1988)’den aktaran Mert Gümüşay, **Türk Hukukunda Adli ve Önleme Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi** (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2009, s.118.

görüşme hakkına dönüşmüştür. Aynı şekilde her iki madde de, bu hakkın kullanımına mutlak denetim yasağı getirilmiştir.²⁰²

Sanıkla görüşecek ve yazışacak olan müdafii, hem sanığın seçtiği ve hem de mahkemenin atadığı müdafidir. Ayrıca, müdafinin vekaletnamesinin bulunması şart değildir²⁰³. Ancak, müdafilik ilişkisi doğmuş bulunmalıdır.²⁰⁴ Zira ceza muhakeme işlemlerinde HMK²⁰⁵'da (m.77) öngörüldüğü gibi avukat müvekkil ilişkisinin kural olarak bir vekâlet sözleşmesi ile kurulmuş ve ispat edilmiş olması aranmamakta, (Av. K.m.2/2²⁰⁶ hariç) sanık ile müdafii avukat arasında avukatın savunma görevini üstlendiğini gösteren bir ispat vasıtasının varlığı yeterli kabul edilmektedir²⁰⁷.

Bununla birlikte bu yetki CMK m.151'de düzenlenmiş olan "görevinden yasaklı müdafii"²⁰⁸ için geçerli değildir. Müdafii görevden yasaklanmış bulunduğu sürece başka davalarla ilgili olsa bile müdafiliğini üstlendiği kişiyi ceza infaz kurumunda veya tutukevinde ziyaret edemeyecek (m.151/6) ve işin doğası gereği görüşmesi söz konusu olamayacaktır. Kanun bu anlamda mutlak bir yasak öngörerek yalnızca müdafilik görevini yerine getirdiği davayla sınırlamamıştır.²⁰⁹

²⁰² Koca, a.g.tz., s.234; Cihan/Yenisey, istisnai hallerde sanığın müdafii ile görüşmesinin engellenebileceği yolunda ilave yapılması gerektiğini, sanık haklarının tanınmasının yerinde olduğunu fakat Devletin suç araştırması yolundaki yetkileri yok edilirse toplumun bundan zarar göreceğini ileri sürmektedir. Bkz. Cihan/Yenisey, a.g.e., s.149.

²⁰³ Uygulamada, baronun atadığı zorunlu müdafii veya istek üzerine baroca atanan müdafii ile şüphelinin vekaletname vererek tayin ettiği müdafii arasında fark varmış gibi davranılması ve vekaletnameli müdafie vekil denilmesi ve gerçek bir müdafii gibi davranılmaması gibi yanlış durumlara da rastlanmaktadır. Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.409.

²⁰⁴ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, a.g.e., s.141.

²⁰⁵ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Resmi Gazete Tarihi: 04.02.2011, Sayısı: 27836

²⁰⁶ *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 müzekereler duruşma günü beklenmeksizin mahkemeden alınabilir.*

²⁰⁷ Zafer, a.g.m., s.514.

²⁰⁸ CMK m.151/3 uyarınca; "149 uncu maddeye göre seçilen veya 150 nci maddeye göre görevlendirilen ve Türk Ceza Kanununun 220 ve 314 üncü maddesinde sayılan suçlar ile terör suçlarından (TMK m.1,3 ve 4) tutuklu ve hükümlü olanların müdafilik veya vekillik görevini üstlenen avukat, hakkında bu fıkra da sayılan suçlar nedeniyle kovuşturma açılması halinde tutuklu veya hükümlünün müdafilik veya vekillik görevini üstlenmekten yasaklanabilir". Benzer düzenlemeye Av. K. m.153/1'de de rastlanmaktadır: "Hakkında meslekten çıkarma cezasını gerektirebilecek mahiyette bir işten dolayı kovuşturma yapılmakta olan avukat disiplin kurulu kararıyla, tedbir mahiyetinde işten yasaklanabilir".

²⁰⁹ Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.235.

Yine şüpheli veya sanıkla kastedilen, yakalanan, gözaltında veya tutuklu bulunan şüpheli veya sanıktır. Özgürlüğü kısıtlanmamış olan şüpheli veya sanıkla müdafinin görüşebilmesi için normatif bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır.²¹⁰

Kanun müdafii ile görüşme kenar başlıklı 154. maddede sanığın müdafii ile yazışma hakkını da düzenlemiştir. Bu düzenlemeden, sanığın AİHS'nin m.6/III (c) hükmünde öngörülen savunma hakkının yanında, AİHS'nin 6/III (b) hükmünde belirtilen sanığın savunmasını hazırlamak için yeterli zamana ve kolaylığa sahip olma hakkı da göz önünde bulundurularak, tutuklu ile müdafinin birbirlerine yazdıkları mektupların derhal yerine ulaştırılması da anlaşılmalıdır²¹¹.

Müdafinin şüpheli veya sanığa yazdıklarının, denetlenmeden, açılmadan şüpheliye veya sanığa verilmesi ve şüpheli veya sanığın müdafisine yazdıklarının da aynı biçimde, açılmadan postaya verilmesi gerekir. Bunların denetimi, sadece, postanın müdafiden gelip gelmediğini veya müdafie gönderilip gönderilmediğini anlamak için yapılmalıdır.²¹² Zira savunma hakkının gereği gibi kullanılması, şüpheli veya sanığın, müdafii ile açıkça iletişim kurabilmesine, söylediklerinin veya yazdıklarının cezalandırılması bakımından kanıt olarak kullanılabilirliği kaygısı taşınmamasına ve iddia veya yargılama makamı tarafından gizli iletişiminin denetlenmediği güvencesine sahip olmasına bağlıdır²¹³.

²¹⁰ Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, a.g.e., s.194. Dursun, bu hükmü “yeni düzenlemenin CMUK 144’ten farklı ve görüşme ve yazışma yetkisinin kapsamını genişleten bir anlatım kullanıldığını, CMUK’ta söz konusu yetkilerin Kanun’da ifade edildiği üzere “yakalanan veya tutuklu bulunan kişi”lerle sınırlı iken; CMK’da bu ayrıma gidilmeksizin tüm şüpheli ve sanıkları kapsamına aldığı” şeklinde değerlendirmiştir. A.g.m., s.130.

²¹¹ Handan Yokuş Sevik, “Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.69, 2007, 97-124, s.122. AİHM, Öcalan/Türkiye davasında, başvurunun avukatlarına 17.000 sayfalık dava dosyasına tam olarak eriştikten sonra, duruşmalar başlamadan önce iki haftalık süre tanınmasını, davaya hazırlanmak için yeterli sürelerinin olmaması sebebiyle AİHS m.6/3 (b)’nin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Sibel İnceoğlu, a.g.e., s.241. Bununla birlikte AİHM, “yeterli zaman” kavramı bakımından Campbell ve Fell davası kararında (28.06.1984) şunları belirtmiştir: “*Bay Campbell, kendisi hakkındaki suçlamalardan 1 Ekim 1976 tarihinde Kurul’un toplanmasından beş gün önce haberdar edilmiştir. Ayrıca, eline “rapor bildirimleri geçmiştir; Kurul’un yapacağı yargılamayla ilgili olanlar kendisine Kurul’un toplanmasından bir gün önce verilmiştir; bu bildirimler suçlamalara yazılı olarak cevap verebileceğine dikkat çekmektedir. Bütün koşullar çerçevesinde başvuru savunmasını hazırlamak için yeterli zamana sahip olmuştur.*” Gilles Dutertre, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2007, s.264.

²¹² Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.189; sanıkla savunucusu arasındaki yazışma, savunma hakkının kapsamı ile ilgili olmayan konuları içeriyorsa, örneğin bir başka suçun işlenmesi konusunda talimat verilmesi ile ilgili ise, bu takdirde mektupların denetlenmesi mümkündür. Böyle bir denetleme için ise, sanık hakkında, savunma ile ilgili olmayan konularda yazıştığı konusunda büyük bir şüphenin bulunması gerekir. Bu görüşte bkz. Donay, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, a.g.e., s.175.

²¹³ D. McArthur, a.g.m., s.739.

Müdafii görüşme ve yazışma yetkisi Terörle Mücadele Kanunu bakımından da önem arz etmekteydi. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesinin 3. fıkrasının 'e' bendinde bu kanun kapsamına giren suçlar bakımından müdafii şüpheli veya sanıkla görüşme ve yazışması yetkisine bir istisna hüküm getirilmiştir. Bu hükme göre, gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla yirmidört saat süre ile kısıtlanabilir, bu süre zarfında ifade alınamaz. Yine bu kanunun müdafii ile sanık arasındaki görüşme ve yazışmaların belirli koşullarda denetlenebileceğini öngören 10. maddenin ilgili fıkrası²¹⁴ ise 5 Temmuz 2012 tarihli 6352 sayılı Kanun değişikliği ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Müdafii ile şüpheli veya sanığın görüşecekleri ortama ilişkin de yasal düzenlemeye yer verilmiştir. İlgili hüküm uyarınca, *her kolluk biriminde görüşme için uygun şartları haiz görüşme odası ayrılır* (YGİY m.21/4). Hükümlülerin de müdafii veya avukatla görüşme hakkı, bu kişilerin meslek kimliklerini ibrazı üzerine, tatil günleri dışında ve çalışma saatleri içinde, bu iş için ayrılan görüşme yerlerinde, "konuşulanların duyulamayacağı"²¹⁵, ancak güvenlik nedeniyle görülebileceği bir biçimde yapılır (CGTİK m.59/2). CMUK döneminde Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkif Evlerinin Yönetimi ve Cezaların İnfazına Dair Tüzüğü'nün 154. maddesi, kapalı cezaevlerindeki ziyaretlerin, hükümlülerle her türlü maddi temasın önüne geçebilecek şekilde yapılmasını ve konuşulanların hazır bulunan personel tarafından işitilebilecek tarzda cereyan etmesi

²¹⁴ Söz konusu düzenleme "(...) Ancak müdafii terör örgütü mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, cumhuriyet savcısının istemi ve hakim kararıyla, bir görevli görüşmede hazır bulundurulacağı gibi bu kişilerin müdafiiye verdiği veya müdafiiince bu kişiye verilen belgeler hakim tarafından incelenebilir. Hakim, belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verir. Bu karara karşı ilgililer itiraz edebilirler." şeklindeydi.

²¹⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, şüpheli veya sanığın müdafii ile üçüncü kişilerin duyamayacağı bir ortamda görüşmesini adil yargılanma hakkı ilkelerinden birisi olarak kabul etmekle birlikte bunun bazı durumlarda ve belirli ölçülerde sınırlandırılabilirliğini, buradaki sorunun muhakemenin bütünü içinde bakıldığında bu kısıtlamanın sanığı adil yargılanma hakkından mahrum bırakıp bırakmaması olduğunu belirtmiştir. Tezcan, a.g.e., s.183. AİHM, sanık ve avukatı, dava konusu olayları değerlendirip kanıtlarıyla birlikte tartışırken, bir başka kişinin, özellikle karşı cephede yer alan savcılık görevlisinin onları dinlememesi gerektiği konusunu ilk kez, Elvan Can'ın Avusturya'ya karşı yönelttiği başvuruda gündeme almıştır. Konu AİHM'in gündeminde iken, davanın sonuçlanmasından önce Avusturya Hükümeti, dostça çözüm süreci içerisinde, 11 Haziran 1985 günlü protokolle başvurucunun istemlerini kabul etmiştir. Bu protokolün 6. maddesinde, "... Avusturya F. Hükümeti hazırlanmakta olan Ceza Yargılama Yöntemleri Yasası'nda, kanıtların yok edilme kuşkusunu varken tutuklu sanığın avukatıyla görüşmesi sırasında gözlemci bulundurulmasını öngören kuralın, AİHK'in bu dava ile ilgili 12 Temmuz 1984 günlü raporu doğrultusunda yeniden düzenlenmesi için yasama organına önerilerini sunma" sözü vermiştir. (...) AİHM, 30 Eylül 1985'te davanın listeden silinmesini kararlaştırmıştır. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dinç, a.g.e., s.236.

gerektiğini belirtmekteydi.²¹⁶ Bu düzenlemenin günümüz mevzuatında yer almaması savunma hakkı bakımından önemli bir gelişme ve aynı zamanda olması gerektir.

Görüşme hakkı kavramı müdafii şüpheli veya sanık ile telefonla görüşmesini de kapsar²¹⁷ ve bu hakkın ihlal edilmemesi için telefonla görüşmenin de başkalarının duyamayacağı veya dinleyemeyeceği bir ortamda yapılması gerekir.²¹⁸ Bununla birlikte müdafii dışında, sanığın konuşmaları ve sanıkla yapılan telefon konuşmalarının dinlenebileceği kabul edilmektedir. Bu nedenle, sanıkla telefon görüşmesi yapan kişinin, müdafii olup olmadığından şüphelenilmesi halinde bu görüşmenin denetlenmesi mümkündür. Bu durumda yapılan denetimin amacı, konuşulanın müdafii olup olmadığını öğrenmeye yönelik olduğu için, bu öğrenme gerçekleştiği anda denetim durdurulmalıdır.²¹⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi' nin de bu konuda²²⁰ vermiş olduğu kararlar mevcuttur. AİHM'e göre, "*AİHS, hakkında suç isnadı bulunan bir kimsenin hiçbir engellemeye maruz kalmadan avukatıyla serbestçe görüşebileceğine ilişkin bir kural içermemesine karşın, Avrupa Konseyi Mahpusların Islahı için Asgari Standart Kuralları'nın 93. maddesi ile AİHK ve AİHM'deki Yargulamalara Katılan Kişilerle İlgili Avrupa Sözleşmesi'nin 3/2. maddesi, avukatla serbestçe görüşmeyi öngörmektedir. Sanığın üçüncü bir kişi tarafından dinlenmeden avukatıyla serbestçe görüşebilmesi, demokratik bir toplumda adil yargılanma hakkının temel koşulları arasında bulunmaktadır. Sözleşme'nin 6. maddesi avukatların savunma stratejisini oluşturmak için müvekkilleriyle işbirliği*

²¹⁶ CMUK döneminde konuya ilişkin uygulama hakkında bkz. Donay, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, a.g.e., s.175 vd. AİHM, Lanz/Avusturya davasında başvuru ile avukatın konuşmalarının, delilleri karartma şüphesi ile sorgu yargıcı tarafından dinlenmesini, sözleşmeye aykırı bulmuştur. Yine Öcalan/ Türkiye davasında ilk görüşmenin güvenlik güçleri ve bir yargıcın gözetiminde gerçekleşmesini, sonraki görüşmelerin ise kapı açık bir biçimde, konuşmaların güvenlik güçlerince duyulabileceği bir ortamda gerçekleşmesini, hakkın kullanımının büyük ölçüde yitirildiği şeklinde değerlendirmiştir. Inceoğlu, a.g.e., s.330, dn.438.

²¹⁷ Avrupa Konseyi Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlükler Hakkında 9 Numaralı Tavsiye Kararı uyarınca; "*Dosyaların, diğer dokümanların ve elektronik haberleşmenin içeriği de dahil olmak üzere avukat müvekkil ilişkisindeki gizliliği korumak için her türlü tedbir alınır. Bu kaideye istisna ancak iç hukuka ve demokratik toplum gereklerine uygun olarak yürütülen cezai soruşturma sebebi ile ve yargısal veya başka bir bağımsız tarafsız mercii tarafından kontrol edilerek izin verilmelidir.*" 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Yönetmelikler ve Diğer Düzenlemeler, a.g.e.,s.260.

²¹⁸ Mahmutoğlu- Dursun, a.g.e., s.133.

²¹⁹ Koca, a.g.tz., s.242.

²²⁰ Uluslararası bir sözleşme olan AİHS'nin m.6/3 b ve c hükümlerinde, her sanığın, savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara, kendini bizzat veya bir müdafii yardımıyla savunma hakkına sahip olduğu öngörülmesine rağmen, sanığın müdafii ile yazılı veya sözlü olarak serbestçe görüşebileceği konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, sözleşmede tanınan bu hakların sanık ile müdafii karşılıklı olarak görüşme ve yazışmalarını da zımnen kapsadığı belirtilmiştir. Koca, a.g.tz., s.235; Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Sözleşme m.14/2 (b)'de "*Savunmasını hazırlayabilmek ve kendi seçtiği avukatla temas edebilmek için yeterli zaman ve kolaylıkların tanınması*" ifadesi yer almaktadır.

*içerisinde olmalarını gerektirdiğinden, bu konuşmalara kısıtlama getirilmesinin hiçbir haklı nedeni bulunmamaktadır*²²¹.

Mahkeme konuyu yalnızca 6. madde bağlamında değerlendirmemiştir. Mahkeme aynı zamanda müdafî ile şüpheli ya da sanık arasındaki görüşme ve yazışmaların sözleşmenin 8. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "...demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş²²² olmak koşuluyla..." şeklindeki sınırlama hallerine²²³ aykırı olarak engellenmesinin, 8. maddede düzenlenen özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali olduğunu ifade ederek²²⁴, konuyu birçok hakla ilintili olarak ele almıştır. "*Zorunluluk kavramı, müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve özellikle izlenen meşru amaçla orantısız olması şartlarının varlığını gerektirir. Bir müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığı belirlenirken, Devlet'in takdir hakkı göz önünde bulundurulabilir.*"²²⁵

Ulusal mevzuatta böyle bir düzenlemenin yokluğunu ise sözleşmenin 13. maddesinde düzenlenen "ulusal makama başvuru" hakkının ve 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.²²⁶ Nitekim Mahkeme, sanığın

²²¹ Dinç, a.g.e., s.237; benzer yönde S./İsviçre (28.11.1991) AİHM kararı için bkz. Dutertre, a.g.e., s.265.

²²² AİHM, Sunday Times/ Birleşik Krallık davası (26.04.1979) kararında bu ifadeyi şu şekilde açıklamıştır: "*yasayla öngörülmüş olma ifadesinde, 'yasa' kelimesi sadece yazılı değil, aynı zamanda yazılı olmayan hukuku da içerir. İçtihat hukukunda belirlenen bir kısıtlamanın, sadece kanunlarda yazılı olduğu için 'yasayla öngörülmüş' olmadığını iddia etmek, AİHS'yi hazırlayanların amaçlarının aksine olurdu; bu, AİHS'ye taraf olan ve içtihat hukuku geçerli olan bir Devlet'i 10/2. maddenin korumasından mahrum bırakır ve söz konusu Devlet'in yasal sisteminin temelini zarar verirdi. (...) Yasayla öngörülmüş olma ifadesinden çıkan iki şart vardır. Birincisi, yasa yeterli biçimde erişilebilir olmalıdır: belirli bir davada uygulanabilecek yasal kurallar konusunda vatandaşların yeterince fikri olmalıdır. İkincisi, bir kural vatandaşın davranışlarını düzenlemesini sağlayacak kadar kesin bir biçimde ifade edilmemişse 'yasa' sayılamaz; vatandaş, gerekirse uygun görüş olarak, belirli bir eylemin sonuçlarının neler olabileceğini mevcut şartlarda makul olacak bir derecede öngörebilmelidir.*" Dutertre, a.g.e., s.343.

²²³ Donay, Komisyon'un sanığın, avukatı ile yazışmalarının denetlenmesini Sözleşme'nin 8/2. maddesine dayandırmasını; "ilgili maddenin kişinin özel yaşamına ilişkin yazışmasından söz etmesi ve dolayısıyla maddenin 2. fıkrasındaki sınırlamaların bu tür yazışmalar ile ilgisinin bulunması, sanığın avukatı ile yazışmasının ise savunma hakkıyla ilgili olması ve 8. maddenin buna bir sınırlama getirmemesi sebebiyle isabetsiz bulunmaktadır. Bkz. Donay, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, a.g.e., s.163.

²²⁴ Golder / İngiltere Davası, 1979 tarihli AİHM kararından aktaran Gözübüyük- Gölcüklü, a.g.e., s.266; Campbell ve Fell/ İngiltere Davası, 1984 tarihli AİHM kararından aktaran Dinç, a.g.e., s.228.

²²⁵ Campbell/ Birleşik Krallık davası (25.03.1992) tarihli AİHM kararından aktaran Dinç, a.g.e., s.339.

²²⁶ Silver/ İngiltere Davası, 1983 tarihli AİHM kararından aktaran, Dinç, a.g.e., s.267. AİHM, hükümlü olup da hapisanede suç işledikleri gerekçesi ile hapisanede teftiş kurulunca yargılanan başvurucuların, kurulun yaptığı kovuşturma sırasında avukatla irtibat kurmalarına ve soruşturma sona erinceye kadar avukatla görüşmelerine izin verilmemesini ve daha sonra avukatla yaptıkları görüşmelerin görevlilerce dinlenmesini adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmüştür. Karar için bkz. Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, 28.06.1984, (çevrimiçi): <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 22.07.2013. Yine, Schönenberg ve Durmaz/ İsviçre kararında, avukatı tarafından, sanığın hiçbir beyanda bulunmama hakkı olduğu, ifade verdiği takdirde bunun kendisi aleyhine delil olarak kullanılabileceği, ifade vermemesinin kendi

müdafî ile sadece ilk görüşmesi sırasında polis memurunun bulunmasını dahi savunma haklarının etkili biçimde kullanımını ihlal ettiği sonucuna varmıştır²²⁷.

Belirtilmelidir ki; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, şüpheli veya sanığın müdafî ile yazışması, diğer yazışmalarına oranla daha ayrıcalıklıdır. Cezaevi yönetimi, şüpheli veya sanığa gelen mektupları, sadece içinde yasa dışı maddeler olduğu konusunda makul şüpheler bulunduğu takdirde açabilir. Ancak, mektuplar açıldığında okunmamalıdır. Okunma, çok istisnai hallerde, makul ve acil ihtiyaç bulunan durumlarda mümkün olabilir. Aksi takdirde, Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiş sayılır.²²⁸ Nitekim AİHM, bir tutuklunun avukatıyla mektup yoluyla yaptığı yazışmanın okunmasına “*yetkililerin, mektubun içeriğinin cezaevinin veya başkalarının güvenliğini tehlikeye atması veya başka şekillerde suç teşkil etmesi sonucu, söz konusu gizliliğin istismar edildiğini düşünmesine neden olacak düzeyde makul gerekçeleri varsa*” izin verilebileceğini belirtmiştir²²⁹. *Neyin ‘makul sebep’ olduğu mevcut şartlara bağlıdır. Ancak, şüphelinin makul olabilmesi için, tarafsız bir gözlemcinin, bu ayrıcalıklı iletişimin istismar edildiği konusunda ikna olmasına neden olacak olayların veya bilgilerin mevcut olması gerekir.*²³⁰

Konuya ilişkin Schöenberg ve Durmaz/ İsviçre davasında²³¹, İsviçre Hükümeti temsilcilerinin avukat Schöenberg'in, sanığa susmasını, yanıt vermemekte direnmesini öneren mektubunun yürütülmekte olan soruşturmanın güvenliği açısından sakıncalı bulunduğu savunması üzerine AİHM; “avukatın, savunmasını üstleneceği kişiye susmasını, sorulara yanıt vermemesini önermesinin, onun mesleki görevi, doğal hakkı olduğu, sorgulanan sanığın yanıt vermemekte direnmesinin yasal bir hak olduğu, bu yöntemi seçen

menfaatine olacağı yönünde ifadeler içeren ve tutuklu olan sanığa gönderilen mektubun Savcı tarafından muhatabına ulaştırılmaması ve dört gün sonra avukatına geri gönderilmesi nedeniyle haberleşmeye saygı hakkının ihlal edildiğini de kabul etmiştir. Tezcan v.dğr., İnsan Hakları El Kitabı, a.g.e., s.294. Ayrıca 06.04.2000 tarihli 26772/95 nolu Labita/İtalya davasında AİHM, 8. madde ile ilgili yaptığı değerlendirmede “...olaya uygulanabilir olan mevzuatın ilgili makamların haberleşmenin sansürü konusundaki yetkilerini yeterli açıklıkta göstermediğini ve bu yetkinin nasıl kullanılacağını düzenlemediğini, çünkü söz konusu 1975 tarihli ve 354 sayılı yasanın 18. maddesinin tutuklu ve hükümlülerin haberleşmesinin ne kadar süreyle sansür edileceğini ve sansür kararının hangi gerekçelere dayanacağını belirtmediğini...” tespitle başvuruçunun haberleşmesine saygı hakkına müdahalenin “hukuka uygun olarak” yapılmadığı sonucuna ulaşmış ve 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. (çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 04.05.2014

²²⁷ Inceoğlu, a.g.e., s.330.

²²⁸ Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.189; 23.01.2007 tarihli Kepeneklioğlu/ Türkiye AİHM Kararı için bkz. Günay, a.g.e., s.305; Tezcan v.dğr., İnsan Hakları El Kitabı, a.g.e., s.185.

²²⁹ Campbell/ Birleşik Krallık, 13590/88, 25.03.1992 tarihli AİHM kararından aktaran Ursula Kilkelly, a.g.e., s.48.

²³⁰ Dutertre, a.g.e., s.340.

²³¹ Dinç, a.g.e., 231.

avukatın görevini üstlendiği kişiye haklarını bildirmesinin önlenemeyeceği” gerekçesiyle 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Yine AİHM’in, başka bir davada Hükümetin ileri sürdüğü “bir tutuklu ile avukatı arasındaki yazışmalara özel statü verilmesinin, bu sistemin istismar edilmesi riskini doğuracağı” iddiasına karşılık “avukat müvekkil ilişkisinin içerdiği gizlilik unsuruna saygı gösterme ihtiyacının, istismar olasılığından daha ağırlıklı olduğu” tespiti²³² önemlidir.

Son olarak belirtilmelidir ki; müdafie, tutuklu sanıkla görüşme ve yazışma hakkının verilmiş olması, müdafinin hiçbir kuralla bağlı olmaması anlamını taşımaz. Müdafinin bağlı olduğu en önemli kural, ona tanınan bu hakkın amacı ile ilgilidir. Müdafie, özgürlüğü kısıtlanan sanıkla görüşme ve yazışma şeklinde tanınan denetimsiz temas kurma hakkı, sadece sanığın savunmasını gereği gibi yapmak ve bu bağlamda hukuki yardımda bulunmak amacıyla verilmiş bir haktır²³³. Görüşmelerinin aralığı, yalnızca mesleki konulara ilişkin veya devam eden suçlamaya karşı şüpheli veya sanığa yasal dayanağa sahip hukuki tavsiyelerin verilmesi olabileceği gibi süregelen suç faaliyetlerine teşebbüs de olabilir²³⁴. Sanık veya müdafinin, caiz ya da yasak, başka amaçlarla bağlantıya geçmesi halinde m.154 garantisi geçerli değildir.²³⁵ Nitekim hukuki yardımda bulunduğu sırada şüpheli veya sanığı suç delillerini değiştirici beyanda bulunmaya azmettirmesi halinde “suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu”ndan (TCK m.281) sorumluluğu gündeme gelecektir²³⁶. Ayrıca müdafî tutukevinin ziyaret saatlerine uymalı²³⁷, gönderdiği

²³² Kilkelly, a.g.e., s.48. Bununla birlikte AİHM PKK üyelerinin yargılanması konulu Erdem/ Almanya davası kararında (05.07.2001) şu noktalara değinerek 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir: *Günümüzde demokratik toplumlar, çok karmaşık casusluk biçimlerinin ve terörizmin tehdidi altındadır; bunun sonucu olarak Devlet, bu tür tehditlere etkin olarak yanıt verebilmek için, kendi yetki alanı içinde çalışan yıkıcı unsurların gizli gözetimini yapabilmelidir. Mahkeme, istisnai şartlarda mektup, posta ve telekomünikasyonun gizli gözetimine izin veren bazı kanunlarının varlığını, ulusal güvenlik ve/ veya suçun önlenmesi için demokratik bir toplumda zorunlu olarak kabul etmek durumundadır. Ancak gözaltında olan bir kişi ile yasal temsilcisi arasındaki haberleşmenin gizliliği, yine de bireylerin temel haklarından biridir ve savunmanın haklarını doğrudan etkiler. Bu nedenle, bu prensibin askıya alınmasına istisnai durumlarda izin verilebilir ve bu durum, istismara karşı uygun ve yeterli teminatlarla bir arada düşünülmelidir. PKK'nun yönetici kadrosuyla ilgili davalar, her türde terörle mücadelenin getirdiği bu istisnai duruma girmektedir. (...) Terörün her türünün yarattığı tehdit, bu davada haberleşmenin denetlenmesi konusundaki teminatlar ve Devlet'in takdir hakkı göz önünde bulundurulur, ele alınan müdahale izlenen meşru amaçla orantısız değildir.* Dutertre, a.g.e., s.341.

²³³ Havana Kuralları uyarınca “Gözaltına alınan veya hapsedilen herkesin, bir avukat tarafından vakit geçirilmeden ziyaret edilmesi, kesintisiz biçimde iletişim kurabilmesi ve sansüre uğramadan tam bir gizlilik içinde görüşebilmesi için yeterli imkanlar, zaman ve kolaylık sağlanır. Kanun adamları, görüşmeleri izleyebilir fakat dinleyemez.” 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Yönetmelikler ve Diğer Düzenlemeler, a.g.e.,s.253.

²³⁴ Goldstock- Chananie, a.g.m., s. 1870.

²³⁵ Koca, a.g.tz., s.244; Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, a.g.e., s.141.

²³⁶ Demirbaş, a.g.m., s.2881.

postayı, tutukevi görevlilerince, müdafiden geldiği kolayca anlaşılabilir biçimde yazmalıdır. Ancak, müdafinin sanıkla görüşmesinin normal ziyaret saatlerinden daha az olarak saptanması, yazışmalarına belli bir üst sayı konması veya sanıkla görüşürken bir tutukevi görevlisinin huzurunun şart koşulması²³⁸ da CMK'ya aykırı düşecektir.²³⁹

4. Müdafinin Hazır Bulunma Yetkisi²⁴⁰

Müdafinin hazır bulunması, suç şüphesi altındaki kişinin bir müdafinin yardımından yararlanma hakkının fiilen gerçekleşmesi demektir. Şüpheli ve sanığın müdafiden yararlanma hakkı iki yönlü ele alınabilir; ilki müdafie danışma hakkı, diğeri ise müdafî bulundurulabilme hakkıdır. Ancak bu iki hak bir arada bulunabilirse şüpheli ve sanığın savunma hakkının tam anlamıyla sağlanmış olduğundan söz edilebilir.²⁴¹ Bu bakımdan müdafinin hazır bulunma yetkisi, soruşturmanın ne kadar erken aşamasında başlarsa, savunma hakkına o kadar çok değer verilmiş olacaktır.²⁴²

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, şüpheli ve sanığın suç haberinin alınmasından başlayarak, muhakemenin sonuna kadar müdafî yardımından yararlanabilmesi sağlanmıştır. Bu aynı zamanda maddi gerçeğin araştırılması, silahların eşitliği ve adil yargılanma ilkelerinin de gereğidir²⁴³. Şüpheli veya sanık soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında²⁴⁴ "bir veya birden fazla müdafinin"²⁴⁵ yardımından yararlanabilir.²⁴⁶ Soruşturma ve kovuşturma aşamasında müdafinin, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma

²³⁷ Aksi yönde bkz. Koca, a.g.tz., s.234.

²³⁸ Faruk Erem, *Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku*, a.g.e., s.187.

²³⁹ Centel, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, a.g.e., s.142.

²⁴⁰ CMK m.149/2,3 hükümlerinde müdafî yerine "avukat" kelimesinin kullanılması, Kanunun 2. maddesindeki tanımlama ve bölüm başlığı ile örtüşmemektedir. Dursun, a.g.m., s.130.

²⁴¹ Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, a.g.e., s.189.

²⁴² Özdemir, a.g.tz., s.72.

²⁴³ Ünver- Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, a.g.e., s.224.

²⁴⁴ CMK'da müdafinin de hazır bulunabileceğini içeren diğer hükümler şöyledir: "Keşif yapılması sırasında şüpheli, sanık, mağdur ve bunların müdafî ve vekili hazır bulunabilirler" (m.84/1), "Soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla, müdafî de yer gösterme işlemi sırasında hazır bulunabilir" (m.85/2), "Aramada, kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz" (m.120/3), "Sanık hazır bulunmasa da müdafî bütün oturumlarda hazır bulunmak yetkisine sahiptir" (m.197), "Uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanuni temsilci, müdafî ve vekil katılabilir" (m.253/13), "On yıl veya daha fazla hapis cezasına ilişkin hükümlerde, Yargıtay, incelemelerini sanığın veya katılanın istemi üzerine veya re'sen duruşmalı yapar. Sanık duruşmada hazır bulunabileceği gibi, kendisini bir müdafî ile de temsil ettirebilir" (m.299/1).

²⁴⁵ Yardımından yararlanılacak müdafî bakımından sayıya üst sınır getirilmesi hakkındaki eleştiri için bkz. Kunter- Yenisey- Nuhoğlu, a.g.e., 416.

²⁴⁶ 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10/b maddesi "TMK'nın kapsamına giren suçlarla ilgili olarak, şüpheli, gözaltı süresince yalnız bir müdafinin hukuki yardımından yararlanabilir" şeklindeydi. 6352 sayılı Kanunun 2/7/2012 tarihinde TMK'ya getirdiği değişiklik uyarınca ilgili düzenlemeye yer verilmemiştir.

veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz²⁴⁷ (CMK m. 149/3, YGİY m.20/1).

Müdafinin hazır bulunma yetkisi özellikle soruşturma aşamasında önem taşımaktadır. Zira şüphe sonucu kovuşturmaya uğrayan sanık, hakkında yürütülen soruşturmanın içeriğini tam anlayamamaktan dolayı gerçekten suçsuz bile olsa savunmasında büyük hatalar yapabilir. İşte müdafî, kolluk önünde ifade alınırken hazır bulunarak, sanığa yapacağı yardımla, belki de suçsuz olan sanıkların kovuşturulmasını engelleyerek gerçek suçluların bulunmasına hizmet etmiş olacaktır.²⁴⁸

AİHM, şüpheli veya sanığın avukat yardımına erişmesinin hangi andan itibaren gerekli olduğu sorusuna, her bir durumda sınırlamanın yargılamanın bütünü açısından sanığı adil bir yargılamadan yoksun bırakıp bırakmadığı değerlendirilmesi ile cevap verileceğini belirtmiş²⁴⁹; John Murray/ Birleşik Krallık davasında başvurusunun poliste gözetilmenin ilk 48 saatinde bir avukata erişme hakkının, terörist fiillerin işlenmesi hakkında bilgi toplama faaliyetini zorlaştıracığı veya bu fiilleri önlemeyi güçleştireceği gerekçesiyle 1987 tarihli Kuzey İrlanda Yasası'nın ilgili maddesi çerçevesinde kısıtlanmasını şu gerekçeyle Sözleşmenin 6. maddesine aykırı bulmuştur: “(...) *sanık susma yolunu seçerse, Talimat hükümleri uyarınca hakkında aleyhine kullanılacak olumsuz çıkarsamalar yapılabilir. Öte yandan, sanık soruşturma sırasında susmaktan vazgeçecek olursa, kendisi hakkında çıkarsamalar yapılması olasılığını belki de ortadan kaldırmamakla birlikte, savunması konusunda hatalı davranma tehlikesi altına girer. Bu koşullar altında 6. maddede öngörülen hakkaniyet kavramı sanığın polis soruşturmasının başlangıç aşamalarından itibaren bir avukatın yardımından yararlanmasını gerekli kılar.*”²⁵⁰

²⁴⁷ CMUK m.136 uyarınca müdafiden yararlanma hakkı “soruşturmanın her hal ve derecesinde bir veya birden fazla müdafinin yardımından faydalanabilir” şeklinde düzenlenmesi sadece soruşturma aşamasına özgü olduğu anlamını taşır nitelikteydi. CMK bu bakımdan da netlik sağlamıştır. Özbek v.dğr., a.g.e., s.228. Söz konusu düzenlemede suçlar arasında hiçbir ayırım yapılmamış olması hakkındaki eleştiri için bkz. A.e., s.229.

²⁴⁸ Koca, a.g.tz., s.252.

²⁴⁹ Özbek v.dğr., a.g.e., s.227.

²⁵⁰ Dutertre, a.g.e., s.265. AİHM, konuya ilişkin Salduz/Türkiye davasında önemli noktalara değinerek benzer şekilde hak ihlali sonucuna ulaşmıştır: “*Bir kovuşturmanın kendini suçlamama imtiyazının özünü yok edip etmediği değerlendirilirken AİHM’in özel bir ihtimamla dikkate aldığı usul güvencelerinden birisi kovuşturmanın ilk aşamalarında avukat erişiminin sağlanıp sağlanmadığıdır. Bu hakkın kullanımına getirilecek sınırlamalar çok açık bir şekilde tanımlanmalı ve zaman sınırlamasına tabi tutulmalıdır. (...) Avukat erişiminin sağlanmamasına istisnai olarak zorunlu sebeplerin gerekçe gösterilmesi durumunda bile, böylesi bir kısıtlama, gerekçesi ne olursa olsun, sanığın 6. madde tarafından güvence altına alınan haklarına hanel getirmemelidir. Avukat erişimi sağlanmayan sanığa*

Soruşturma aşamasında şüphelinin kolluk veya cumhuriyet savcısı tarafından olaya ilişkin çeşitli sorularla karşı karşıya kalması muhakeme sürecinde “ifade alma”²⁵¹ olarak adlandırılmaktadır. CMK’da “ifade ve sorgu tarzı” kenar başlıklı madde 147’de belirtildiği üzere, “*Şüphelinin veya sanığın, müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir*”. Söz konusu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, şüphelinin suç şüphesi altında ifadesi alınırken gerek kendi seçeceği müdafîin gerekse isteği doğrultusunda mahkemenin atayacağı müdafîin yanında hazır bulunması yasal koruma ile güvence altına alınmıştır.

Bununla birlikte müdafîin, sanığın ifadesinin alınması sırasında hazır bulunmasının ne şekilde anlaşılması gerektiği, bir başka ifade ile hazır bulunma hakkının kapsamı tartışmalıdır.²⁵² Hazır bulunma hakkını kabul eden yazarlar, bunun ifade almaya katılmayı gerektirip gerektirmediği ve eğer gerektiriyorsa bunun sınırının ne olacağı konusunda hemfikir değildirler²⁵³. Burada hazır bulunan müdafîin hukukî yardımda bulunma hakkının kapsamının belirtilmesi gerekir.²⁵⁴ Bu bağlamda değinilmelidir ki, eski YGİY m.22’de yer verilmiş olan “*müdafî, şüphelinin ifadesi alınırken onun yerini aldığı izlenimini veren herhangi bir müdahalede bulunamaz ve sadece hukukî yardımda bulunabilir. Hukukî yardım maddi olayı karartabilecek müdahalelerin yapılması anlamına gelmez. Müdafî, şüpheliye bütün kanuni haklarını hatırlatabilir ve müdafîin her türlü müdahalesi tutanağa geçirilir.*” düzenlemesine yeni Yönetmelikte yer verilmemiştir.²⁵⁵

polis soruşturması sırasında suçlayıcı ifadeler kullanılması durumunda, prensip olarak, sanığın haklarına telafi edilemeyecek şekilde zarar gelir.(...)” den aktaran Özbek v.dğr., a.g.e., s.227, dn.116.

²⁵¹ CMK m.2/1(g) uyarınca, “*İfade alma: Şüphelinin kolluk görevlileri veya Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesini, ifade eder*”.

²⁵² Birinci görüş, kolluk veya savcı tarafından yapılan ifade almalarında amacın bilgi toplamak suretiyle olayı aydınlatmak olduğu, bu nedenle de, müdafîin ifade alma sırasındaki görevinin yalnızca sanığın haklarını korumak, hukuka uygun bir şekilde ifade alınmasına ve tutanak tutulmasına dikkat etmekle sınırlı bulunduğunu kabul ederken; ikinci görüşe göre ise, hazır bulunma hakkı, müdafîe sadece yapılan ifade alma işlemine tanıklık yapmak ve sanık ile ifade alan organlar arasındaki konuşmaları dinlemek şeklinde pasif bir yetki değildir. Zira CMUK m.135/3 ve 136/son (CMK 149) hükümleri, ifade alan organlar arasında bir ayırım gözetmeksizin, müdafîin sadece hazır olmasını değil, aynı zamanda, hukukî yardımda bulunmasını da mutlak bir hak olarak kabul etmiştir. Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Koca, a.g.tz., s.255-256.

²⁵³ Demirbaş, a.g.m., s.2881.

²⁵⁴ Koca, a.g.tz., s.255.

²⁵⁵ Özbek v.dğr., a.g.e., s.236.

Müdafinin hazır bulunma yetkisinin “etkisiz kalması” şeklinde anlaşılması, savunma hakkını zedeleyici niteliktedir. İfade alma sırasında müdafinin bulunması şüphelinin haklarının yalnızca şekli korunmasını değil, aynı zamanda ifadenin içeriği bakımından da yardımcı olunmasını gerektirir²⁵⁶. Yardımcı olma, şüpheli veya sanığa yanlış beyanda bulunmayı teşvik etme veya bu şekilde yönlendirme olarak anlaşılmalı, şüpheliye soru sorabilme ve itirazda bulunabilme bu kapsamda ele alınmalıdır²⁵⁷. Kolluk tarafından soruşturma işlemleri tamamlandıktan sonra yalnızca ifade tutanağının hukuka uygunluğunu sağlamak amaçlı müdafinin çağırılması ve imzasının istenmesi²⁵⁸, bu yetkinin yasal düzenlemelere uygun olarak tanındığını sonuçlamaz.

İfade alma sürecine ilişkin şüpheli lehine önem taşıyan bir diğer düzenleme CMK m.148/5 hükmüdür. Bu hüküm uyarınca, “*Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir*”. Bu durumda da müdafinin hazır bulunma yetkisini haiz olduğunu ayrıca belirtmek gerekir.

Müdafinin hazır bulunma yetkisi bağlamında ele alınması gereken bir diğer husus, ceza muhakemesinde yüzleştirme tarzında icra edilen “teşhis” işleminde müdafinin bulunmasının zorunlu olup olmadığı meselesidir. Doktrinde bu işlem sırasında müdafinin de bulunmasının zorunlu olduğu, zira böyle bir durumda şüpheli, mağdur veya tanık ile yüz yüze geldiği ve beyanı alındığı için artık sadece bir teşhis işleminin söz konusu olmayıp aynı zamanda şüphelinin aktif olarak katıldığı ifade alma işleminin gerçekleştiği, aksini kabul halinde kolluğun yüzleştirme esnasında dürüst davranıp davranmadığının tespitinin imkansız olduğu ileri sürülmektedir.²⁵⁹

²⁵⁶ Aynı yönde A.e., s.236.

²⁵⁷ Demirbaş, a.g.m., s.2881.

²⁵⁸ Öztürk v.dğr., a.g.e., s.237.

²⁵⁹ Yargıtay bunun aksi yönünde vermiş olduğu kararda; “5271 sayılı CMK’nın 149/3. maddesinde, müdafinin ifade alma veya sorgu süresince şüphelinin yanında olma, bunun dışında ise şüpheli ile görüşme ve hukuki yardımda bulunma, 84/1. maddesinde keşifte ve 85/2. maddesinde ise soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla yer gösterme işlemi sırasında hazır bulunma hakkının bulunduğu açıkça belirtilmiştir. Bunun dışındaki işlemlerde müdafinin hazır bulundurulmasına ilişkin kanunda bir düzenleme yer almamaktadır” sonucuna varmıştır. (Karşı oy; (...) *Usul yasalarındaki boşlukların, temel hak ve özgürlükleri kısıtlamayacak ve yasanın ruhuna uygun olacak şekilde kıyas ve yorum yoluyla doldurulabileceği gözetilerek teşhis konusundaki bu boşluk da CMK’nın ruhuna uygun olarak doldurulmalıdır. Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifadenin, hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmayacağı şeklinde bir düzenlemeye yer veren bir usul yasasının çoğu zaman mahkumiyetin tek kanıtı olan teşhis işleminde müdafîin hazır bulunmasını arzu etmediğini ileri sürmek zorlaşmaktadır.*) YCGK, E.2008/6-71, K.2008/85, K.T.15.04.2008’den aktaran Günay, a.g.e., s.93.

Çok geniş olarak kabul edilen hazır bulunma yetkisine sadece soruşturma evresinde ve o da ifade alma ile ilgili olarak bir sınırlama getirilmiştir. Bu sınırlama müdafinin hazır bulunma yetkisinde değil, hazır bulunacak müdafinin sayısında yapılmıştır. Buna göre, “*soruşturma evresinde, ifade almada en çok üç avukat hazır bulunabilir*”.²⁶⁰

Aynı düzenlemeye YGİY’de de yer verilmiştir (m.20/2). Bununla birlikte yine CMK’da düzenlenen; “*Müdafinin hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmaz* (m.148/4)” hükmü uyarınca şüpheli veya sanığın müdafinin aracılığıyla sahip olduğu hukuki yardım hakkı²⁶¹ bu güvenceyle pekiştirilmiştir.

İfade alma soruşturma aşamasına ilişkin iken, sorgu hem soruşturma hem kovuşturma aşamasında mümkündür. CMK’da tanımını bulan sorgu, *şüpheli veya sanığın hâkim veya mahkeme tarafından soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesini ifade eden ceza muhakemesi işlemidir* (m.2/1,b.h). Müdafinin hazır bulunma

²⁶⁰ Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.231; Kovuşturma evresinde bir sınırlama olmadığı halde, soruşturma evresinde, ifade almada en çok üç avukatın hazır bulunabilmesi kabul edilmiştir (m.149/2). Ancak avukat sayısı ile ilgili bu belirlemenin sadece ifade alma işlemi için mi yoksa bütün soruşturma işlemleri için mi geçerli olduğu hususu tereddüt doğurabilir. Gereğe bakıldığında, “soruşturma evresinde bu sayı üçü geçemeyecektir” şeklinde bir ifade yer almaktadır. Bu ifadeden hareketle, sadece ifade alma işlemi bakımından değil, bütün soruşturma evresi bakımından avukat sayısında bir sınırlama olduğu sonucuna varmak gerekir. Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, a.g.e., s.189. Aksi yönde Özbek v.dğr., a.g.e., s.240; Kunter- Yenisey- Nuhoglu ise; “*Yasadaki bu düzenleme iki şekilde yorumlanabilir: Birincisi sadece ifade alma bakımından kısıtlama getirilmiştir, ifade alma dışındaki diğer soruşturma ve kovuşturma işlemlerinde sayı sınırlaması yoktur, denilebilir. İkinci yorum tarzı ise ifade almada öngörülen sınırlamanın soruşturma evresindeki diğer işlemleri de kapsadığı yolunda olabilir. Hakların Kanunla kısıtlanabileceği hükmünü sevkedenden Anayasa’nın 13. maddesi doğrultusunda yasal kısıtlama sadece ifade alma bakımındadır. Ancak olması gereken hukuk bakımından soruşturma ve kovuşturma evrelerinin tümü bakımından üçten fazla müdafinin olmaması gerekir.*” Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.416.

²⁶¹ AİHM, gözaltına alınan sanıkların sorgulanmadan önce avukatlarıyla iletişimlerinin sağlanmamasını, genellikle verdikleri ifadelerin sonraki aşamalarda kanıt olma niteliği ile değerlendirmektedir. Örneğin; suç yerinde yakalanan sanığın 48 saat süren gözaltı sırasında avukatıyla görüşmeden sorgulanması ve polise verdiği yanıtların davada kanıt olarak kullanılabilmesi gözetilerek, olayda AİHS m.6/3 (c) bendinin çiğnendiği kararlaştırılmıştır. 1996 tarihli Murray/ İngiltere kararından aktaran Dinç, a.g.e., s.242. (...) AİHM, nedeni her ne olursa olsun, sorgulamalar sırasında adli yardımdan yoksun bırakılan başvuranın, daha sonra telafi edilemeyen savunma haklarının ihlalden dolayı mağdur edildiğine kanaat getirmektedir. Zira bu davada sunulan yargılama güvenceleri, ne itiraf etmeye hakkı tanınmayarak elde edilen itirafların kullanılmasını engelleyecek şekilde ne de şikayetçilerin aleyhinde verdikleri ifadelerine karşı koymayı sağlayacak şekilde rol oynamıştır. Böylece başvuran, aleyhinde tanıklık eden kişilerin iddialarının yeniden değerlendirilmesi ihtimalinin uygulamada reddedildiğini fakat aynı zamanda avukatı olmadan ve şüpheli olan gizli gözaltı sırasında elde edilen itirafların kullanıldığını görmüştür. Yargıtay’ın söz konusu eksiklikleri telafi etmemiş olması sebebiyle (...) bir bütün olarak değerlendirildiğinde dava konusu yargılama sırasında, 6. maddede öngörülen adil yargılama sonucuna ulaşılmadığı gözlemlenmektedir. Kolu/Türkiye, 35811/97, 2.08.2005 tarihli AİHM kararından Aktaran Tezcan v.dğr., İnsan Hakları El Kitabı, a.g.e., s.162.

yetkisine ilişkin sınırlama yukarıda belirtildiği üzere sadece soruşturma aşaması ile ilgili olduğundan kovuşturma aşamasında bu yetkinin mutlak olduğunu söylemek mümkündür.

Müdafii hazır bulunması yetkisiyle doğrudan ilgili ve vurgulanması gereken bir diğer husus CMK m.203 hükmünde yer almaktadır. Hüküm uyarınca, “*mahkeme başkanı veya hâkim, duruşmanın düzenini bozan kişinin, savunma hakkının kullanılmasını engellemek koşuluyla salondan çıkarılmasını emreder*” (m.203/2). İlgili hükmü CMUK’da “*Duruşmanın inzibatını bozan her şahsi reis, muhakeme salonundan çıkartır*” (m.378/2) düzenlemesi karşılamaktaydı. Bu şekliyle Kanun, bazı durumlarda duruşmada bulunan müdafii duruşmadan çıkarılarak muhakemeye devam imkanını kabul etmişti.²⁶² Adil yargılanma hakkına ve iddia-savunma dengesine ağır bir müdahale teşkil eden ve aynı zamanda hiçbir sınırlamaya tabi kılınmadan karar makamına bu anlamda mutlak bir takdir hakkı tanımış olan düzenlemenin CMK’da aynen yer almaması savunma hakkı kapsamında olumlu bir aşamadır.

“Savunma hakkının kullanılmasını engellemek koşulu” muhtemel “keyfi” uygulamalara engel, müdafii lehine önemli bir kriterdir. Fakat savunma hakkının gereği gibi kullanılabilmesi bakımından yeterliliği konusu sorun teşkil etmektedir. Duruşma disiplininin sağlanması için, savunma hakkının kısıtlanmasının hukuka aykırılığı sonuçlayacağı açıktır²⁶³. Savunma hakkının nasıl kullanılacağı, duruşmanın düzen ve disiplinini bozmadığı sürece hâkimin veya mahkeme başkanının takdirinde değildir²⁶⁴. Bununla birlikte, m.203/3’te yer alan ifade sebebiyle, müdafii de mahkeme başkanı veya hâkim tarafından dışarı çıkarılabilir²⁶⁵. Böyle bir durumda, yargılamanın savunma makamı olmaksızın devam etmemesi, adil yargılanma hakkı bağlamında silahların eşitliği ilkesinin

²⁶² Öztekin Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri (Muhakemenin Yürüyüşü)**, C.2, 2.bs, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s.145.

²⁶³ Hafizoğulları, a.g.m., s.32.

²⁶⁴ Metin Feyzioğlu, “Savunma Hakkına İlişkin İki Soru: Savunma Hakkı Kutsal mıdır? Duruşma Salonunda Müdafii ve Sanık Yan Yana Oturabilir mi?”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 67, S.1, 2009, ss.22-25, s.25.

²⁶⁵ “...şüpheli avukatın, sanık A.Y. müdafii olarak katıldığı B. ... Ağır Ceza Mahkemesinin 2004/370 esas sayılı dosyasının 16.11.2006 tarihli duruşmasında, mahkeme heyetine parmak sallayarak yüksek sesle “bu işleri mahkemeden daha iyi bildiği, beyanlarının zapta doğru olarak yazılmadığı, tutanağın doğru olmadığını” bildirdiği belirtilerek hakkında yasal gereğinin yapılması için anılan mahkemece 5271 sayılı C.Y.Y.’nin 205. maddesi uyarınca suç duyurusunda bulunulduğu görülmektedir. Şüpheli avukatın yukarıda açıklanan eyleminin, görevli kurula hakaret suçunun unsurlarını taşımayıp 5271 sayılı C.Y.Y.’nin 203/2 maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken duruşma düzenini bozucu disiplinsiz davranış niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda İstanbul 5. Ağır Ceza Mahkemesince eylemin hakaret suçunu oluşturmadığı gerekçesiyle verilen son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına ilişkin kararın, hukuka uygun olduğu açıktır.” Y 4.CD, E. 2008/15464, K. 2008/18029, K.T. 8.10.2008, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 08.08.2013.

gereğidir. Bu bakımdan duruşma disiplini ile savunma hakkı arasındaki dengenin gözetilmesi gerekir²⁶⁶.

Sanık hazır bulunmasa da, müdafî bütün oturumlarda hazır bulunmak yetkisine sahiptir (CMK m.197). Bu düzenleme müdafiden yararlanma hakkının doğal bir sonucu ve aynı zamanda müdafîin ceza yargılamasında sanıktan ayrı bir sùjeliğe sahip olduğunu perçinlemek isteğidir.²⁶⁷ Her ne kadar CMK m.197’de hazır bulunma hakkı haricinde herhangi başka bir yetki veya hak kullanımından bahsedilmemişse de, işin niteliği ve müdafîin hazır bulunma yetkisinin olağan neticesi olarak müdafî hazır bulunduğu hallerde sahip olduğu bütün yetki ve hakları herhangi bir istisna veya kısıtlama olmaksızın bağımsızca kullanabilir.²⁶⁸ Belirtilmesi gerekir ki, CMK 188/1 zorunlu müdafîin duruşmada hazır bulunma yetkisini²⁶⁹ ayrıca düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, “*Duruşmada, hükme katılacak hâkimler ve Cumhuriyet savcısı ile zabıt kâtibinin ve Kanunun zorunlu müdafîliği kabul ettiği hâllerde müdafîin hazır bulunması şarttır.*” Zorunlu müdafîin yokluğunda duruşma yapılması, CMK m.289/1-e uyarınca hukuka kesin aykırılık halini²⁷⁰ sonuçlayacaktır.

AİHM Lala/Hollanda davasında, sanığın kanun yolu aşamasında müdafîin hukuki yardımından yararlanması ile ilgili duruşmada bulunması zorunluluğu hakkında önemli bir sonuca varmıştır. Davaya konu olay, başvurucunun temyiz duruşmasında kendi isteği ile duruşmada hazır bulunmaması, Temyiz Mahkemesinin müdafîin savunma yapmasına izin

²⁶⁶ Hafizoğulları, a.g.m., s.32.

²⁶⁷ Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, a.g.e., s.188.

²⁶⁸ Ünver- Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Şen Matbaa, Ankara, 2006, s.390 vd.

²⁶⁹ “*Yargılama aşamasında CYY’nın 150/1 ve 156. maddeleri uyarınca sanığın istemi üzerine, baro tarafından görevlendirilen müdafîin, zorunlu müdafîi konumunda olmaması nedeniyle, aynı Yasanın 188/1. maddesi kapsamında, yapılan tüm oturumlarda hazır bulunması zorunluluğu yoktur. Bu madde uyarınca görevlendirilen müdafîin, vekâletname ile sanık veya şüpheli tarafından savunma görevi için belirlenen müdafiden herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Aksinin kabulü halinde, herhangi bir yasal dayanağı olmamasına karşın şüpheli veya sanığın istemde bulunması nedeniyle kendisine baro tarafından görevlendirilen müdafîe, vekâletname ile seçilen müdafîe göre ayrıcalıklı bir konum verilmiş olunacaktır. Bununla birlikte, vekâletname ile belirlenen müdafiden farklı olarak, CYY’nın 150/1. maddesine göre görevlendirilen müdafîin görevini yerine getirmedeği durumlarda, mahkemece yerine 151/1. maddesi uyarınca başka bir müdafîi görevlendirilecektir.*” YCGK, E.2011/10-182, K.2011/204’den aktaran Arslan, a.g.m., s.219.

²⁷⁰ “...4.3.1996 doğumlu olan ve yaş küçüklüğü sebebiyle zorunlu savunman atanan sanığın, hüküm tarihi itibarıyla halen 18 yaşını doldurmadığının anlaşılması karşısında; hükmün açıklandığı 20.1.2011 tarihli oturumda CMK’nın 150/2. maddesine göre zorunlu savunmanın hazır bulundurulması gerektiğinin gözetilmemesi suretiyle, aynı Kanunun 188/1 ve 289/1-e maddelerine aykırı davranılması, (...) bozmayı gerektirmiş, (...)” Y 6.CD, E. 2013/12160, K. 2013/14095, K.T. 13.6.2013, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 08.05.2014.

vermemesine dayanmakta olup; Hükümet bu durumu ceza kanununa göre bir suçla itham edilen kişilerin duruşmaya şahsen katılmalarını teşvik etmeye yönelik olduğu şeklinde savunmuştur. Bunun üzerine AİHM, “(...) adil ve hakkaniyete uygun bir ceza yargılamasının sağlanabilmesi için sanığın duruşmalarda hazır bulunması asli bir önem taşır. Genel kural olarak bu, duruşmalı bir temyiz davası için de geçerlidir. Ancak, ceza yargısı sisteminin adil olması için sanığın hem ilk derece mahkemesinde, hem de temyiz aşamasında yeterli biçimde savunulması vazgeçilmez bir önem taşır. (...) Sanığın, usulüne uygun biçimde davet edildiği halde duruşmada hazır bulunmaması, mazereti olmasa bile, kendisini AİHS’in 6. maddesinin 3. fıkrasında yer alan temsil edilme hakkından yoksun kılmayı mazur gösteremez.”²⁷¹ gerekçesiyle hakkın ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Müdafii hazır bulunması sadece bir hak ve yetki değil aynı zamanda da bir yükümlülüktür. Bu yüzden müdafii bulunması gerekli muhakeme işlemlerinde hazır olmaması, eğer unsurları varsa, TCK m.257²⁷² bağlamında ihmalî yönden görevi suiistimal suçunu oluşturabilir.²⁷³ Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararda²⁷⁴, suça sürüklenen çocuğa, mahkemenin istemiyle baro tarafından müdafî olarak görevlendirilen sanık avukatın, yapılan dört duruşmaya mazeretsiz katılmayarak sanığın anılan duruşmalarda hukuki yardımdan mahrum kalmasına ve yargılamanın uzamasına yol açarak mağduriyetine neden olması sebebiyle ihmalî davranışla görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğuna hükmetmiştir. Mahkeme, aynı zamanda müdafii sanık tarafından belirlenmesi halinde de sonucun değişmeyeceğini ifade etmiştir. YCGK, vermiş olduğu bir kararda²⁷⁵ avukatın görevini yapmaktan kaçınması halinde, avukat ile sanık arasında Ceza Muhakemesi Kanunu anlamında hukuken geçerli bir müdafilik ilişkisi kalmayacağı,

²⁷¹ Dutertre, a.g.e., s.266.

²⁷² Görevi kötüye kullanma suçu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Durmuş Tezcan- Mustafa Ruhan Erdem-R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Yayınları, 10.bs, Ankara, 2013, s.860 vd..

²⁷³ Bu konuda Yargıtay’ın oyçokluğu ile aldığı bir kararı şöyledir: “Baro tarafından yasal düzenlemelere uygun biçimde müdafî olarak görevlendirildikleri ve bu görevlerinin sona ermesini gerektirecek yasal koşullar da bulunmadığı halde, Baro Yönetim Kurulunun bir meslektaşlarına yönelik davranışı duyurma ve protesto amacıyla aldığı, ‘kolluk aşamasında CMUK gereği zorunlu müdafilik hizmetlerinin durdurulmasına’ ilişkin kararına destek olmak amacıyla hareket eden sanıkların, kolluk tarafından arandıklarında iletişim imkanlarını ortadan kaldırmak ya da çağrışı reddetmek suretiyle kolluk aşamasındaki zorunlu müdafilik görevlerini yerine getirmemek şeklindeki eylemleri, Avukatlık Kanunu’nun 62. maddesi aracılığıyla 765 sayılı TCK m.230 (5237 sayılı TCK m.257) öngörülen görevi savsama suçunu oluşturur.” (YCGK Kararı, E.2003/4-220, K.2003/242, K.T.07.10.2003)’den aktaran Kocaoğlu, a.g.e., s.188, dn.74.

²⁷⁴ Y 4.CD, E. 2011/6395, K. 2013/744, K.T. 17.1.2013, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 08.08.2013.

²⁷⁵ YCGK, E. 2008/9-148, K. 2008/169, K.T. 10.6.2008, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 08.08.2013.

mahkemece derhal başka bir müdafinin görevlendirilmesi için CMK m.151'e göre işlem yapılması gerektiğini belirtmiştir.

5. Müdafinin Soru Sorma Yetkisi

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bağlamında yargılamaya katılan kişilerin soru sorma yetkisi önem taşımaktadır. Özellikle savunma hakkı bakımından müdafinin bu yetkisinin yasal düzleme kavuşturulmasının silahların eşitliği ilkesinin esaslı unsurlarından biri olduğunu kabul gerekir²⁷⁶. Bu yetki aynı zamanda yukarıda açıklanan müdafinin hazır bulunma yetkisinin uzantısı niteliğindedir.

CMUK'da müdafie tanınmayan²⁷⁷ bu yetki "Doğrudan Soru Yönelme" kenar başlıklı CMK m.201'de düzenlenmiş olup; bu maddede sadece cumhuriyet savcısının veya katılan vekilinin ya da müdafinin soru sorma yetkisinden bahsedilmemiş; bununla birlikte katılanın veya sanığın da hâkimin izni ile soru sorabilecekleri hükme bağlanmıştır. Bu sistem hâkim veya mahkemenin bir nakil aracı gibi sorulan soruyu aktarmasına yönelik olmayıp, sanık ve katılanın sormak istediği sorunun filtre edilerek denetlenmesi ve sorunun tekrar formülleştirilebilmesine hizmet etmektedir.²⁷⁸

Sanık veya katılan bakımından kabul edilen bu tür "denetim" mekanizmasının cumhuriyet savcısı, katılan vekili ve müdafii açısından geçerli olmaması işin doğası gereğidir. Bu kişiler sanığa²⁷⁹, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere bizzat soru sorma yetkisine sahiptir. Belirtilmelidir ki, doğrudan doğruya soru sorma yetkisinin verilmesi, müdafii duruşmada daha aktif bir süje haline gelmesini sağlamıştır²⁸⁰.

CMK'da düzenlenmiş olan doğrudan soru sorma hakkı, Anglo-Sakson ve Amerikan hukuk sistemindeki çapraz sorgu ile ilgili kurum ve kurallar tamamıyla alınmadığı için teknik anlamda bir çapraz sorgu değildir.²⁸¹ Bu bağlamda doğrudan soru

²⁷⁶ Feyzioğlu, a.g.m. , s.23.

²⁷⁷ Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.462.

²⁷⁸ Ünver- Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.435.

²⁷⁹ Müdafinin duruşmada soru sormasına olanak veren CMUK m.232 ve 233'de sadece tanık ve bilirkişilere soru sorulmasından söz edilmekte idi. Sanığa soru sormasına olanak veren hükme, yasada rastlanmamakta idi. Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, a.g.e., s.137

²⁸⁰ Feyzioğlu, a.g.m. , s.23.

²⁸¹ CMUK döneminde, müdafinin, istisna olarak sanığın gösterdiği tanık ve bilirkişileri başkandan önce dinleme ve soru sorma yetkisi vardı. Buna karşı savcının da, kendi gösterdiği tanık ve bilirkişileri, aynı

sormanın bir usulü vardır. Bu usulde, doğrudan soru sorabilmenin tek sınırı olan duruşma disiplinine uygun olarak soru sormaktır.²⁸²

Müdafinin yargılama sürecinde doğrudan soru sorma yetkisi Kanun'da süre ile veya kapsam bakımından²⁸³ sınırlandırılmış değildir. Müdafinin duruşma disiplinine uyduğu sürece hakim veya mahkeme tarafından herhangi bir müdahaleye maruz kalmadan Kanunda belirtilen kişilere soru yöneltebilecektir²⁸⁴.

Doğrudan soru sorma hakkı mutlak bir haktır, kısıtlanamaz. Kısıtlanması, "hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması (CMK m.289/1, b.h)" anlamına geleceği için savunma hakkını esaslı surette kısıtlamış olur ve bu durumda mutlak bozma sebebinin²⁸⁵ oluşturur. Bu nedenle, müdafinin özellikle bu mutlak hakkı kullanmalı ve bilirkişi, uzman veya tanıkların duruşmada dinlenmesini talep etmelidir.²⁸⁶

6. Müdafinin Kanun Yollarına Başvurma ve Geri Alma Yetkisi

Müdafinin, ceza yargılamasındaki varlık nedenlerinden birisi de savunma açısından yargılamanın gelişimine yön vermektir. Müdafinin yargılamanın gelişimine müdahalesinin

biçimde, önce dinleme ve soru sorma yetkisi bulunmaktaydı (CMUK m.232/1). Bu karşılıklı soru sorma durumuna, doktrinde "çapraz sorgu" denilmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz. A.e., 134 vd.

²⁸² Kocaoğlu, a.g.e., s.230.

²⁸³ CMUK döneminde, mahkeme başkanı, müdafinin, hem kendi izniyle, hem de karşılıklı soru sorması sırasında, tanık ve bilirkişiye yönelttiği sorulardan gereksiz veya ilgisiz olanlarının sorulmasını yasaklayabilirdi (CMUK m.234/2). İlgisiz soru, dolaylı veya dolaysız, dava konusuna ilişkin olmayan soru iken; gereksiz soru, fiili veya hukuki nedenlerden dolayı gerçeğin aydınlatılması amacına yönelik olmayan sorudur. Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafinin, a.g.e., s.136. Nihayet savunma hakkını ihlal edici nitelikteki bu yasağa CMK'da yer verilmemiştir.

²⁸⁴ "... Sanık C. hakkındaki mahkumiyet hükümleri yönünden; CMK'nun 201. maddesinde tanımlandığı biçimde sanık müdafininin mağdur katılanlara ve tanıklara doğrudan soru sorma hakkı engellenerek savunma hakkı kısıtlanmak suretiyle adil yargılanma ilkelerine aykırı davranılması, bozmayı gerektirmiş olup, (...)" Y 1.CD, E. 2011/4911, K. 2012/3162, K.T. 24.4.2012, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 01.06.2014.

²⁸⁵ "CYY'nin 181. maddesi uyarınca tanıkların dinlenilmesi için belirlenen duruşma günününün sanığa ve müdafisine bildirilmesinin zorunlu bulunduğu, CYY'nin 201. maddesinde öngörülen sanık müdafisine tanıklara yönelik soru sorma olanağının da sağlanabilmesi bakımından bu zorunluluğa uyulması gerektiği gözetilmeden, sanık müdafininin hazır bulunduğu 11.12.2002 tarihinde yapılan duruşma bitiminde bir sonraki duruşma günü 29.04.2003 tarihine bırakıldığı halde, aynı gün tanık Abdullah'ın hazır bulunduğu bahisle sanık müdafininin haberdar edilmeksizin ifadesinin alınması suretiyle CYY'nin 181 ve 201. maddelerine aykırı davranılması, (...)yasaya aykırı olup, hükmün bozulmasına (...)" Y 4.CD, E. 2006/3203, K. 2007/10902, K.T. 17.12.2007, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 01.06.2014.

²⁸⁶ Öztürk v.dğr., İnsan Hakları El Kitabı, a.g.e., s.556-557.

en önem kazandığı evreler, genel olarak müdafinin kanun yoluna²⁸⁷ başvurma yetkisini kullandığı zamanlardır.²⁸⁸ Buna göre “*hakim veya mahkeme kararlarına karşı cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yolları açıktır*” (CMK m.260/1).²⁸⁹

Müdafinin kanun yoluna başvurabilme yetkisi CMK’da yer alan düzenleme uyarınca “*sanığın açık arzusuna aykırı olmamak*”la²⁹⁰ sınırlandırılmıştır²⁹¹ (CMK m.261). Müdafinin sanığa veya şüpheliye karşı bağımsızlığı birçok ceza muhakemesi işlemi ile güvence altına alınmış iken (doğrudan doğruya soru sorma, şüpheli veya sanığın katılamayacağı bazı muhakeme işlemlerine katılma²⁹²) kanun yollarına başvurma ve geri alma yetkisi bu kapsamda değerlendirilmemiştir²⁹³.

Belirtilmelidir ki; Kanun’da öngörülen bu sınırlama yalnızca şüpheli veya sanık tarafından ihtiyari olarak yardımından yararlandığı müdafii bakımından geçerlidir. Bununla birlikte zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu durumlarda sanığın açık arzusuna aykırı olsa bile kanun yollarına başvurabileceği²⁹⁴ kabul edilmiştir.

Müdafinin kanun yoluna başvurma süresi bakımından kanun koyucu CMK m. 262/1’de “*şüpheli veya sanığın yasal temsilcisi ve eşi, şüpheli veya sanığa açık olan kanun*

²⁸⁷ CMK’da kanun yolları olağan ve olağanüstü kanun yolları olarak ikiye ayrılmıştır. Olağan kanun yolları; İtiraz (m.267-271), İstinaf (m.272-285), Temyiz (m.286-307) iken olağanüstü kanun yolları; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın İtiraz Yetkisi (m.308), Kanun Yararına Bozma (m.309,310), Yargılamanın Yenilenmesi (m.311,323) şeklindedir.

²⁸⁸ Centel, Ceza Muhakemesinde Müdafii, a.g.e., s.258.

²⁸⁹ Kocaoğlu, a.g.e., s.220.

²⁹⁰ “*Kovuşturma evresinde de CMK’nın 150’nci maddesi gereğince, önce sanıktan kendisine bir müdafii seçmesinin istenmesi, müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan etmesi ve istemesi halinde bir müdafii görevlendirilmesi gerekmekte iken, bu yola başvurulmadan, soruşturma evresinde görevlendirilen ve esasen iddianamenin kabulüne karar verilmesi ile görevi sona eren avukat Y.A.’nın, sanığın müdafii gibi duruşmaya çağırılması hatalı ise de; mahkemenin çağırısı üzerine anılan avukatın sanıkla birlikte duruşmalara katılması ve sanığın da müdafii istemediğini açıkça söylemeyerek duruşmaya katılan müdafie örtülü olarak rıza göstermesi karşısında; mahkemenin hatalı işlemi nedeniyle yanıtılan sanığın, savunma hakkının kısıtlanmaması bakımından ve adil yargılanma hakkının bir gereği olarak avukat Y.A.’nın hükmü temyiz etme hak ve yetkisinin bulunduğu kabul edilmiştir.*” As. Y.1.D., 20.6.2007, 1302/1298’den aktaran Ünver-Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.233.

²⁹¹ Kunter- Yenisey- Nuhoglu konuya ilişkin olarak “*Savcı, sanığın arzusuna aykırı olsa da, sanık lehine kanun yoluna gidebildiğine göre, müdafii bu yetkiden yoksun bırakmanın manası yoktur. Müdafii yaptığı müdafaa toplum adına olduğundan, müdafinin sanığa karşı hür olması da gerektiğinden, müdafinin bu yetkisinin sanık iradesi ile sınırlandırılması mümkün değildir.*” eleştirisini getirmiştir. A.g.e., s.467.

²⁹² Bkz. CMK m.84/5, 299/2

²⁹³ Kocaoğlu, a.g.e., s.221.

²⁹⁴ CMK m.266/3; “*150 nci maddenin ikinci fıkrası uyarınca, kendisine müdafii atanan şüpheli veya sanıklar yararına kanun yoluna başvurulduğunda veya başvuru kanun yolundan vazgeçildiğinde şüpheli veya sanık ile müdafinin iradesi çelişirse müdafinin iradesi geçerli sayılır.*”

yollarına süresi içinde kendiliklerinden başvurabilirler” düzenlemesine müdafii dahil etmemiştir; ancak doktrinde bu yetkinin sanığın iradesine bağlı olan bir yetki olduğu ve bu sebeple müdafii için ayrı bir başvuru süresinin işlemeyeceği ve sürenin sanığa tanınan süre ile aynı olduğu²⁹⁵ kabul edilmiştir.

Müdafinin savunma görevinin nerede sona erdiği, kanun yollarına başvurma yetkisi bakımından önem arz eder. Zira savunma görevinin olağanüstü kanun yollarını da kapsamına alıp almadığı açıklanması gereken bir husustur. Av. K. m.171/1 uyarınca; “Avukat, üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder”. İşin sonundan ne anlaşılması gerektiği ise, YCGK kararında belirtilmiştir: “Avukatlık sözleşmesinin süresiz olarak devam ettiğini kabul etmek mümkün değildir. Böyle bir kabul, birçok sorunu da beraberinde getirecektir. Belli bir ücret karşılığı iş yapan vekilden, kesinleşen bir hükümden yıllarca sonra, bu hükümle ilgili yeni bir durum ortaya çıktığında, o hususu da kendiliğinden halletmesi bir görev olarak beklenemez. Şu durumda, yasal düzenlemelere uygun olanı avukatlık sözleşmesinin hükmün kesinleşmesi ile sona ermesidir. Olağan olmayan yasa yolları bu sürece dahil edilmemelidir. Ancak, açıkça sonlandırılmadığı veya diğer sona erme nedenleri bulunmadığı takdirde, vekalet ilişkisi halen devam ediyor olacağından, eğer ki, kesinleşme sürecinden sonraki işlemler için de aynı avukatın işe devam etmesi isteniyorsa, ayrı bir avukatlık sözleşmesi yapılmalıdır. Bu sözleşme, şekle bağlı olarak açıkça yapılabilecektir. Ancak bu şart değildir. Aynı sözleşme, müvekkilin vereceği sözlü bir talimatla kurulabileceği gibi, vekilin müvekkilinin lehine işe girmesi ve müvekkilinin buna izin vermesi ya da ses çıkarmaması şeklinde de ihdas edilebilir.”²⁹⁶ Bu bağlamda müdafii, “yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden, hükmün kesinleşmesine kadar”²⁹⁷ savunma makamını işgal eder. Diğer bir ifadeyle, mahkeme tarafından hüküm teşkil eden mahkumiyet, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararlarından (CMK m.223/1) birinin verilmesi ve kararın

²⁹⁵ Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.233.

²⁹⁶ YCGK’nın 6.3.2007 tarih ve 6-13/54 No.lu kararından aktaran Murat Balcı, “Zorunlu Müdafinin Hükümü Temyiz Etme Yükümlülüğü ve Görevi Kötüye Kullanma Suçu (Karar İncelemesi)”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.85, S.2011/2, İstanbul, 2011, ss. 68-79, s.74. Aynı yönde 5.CD., 13.2.2007, 12480/1380’den aktaran Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.233; Y 4.CD, E. 2003/12388, K. 2004/11948, K.T. 20.10.2004, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 01.06.2014.

²⁹⁷ Dursun, a.g.m., s.126.

kesinleşmesi halinde hem seçilmiş, hem de görevlendirilmiş müdafii görevi kendiliğinden sona erecektir²⁹⁸.

Müdafii sanığın açık arzusuna karşı olmamak şartıyla kanun yoluna başvurabilme yetkisi yargılama sürecinde yapılacak olan tebligat bakımından da önem taşımaktadır. Muhakemenin genel kuralı olan vekille takip edilen işlerde tebligatın vekile yapılacağı kuralı²⁹⁹ bağlamında sanığın bulunmadığı duruşmada³⁰⁰ tefhim edilen hükmün sanığa da tebliğ edilmesi gerekir.³⁰¹ Zira kanun yoluna başvurma bakımından müdafii sanığın iradesi ile bağlıdır. Bununla birlikte ceza muhakemesindeki müdafii konumu dikkate alındığında, müdafii sanığın temsilcisi olmadıkça, müdafie yapılan tebliğ sanığa yapılmış sayılmaz. Diğer bir ifadeyle, müdafii aynı zamanda temsilci olduğu durumlarda sanığa ayrıca bildirim gerekmecektir.³⁰²

²⁹⁸ Ahmet Bozdağ- Hüseyin Şık, “Müdafii Görevinin Sona Ermesi ve Hukuki Sonuçları”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.2, 2014, ss.47-66, s.63.

²⁹⁹ 19.02.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu m. 11; “*Vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır. Vekil birden çok ise bunlardan birine tebligat yapılması yeterlidir. Eğer tebligat birden fazla vekile yapılmış ise, bunlardan ilkinde yapılan tebliğ tarihi asıl tebliğ tarihi sayılır. Ancak, Ceza Muhakemeleri Usulu Kanununun, kararların sanıklara tebliğ edilmelerine ilişkin hükümleri saklıdır*”. CMK m. 37/1; “*Tebliğat, bu Kanunda belirtilen özel hükümler saklı kalmak koşuluyla, ilgili kanunda belirtilen hükümlere göre yapılır.*”

³⁰⁰ Sanık hazır bulunmadan duruşma yapılabilen haller; CMK m.193, 194, 195, 196, 199 ve 203’te düzenlenmiştir. Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.437.

³⁰¹ Yargıtay, “*Vekil (müdafii) ile takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır. Vekil (müdafii) marifetiyle kendisini savunan sanığa ancak, vekile tebligat imkanı bulunmayan hallerde tebligat yapılabilir ve hükmü temyiz olanağı doğar*” (YCGK, E.1989/8-268, K.1989/338, K.T.06.11.1989) diyerek aksi yönde sonuca varmıştır. Bununla birlikte Yargıtay bunu zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu durumlarda geçerli olacağına hükmetmiştir. Nitekim vermiş olduğu bir kararda, “*Zorunlu müdafii yüzüne karşı yapılmış olan tefhim, kendisine zorunlu müdafii atandığından haberdar edilmeyen sanık açısından hukuki sonuç doğurmayacağından, temyiz süresini de başlatmaz. Bu nedenle, temyiz davasının sanık müdafii’nin temyiz isteminin süresinden sonra olduğundan bahisle reddi yerine, gerekçeli kararın sanığın kendisine de tebliği gerekmektedir. Şu halde, sanığın kararı tebellüğ ettikten sonra süresinde temyiz dilekçesi vermesi halinde, Özel Dairenin kabul ettiği şekilde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın iadesinden önceki temyiz dilekçesine istinaden değil, fakat iadede sonraki hükümle ilgili olmak üzere verilen dilekçeye dayalı olarak temyiz davasının açılması gerekmektedir*” sonucuna varmıştır. (YCGK, E.2008/9-7, K.2008/56, K.T.18.03.2008), (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 01.08.2013. Yine Yargıtay 5. Ceza Dairesi “...*Ceza Genel Kurulunun 18.03.2008 gün ve 7/56 sayılı kararında açıklandığı gibi, zorunlu müdafii yüzüne yapılmış tefhim kendisine CMK uyarınca zorunlu müdafii atandığından haberdar edilmeyen sanık Hasan açısından hukuki sonuç doğurması ve yokluğunda verilen hükmün kendisine tebliğ edilmemiş bulunması nedeniyle, hükümden sonra vekaletname verdiği müdafii’nin yaptığı 19.06.2006 tarihli temyiz başvurusunun süresinde olduğunun kabulünde zorunluluk bulunduğundan ...*” aynı yönde karar vermiştir. (E. 2008/11174, K. 2009/1209, K.T. 5.2.2009), (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 01.08.2013. Aksi yönde karar için bkz. 11.CD., 26.02.2007-486/1138’den aktaran Günay, a.g.e., s.83-84.

³⁰² Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.459.

Kanun koyucu kanun yoluna başvurulduktan sonra bundan vazgeçilmesini³⁰³, merci tarafından karar verilmeye kadar geçerli olması ile sınırlamıştır. Müdafinin başvurudan vazgeçebilmesi, vekâletnamede bu hususta özel yetkili kılınmış olması koşuluna bağlıdır (CMK m.266/2).

Kanun yollarına başvurma yetkisinde olduğu gibi, kanun yoluna başvurmadan vazgeçme veya geri alma yetkilerinin kullanımında da müdafî sanık iradesi ile bağlıdır (CMK m.266/3). Bununla birlikte zorunlu müdafilik için kabul edilen ayrıcalık burada da geçerlidir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bu sarıh durumun altını çizerek kanun yollarının kullanılmasında sanıkların iradesine karşı zorunlu müdafîin iradesini üstün saymıştır.³⁰⁴ Kanun koyucu belirtilen kategorideki şüpheli ve sanıkların yaş, sağır-dilsizlik veya malullüklerinden dolayı kendileri yararına olan durumu iyi değerlendiremeyeceklerini varsayarak kanun yolları mekanizmalarının kullanılmasında takdir yetkisini müdafie vermiş, adeta bu kategorideki şüpheli ve sanıkları kendilerine rağmen özel olarak korumaya almıştır.³⁰⁵

Müdafîin gerek kanun yoluna başvurma yetkisi gerekse başvurudan vazgeçme ya da başvuruyu geri alma yetkisi sanığın rızasına aykırı olmaması koşuluna bağlanmış; bununla birlikte Kanun'da bu rızanın açıkça belirtilmesi gerekeceği³⁰⁶ hüküm altına

³⁰³ Kanun yoluna başvurma hakkı, başvurudan önce kullanılarak düşürüldüğünde vazgeçme, başvurudan sonra kullanılarak düşürüldüğünde ise geri alma söz konusu olur. Madde metninde sadece vazgeçilmeden bahsedilmiş olması uygun değildir. Çünkü burada yapılmış bir kanun yolu başvurusundan vazgeçilmesinden bahsedilmektedir. Halbuki bir haktan ancak bu hak kullanılmadan önce vazgeçilebilir; hak kullanıldıktan sonra sadece geri alınabilir. Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, a.g.e., s.160.

³⁰⁴ “Uyuşmazlık, zorunlu müdafî ile küçük sanıkların iradelerinin kanun yoluna başvurma konusunda çelişmesi halinde, bunlardan hangisine itibar edileceği noktasında toplanmıştır. CMK'nın 150. maddesine göre, şüpheli veya sanık 18 yaşını doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafî de bulunmazsa istemi aranmaksızın müdafî görevlendirilir. Kural olarak müdafîin yasa yoluna başvurması veya bu başvurudan vazgeçmesi, asilin iradesine tabidir. Ancak yukarıdaki madde uyarınca kendisine zorunlu müdafî tayin edilenler ile müdafîin kanun yoluna başvurma veya bu başvurudan vazgeçme konusunda iradeleri çelişirse, bu durumda asilin değil, müdafîin iradesi geçerli sayılır. Somut olayda, temyizden vazgeçen sanıklar 18 yaşından küçüktür. Bu durumda sanıkların vazgeçme iradelerine itibar edilemez. Sanıklar müdafîin temyiz talebi nedeniyle kararın temyizen incelenmesi gerekir.” (YCGK, E.2006/1-131, K.2006/146, K.T.30.05.2006)'den aktaran Kocaoğlu, a.g.e., s.225, dn.209.

³⁰⁵ Ünver- Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.499,503.

³⁰⁶ “(...) mahkemenin çağrısı üzerine anılan avukatın sanıkla birlikte duruşmalara katılması ve sanığın da müdafîi istemediğini açıkça söyleyemeyerek duruşmaya katılan müdafie örtülü olarak rıza göstermesi karşısında; mahkemenin hatalı işlemi nedeniyle yanıtılan sanığın, savunma hakkının kısıtlanmaması bakımından ve adil yargılanma hakkının bir gereği olarak Avukat Y.A.'nin hükmü temyiz etme hak ve yetkisi bulunduğu kabul edilmiştir.” (Y1.CD, E.1302/2007, K.1298/2007, K.T.20.06.2007)'den aktaran Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.233.

alınmıştır. Diğer bir deyişle, sanığın müdafinin bu yetkisine karşı çıkmaması veya sessiz kalması durumlarında şartın geçerliliğinin sağlandığı sonucuna ulaşılacaktır³⁰⁷.

Nihayet müdafî kanun yoluna başvurma yetkisini savunma görevine uygun şekilde kullanılmalıdır. Nitekim AİHM, Czekalla/ Portekiz kararında³⁰⁸; adli müzaheret çerçevesinde görevlendirilen müdafinin, temyiz dilekçesini gerektiği şekilde hazırlamaması nedeniyle başvuru sanığın mahkûmiyetine ilişkin temyiz başvurusunun Portekiz Yargıtay'ı tarafından reddedilmesi üzerine önüne gelen davada “*adli yardım çerçevesinde görevlendirilmiş olan bir müdafîin açık bir ihmalinin bulunması halinde veya çok bariz olmasa bile savunma hakkını zedeleyecek bir hatanın kendi dikkatlerine sunulması durumunda, mahkemelerin, sanığın 6. madde uyarınca garanti altına alınmış olan haklarını korumak için müdahale etmeleri gerektiğini*” belirtmiştir. Sanığın yararına olmakla birlikte, sanığın kanun yoluna başvurma veya başvurudan vazgeçmeye ilişkin iradesini açıklamadığı durumlarda, müdafîin kanun yoluna başvurmaması görevi kötüye kullanma suçunu sonuçlayacaktır³⁰⁹.

7. Müdafîin Savunma Yükümlülüğü

Savunma, ceza muhakemesinde “*suç işlediği iddia edilen kişinin, yetkili organ önünde, üzerine atılan suçu işlemediğini, fiilin hukuka aykırı olmadığını, bazı kanuni nedenlerle cezalandırılmaması gerektiğini veya iddia edildiğinden daha az cezayı hak ettiğini ileri sürmesi*” olarak dar anlamda savunma ve “*suç işlediği iddia edilen kişinin, devlet ya da bireyler tarafından kendi varlığına yöneltilen eylem ve işlemlere karşı kendisini korumak için yasal yollara başvurması veya yasal imkânlardan faydalanması*” olarak geniş anlamda savunma³¹⁰ şeklinde ayrıma tabi tutularak açıklanmaktadır³¹¹.

³⁰⁷ Balcı, a.g.m., s.78.

³⁰⁸ Tezcan v.dğr., İnsan Hakları El Kitabı, a.g.e., s.182.

³⁰⁹ Balcı, a.g.m., s.78.

³¹⁰ “Geniş bir kavram olan savunma hakkı, sanık denilen ferdi ilgilendirdiği kadar, bir gün sanık konumuna düşebilecek herhangi bir ferdi, dolayısıyla toplumu ve yine adaleti sağlamakla görevli bulunan Devleti de ilgilendirmektedir. Zira savunma, yargılamanın sonucunda verilen ve iddia ile savunmanın değerlendirilmesinden ibaret olan kararın doğru olmasını sağlar. Bu da ceza adaletinin hakkıyla yerine getirilmesi demektir. Böylece savunma, temeli adalet olan Devleti korumuş olur. Savunma bu nedenle Devlet bakımından da önemlidir. Bu yönüyle, geniş bir bakış açısı ile değerlendirilmesi gereken savunma hakkı, esasen bir çok hakkı içerir. Bunlar arasında, müdafiden yararlanma, susma, soru sorma, kendi aleyhine işlemlere katılmama, tercümandan yararlanma, delillerin toplanmasını isteme, duruşmada hazır bulunma vd. sayılabilir.” YCGK, E. 2003/4-220, K. 2003/242, K.T. 7.10.2003, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 06.05.2014.

³¹¹ Zafer, a.g.m, s.509.

Anayasal dayanağa³¹² sahip olan savunma, müdafî açısından hem bir hak³¹³, hem de yükümlülüktür. Savunma hakkı, öneminden dolayı yalnızca ulusal düzlemde yasal düzenlemelerle sınırlı olmayıp, uluslararası belgelerde de bu hakka yer verilmiştir³¹⁴. Ceza muhakemesi sisteminin asıl kurulma amacı olan süjeler, şüpheli ve sanıktır. Sanığın, muhakemenin sadece bir objesi olarak kalmayarak süjesi sıfatını da taşımasının en iyi göstergesi, kendini bizzat savunabilmesi hakkı olmaktadır.³¹⁵ Bununla birlikte şüpheli veya sanığın muhakemenin işleyişine olan yabancılığı ve her ne kadar Cumhuriyet Savcısı'nın sanık lehine olan delilleri toplamakla yükümlü olsa da genel olarak iddia makamı statüsünde olması sebebiyle sanığın “hukuki eksikliği” adil yargılanma açısından “hukuksal ve tecrübeli bir tamamlanmayı” gerekli kılmaktadır³¹⁶. Zira savunmanın kamusal niteliği, ferdi niteliğine nazaran ceza muhakemesinde şüpheli veya sanık bakımından savunma hakkını belirleyen özelliğidir³¹⁷.

Diğer bir ifadeyle, iddia makamına karşı bu süjelerin savunma makamı tarafından savunulması bir mecburiyettir.³¹⁸ Bu mecburiyeti yerine getirecek kişi ise teknik bilgisi ile savunma makamının gereklerini yerine getirecek ve aynı zamanda avukat olan müdafidir (CMK m.2/1). Müdafilik makamını işgal ettiğinden, müdafî de makam itibariyle süjedir.³¹⁹ Bu durumdan dolayı müdafinin sırtına şüpheli veya sanığın savunmasını yapmak görevi yüklenilmiştir.³²⁰

Belirtilmelidir ki, CMK m.149'da da şüpheli veya sanığın soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafinin yardımından yararlanabileceği düzenlemesine yer verilerek, şüpheli veya sanığın kendi kendinin

³¹² Anayasa m.36 uyarınca; “Herkes meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir”

³¹³ Savunma hakkının yalnız sanığa tanınmış bir hak değil, aynı zamanda mağdura tanınmış bir hak olduğu hakkında bkz. Hafizoğulları, a.g.m., s.21.

³¹⁴ “...Bunlardan, Birleşmiş Milletler Örgütünün 10.12.1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 11/1. maddesinde, sanığın savunması için kendisine gerekli tüm güvencenin sağlandığı bir yargılamadan söz edilmiş, aynı örgütün Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Andlaşma adıyla yayınladığı metnin 14/3-b maddesi, ile Ülkemizin 10.3.1954'de onayladığı Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesinin 6/3-b maddesinde, bir suçla suçlanan her, kişinin, savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklardan yararlanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.(...) YCGK, E. 2003/4-220, K. 2003/242, K.T. 7.10.2003, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 06.05.2014.

³¹⁵ Albin Eser, “Die rechtliche Stellung des Angeklagten” (çev.) Nur Centel, Originalbeitrag erschienen in: Yargıtay dergisi 16 (1990), S. [313] - 338 (çevrimiçi): <http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4349/pdf>, erişim tarihi: 02.03.2014, s.326-327.

³¹⁶ Demirbaş, a.g.m., s.2877.

³¹⁷ Hafizoğulları, a.g.m., s.22.

³¹⁸ Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.455.

³¹⁹ Toroslu- Feyzioğlu, a.g.e., s.137.

³²⁰ Kocaoğlu, a.g.e., s.233.

savunucusu³²¹ olma ihtimali de uygulanabilir kılınmıştır. Benzer şekilde “Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak” sanık bakımından AIHS m.6/1 (c)’de³²² yer alan asgari şartlardandır. Ayrıca Sözleşmenin, düzenlemenin devamında “eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun³²³ ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde³²⁴, resen atanacak³²⁵ bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek” ifadesine yer vermesi, sanığın savunma hakkının kullanımına ilişkin bireysel savunma ile toplumsal savunmayı ayrı ayrı kabul ettiği³²⁶ sonucuna ulaştırmaktadır. Belirtilmelidir ki, bu düzenleme uyarınca ücretsiz avukat yardımından yararlanma mutlak değildir³²⁷. AIHS, müdafinin belirlenmesinde sanığın iradesini esas almakla birlikte; müdafii seçimini sanık bakımından mutlak bir hak olarak da kabul etmediğini 25.9.1992 tarihli Croissant –Almanya kararında, “adaletin selameti”, somut olayda “yargılamanın uzun sürme ihtimali” ile “davanın kapsamı ve karmaşıklığı” gibi gerekçelerle, sanığın istemi ve rızası olmaksızın mahkeme tarafından sanığın seçtiklerine ek olarak müdafii tayinini Sözleşme’nin m.6/3-c hükmüne aykırı bulmayarak göstermiştir³²⁸. Adaletin selametinin bu yardımı gerekli kılıp kılmadığı ise, davanın

³²¹ Av.K. m.35/3 uyarınca; “Dava açmaya yeteneği olan herkes kendi davasına ait evrakı düzenleyebilir, davasını bizzat açabilir ve işini takip edebilir.(...)”

³²² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; John Murray-Birleşik Krallık davasında, bu ülkenin hukuk sistemine göre sanığın gözaltı sırasında konuşmama hakkını tercih etmesinin aleyhine yorumlanabileceği bir durumda, bir avukat yardımından faydalandırılmamasını, söz konusu bendin ihlali olarak görmüştür. Cüneyd Altıparmak, “AIHS ve İç Hukukumuz Çerçevesinde Müdafilik Kurumumuz”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.80, S.1, 2006, İstanbul, 77-89, s.78.

³²³ AIHM’ye göre “sanığın mali olanaklarının yetersizliği mutlak yoksulluk olarak yorumlanmamalı; yargılamaya konu dava nedeniyle ortaya çıkan avukatlık ücretinin ödenmesi, şüpheli veya sanığın kendisinin ve ailesinin yaşam koşullarında önemli gerilemelere neden olacaksa, bu durum ekonomik yetersizlik olarak değerlendirilmelidir.” Aktaran Arslan, a.g.m., s.205.

³²⁴ Sözleşme’de zorunlu müdafilik için maddi olanaklardan yoksun olma ve adaletin yerine gelmesi için gerekli olması koşullarının birlikte aranması hakkında eleştiriler hakkında bkz. Süheyl Donay, “Kamu Özgürlüklerinin Korunmasında Avukatın Rolü”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.43, S.1-4, 1977, ss. 393-414, s.400.

³²⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Artico-İtalya kararında “...6. madde (3) c kapsamında atama değil, yardımdan söz edilir. Ayrıca sadece atama yapılması da etkin yardımın gerçekleştiği anlamına gelmez. Çünkü yardım amacıyla görevlendirilen avukat ölebilir, ciddi bir hastalık geçirebilir, uzun süre iş görmekten alıkoynulabilir veya üstlendiği görevleri azaltmak isteyebilir. Böyle bir durumdan haberdar edildikleri takdirde yetkililerin bu avukatı ya değiştirmesi ya da avukatın yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlaması gerekir” aktaran Cüneyd Altıparmak, a.g.m., s.79.

³²⁶ Donay, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, a.g.e., s.151.

³²⁷ Arslan, a.g.m., s.205.

³²⁸ Zafer, a.g.m, s.518. “(...) Başvurucunun savunmasının tamamı bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Komisyon başvurucuya davasını savunmak için fazlasıyla fırsat tanındığını belirtmektedir. Başvurucunun temsilci seçimine getirilen sınırlama, mesleki ahlaka dair makul gerekçelerle, sanığın oğlunun avukat olarak savunmanlık dışında bırakılmasıdır. Başvurucu kendisini temsil etmesi amacıyla başka bir avukat seçebilecek durumda olmasına rağmen böyle bir talebi olmamıştır. Duruşma zabıtlarının incelenmesinden başvurucunun savunması bağlamında herhangi bir dezavantajlı durum veya bu bağlamda adil olmama durumu tespit edilmemiştir.” Bu nedenle Komisyon, oğlunun başvurucuyu temsil

karmaşıklığı, isnat edilen suçun ciddiliği ile karşı karşıya kalınan cezanın ağırlığı ve şüpheli veya sanığın kişisel durumu kriterleri çerçevesinde belirlenecektir³²⁹.

Müdafinin savunma yükümlülüğü bulunmakla birlikte bu sınırsız bir yükümlülük değildir. Müdafinin bu yükümlülüğü yalnızca kabul etmiş olduğu görevlere ilişkindir. Zira Av.K. m.37 uyarınca “*avukat (müdafî) kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddedebilir*” düzenlemesine yer verilmiştir. Bununla birlikte kabul etmiş olduğu görevlerde bu yükümlülüğe davanın amacı ve yasal mevzuat³³⁰ çerçevesinde uymak zorundadır.

Savunma hakkı³³¹ bağlamında bu yükümlülüğün amacı ve kapsamı önem taşımaktadır. Müdafinin ceza muhakemesinde sanığın lehine hareket etmesi gerektiğinden onun mahkemeye karşı objektif olma zorunluluğundan³³² söz etmek mümkün değildir. Müdafinin amacı, deyim yerinde ise, şüpheli veya sanığın özgürlüğünü asgari düzeyde etkileyecek sonucun elde edilmesini sağlamaktır³³³. Şüphesiz ki beraat hükmü, ceza yargılamasında müdafinin nihai hedefidir.

Belirtilmelidir ki, ceza muhakemesinde amaç maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Av.K. m.2/1’de de belirtilmiş olan yaygın düşünceye göre, müdafî uyuşmazlıkların adalete ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde yardımcı yükümlüdür. Ancak müdafinin sanığa yardım yükümlülüğü de göz önünde tutularak mahkemeden veya savcıdan beklenen yaklaşım, müdafiden beklenmemelidir. Zira müdafinin bu yükümlülüğü kendi statüsüyle ilgili bir yükümlülük olarak anlaşılmalıdır³³⁴. Diğer bir ifadeyle, müdafinin bu görevi sanığın yararıyla sınırlıdır.³³⁵

etmesi ihtimalinin dışlanması herhangi bir Sözleşme m.6/3-d ihlali ortaya koymadığını tespit etmektedir. Tezcan v.dğr., İnsan Hakları El Kitabı, a.g.e., s.180.

³²⁹ Arslan, a.g.m., s.205.

³³⁰ Av. K. m.34 uyarınca, “*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*”.

³³¹ (...) tarihli savunmasının müdafî bulunmaksızın alınmış olmasına, mahal mahkemesince 28.07.2005 tarihli ara kararı ile kendisine zorunlu müdafî tayin ettirilen sanığın, tayin olunan müdafî ile görüşme imkanının olup olmadığına dair dosyaya yansıyan bir bilgi veya belge bulunmamasına göre, sanığın zorunlu müdafî tayini ile varılmak istenen sonuçtan da yararlanmadığı cihetle, savunma hakkının kısıtlanması neticesini doğuran bu durumun CMK 149, 150/3 ve 196/2. maddelerine aykırılık oluşturması. (3.CD., 31.10.2007-10084/7749)’den aktaran Günay, a.g.e., s.94.

³³² Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.134.

³³³ Kuntman, a.g.m., s.90.

³³⁴ Zafer, a.g.m., s.523.

³³⁵ Centel - Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.198-199.

Müdafinin savunma görevini gereği gibi yerine getirmemesi halinde, seçen kişi tarafından azli³³⁶ gündeme gelecektir. Bununla birlikte CMK m.150 uyarınca görevlendirilmiş müdafinin savunma görevini yerine getirmemesi hali³³⁷ ise CMK m. 151/1'de hükme bağlanmıştır. Buna göre; "(...)duruşmada hazır bulunmaz veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilir veya görevini yerine getirmekten kaçınırsa, hâkim veya mahkeme derhâl başka bir müdafî görevlendirilmesi için gerekli işlemi yapar. Bu durumda mahkeme oturuma ara verebileceği gibi oturumun ertelenmesine de karar verebilir."³³⁸

Bununla birlikte savunma görevi yerine getirilirken müdafî sanık lehine dahi olsa görevini kötüye kullanmamak zorundadır. Bu bağlamda uygulamada müdafilerin sanık lehine delil elde etme konusunda yasal sınırları aşan yöntemlere başvurması gerekir. Özellikle yargılamada zaman kazanmak amacıyla hükme etkisi olmayan delillerin ileri sürülmesi görevin gereğine uygun düşmemekle birlikte meslek onuru ile de bağdaşmamaktadır.³³⁹

Görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun biçimde davranmayan müdafî hakkında, Av.K. m.134³⁴⁰ uyarınca disiplin soruşturması yapılarak disiplin cezası uygulanır. Müdafî

³³⁶ "5271 Sayılı CMK'nun hüküm tarihinde yürürlükten bulunan 150. maddesinin 3. fıkrası delaletiyle aynı maddenin 2. fıkrasına göre, sanığa atılı 765 sayılı TCK'nun 492/2. ve 5237 sayılı TCK'nun 142/1-f maddelerinde düzenlenen ve üst sınırı beş yıl hapis cezasını gerektiren suçtan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturamada sanığa müdafî atanmasının zorunlu olduğu, 5271 sayılı CMK'nun 151. maddesi uyarınca da görevlendirilen müdafî duruşmalarda hazır bulunmaz ise hakimın başka bir müdafî görevlendirilmesi için gerekli işlemi yapması gerektiği gözetilerek celsede vekilini azlettiğini beyan eden sanığa zorunlu müdafî atanması gerekirken sanık müdafînin yokluğunda hüküm kurulması suretiyle savunma hakkının kısıtlanması, bozmayı gerektirmiştir." Y 2.CD, E. 2007/3111, K. 2007/5987, K.T. 30.4.2007, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 02.06.2014.

³³⁷ "Sanığa CMK'nun 150. maddesi uyarınca istemi üzerine görevlendirilen müdafînin yargılama aşamasında duruşmalar için bir kez mazeret dilekçesi vermek ve bir oturuma katılmak dışında herhangi bir işlem yapmamasını sanığın savunmasına ilişkin "görevini yerine getirmekten açıkça kaçınma" olarak kabul edilmiştir. Mahkemece derhal başka bir müdafînin görevlendirilmesi için C.M.K. nın 151. maddesine göre işlem yapılması gerekir. Görevini yerine getirmekten açıkça kaçındığı anlaşılan avukat ile sanık arasında CMK anlamında hukuken geçerli bir müdafîlik ilişkisi kalmamıştır. Yerel mahkeme tarafından 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK hükümleri uyarınca sanığa bir müdafî görevlendirilmesi gerekir." YCGK, E. 2010/11-133, K. 2010/184, K.T. 5.10.2010, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 02.06.2014.

³³⁸ Yargıtay 10. Dairesi, 26.12.2005 tarih ve 24359/ 19605 sayılı kararında, "...müdafî duruşmada hazır bulunmazsa, CMK m.151 gereğince mahkeme derhal bir müdafî tayin edip, duruşmayı talik edebilir. Mahkemenin bu hükme riayet etmeyip sanıkların müdafîlerinin bulunmadığı celsede hüküm vermesi, savunma hakkını kısıtlar ve bu kanuna aykırıdır. (...)"den aktaran Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.234.

³³⁹ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, a.g.e., s.165.

³⁴⁰ "Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, meslekî çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu Kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır."

sıfatıyla kendisine verilmiş olan görev ve yetkiyi ihmal eden veya kötüye kullanan müdafii, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.257 uyarınca cezalandırılacaktır.

8. Müdafiiin Sır Saklama Yükümlülüğü ve Bu Bağlamda Tanıklıktan Çekinme Hakkı

Müdafiiin, müdafilik görevini en iyi şekilde yerine getirebilmesi için şüpheli veya sanıkla arasında suç isnadına ilişkin bilinmeyen, şüphe içeren durumların bulunmaması gerekir. Zira müdafii ilgili makamlara karşı savunmasını sanığın ifadesini baz alarak yapacaktır. Bununla birlikte sanık mevcut durum içinde müdafiiine yapmış olduğu bazı açıklamaların aleniyet kazanmayacağına güvenmek ister. Aleni olmayan, diğer bir ifadeyle sınırlı kişiler tarafından bilinen şey, sır olabilir³⁴¹. Zira aralarındaki savunmaya ilişkin iletişimin ifşa olabilirliği endişesi, şüpheli veya sanığın müdafie karşı söylediklerinin yeterli ve gerekli açıklığa ve samimiyete sahip olmasına engel olur³⁴². Kural olarak müvekkilin sırrını muhafaza, avukat için ahlaki görev olmanın yanında kanuni bir borçtur³⁴³. Bunun için, müdafii sır saklamakla yükümlü kılınmıştır (Av.K m. 36).

Müdafii bakımından burada dikkat edilmesi gereken husus, gizli iletişim hakkının adil yargılanma prensibinin doğrudan bir sonucu olduğudur. Müvekkilin, suçu takip eden devletin, müdafii elindeki gizli bilgilere ulaşabileceğinden korkması durumunda, müvekkil, bilgileri müdafiiine açıklamaktan çekinecektir. Aynı zamanda bu, müdafii açısından bakıldığında ise “doğruyu öğrenme hakkını kolaylaştıran”³⁴⁴ bir durumdur. Şüpheli, sadece müdafiiin sır saklayacağına emin olursa, bir güven ilişkisi doğar ve bu ilişki olmadan da savunma etkili olmaz.³⁴⁵

Müdafiiin bu yükümlülüğünün kapsamı mesleği sebebiyle edinmiş olduğu sırlara ilişkindir. Örneğin, mesleki faaliyeti dışında kendi kişisel işini takip ederken, tesadüfen, öğrendiği hususlar, bu kapsamda değildir³⁴⁶. Doktrinde meslek sırrı kavramı; “*Kişilerin hayatlarını kazanmak için yaptıkları faaliyet sırasında, hizmet verdikleri kişi hakkında*

³⁴¹ Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.1, 1943, s.35-72, s.36.

³⁴² Goldstock- Chanie, a.g.m., s.1865.

³⁴³ Erem, Ceza Hukukunda Meslek Sırrı, a.g.m., s.46.

³⁴⁴ Faruk Erem, **Meslek Kuralları (Şerh)**, 3.bs, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s.117.

³⁴⁵ Björn Gercke, “Avukat Büroalarının Aranması”, (çev.) Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Yöntemleri**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, ss.153-158, s.156.

³⁴⁶ Erem, Ceza Hukukunda Meslek Sırrı, a.g.m., s.39.

veya onlar aracılığıyla üçüncü kişiler hakkında öğrendikleri, doğrudan doğruya meslekle ilgili olan ve açıklandığı zaman sır sahibini maddi manevi zarara uğratabilecek nitelikte olan bilgi, şey, olay ya da olgulardır.” şeklinde tanımlanmaktadır.³⁴⁷ Avukat bağlamında meslek sırrından söz edilebilmesi için, öğrenilen hususun sır sahibi tarafından tevdi edilmesi, sırrın tek elde ediliş şekli değildir. Sır sahibi bu durumdan haberdar olmasa bile, müdafinin görevi sebebi ile öğrenmesi Kanun hükmü kapsamındadır³⁴⁸. Yine suçun işlenmesinde kullanılan aletin, şüpheli veya sanığın müdafii tarafından saklanması ya da şüpheli veya sanığın müdafinin bürosuna gelip gelmediği konusunda müdafie başvurulması müdafii bakımından meslek sırrını oluşturmaz³⁴⁹. Zira maddi varlığa sahip olan şey, sır teşkil etmez³⁵⁰. Avukatın meslek sırrını saklama yükümlülüğü, aynı zamanda Baro yönetim kuruluna karşı özel görevlerinin de sınırını³⁵¹ (Av. K. m.64/1) oluşturur.

Meslek sırrı ve mahremiyet hakkı, birbiri ile doğrudan ilişkili kavramlardır. Özel yaşamın korunması çeşitli uluslararası ve bölgesel çapta belge ve sözleşmeler ile korunma altına alınmıştır.³⁵² Aşağıda yeri geldikçe değinilecek olmakla birlikte, bu uluslararası belgelerin “mahremiyet hakkı” ile ilgili düzenlemeleri incelendiğinde özel hayatın gizliliği ve korunması kavramının meslek sırrı kavramını da kapsadığı görülmektedir.³⁵³ Zira, “özel hayatın gizliliği ve korunması”nı düzenleyen Anayasanın 20. maddesinin birinci fıkrası³⁵⁴ ile yine bu hakkı koruyan uluslararası sözleşmelerin ilgili hükümleri, sırrın korunmasını özel hayatın gizliliği ve korunması bağlamında temel insan haklarından biri olarak kabul

³⁴⁷ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, a.g.e., s.200;

³⁴⁸ Erem, Meslek Kuralları (Şerh), a.g.e., s.118.

³⁴⁹ Erem, Ceza Hukukunda Meslek Sırrı, a.g.m., s.36.

³⁵⁰ A.e., s.36.

³⁵¹ “Denetleme ve şikayetle ilgili meselelerde avukat, bu kanunda gösterilen meslek sırrını saklama yükümlülüğüne aykırı düşmedikçe, baro başkanına veya yönetim kuruluna yahut bunlar tarafından görevlendirilen üyelerden birine bilgi vermek ve istek üzerine dosyaları göndermek, dinlenmek üzere çağırıldığı hallerde baro başkanı, yönetim kurulu veya bu kurul üyelerinden birinin davetine uymak zorundadır.”

³⁵² İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, BM Genel Kurulu tarafından 10/12/1948 tarihinde 217 A (III) sayılı “Uluslararası İnsan Hakları Manzumesi” başlıklı Kararın içinde (A) başlığı altında kabul ve ilan edilmiştir. Türkiye Evrensel Bildiri’ye ilişkin olarak, 06/04/1949 ve No. 3/9119 sayılı “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı” çıkarmıştır. Gemalmaz, a.g.e., s.398. BM İHEB m.12: *Kimse özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışamaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır.*

AİHS m.8/1: *(Özel hayatın ve aile hayatının korunması) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*

³⁵³ Süheyl Donay, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:2378, Hukuk Fakültesi Yayınları No:535, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti, İstanbul, 1978, s.14.

³⁵⁴ “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz” (AY m.20/1).

ettiklerinden dolayı, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrası ve uluslararası sözleşmelerin iç hukukumuzdaki yerini belirleyen Anayasa 90. maddesinin beşinci fıkrası³⁵⁵, müdafinin sır saklama yükümlülüğünün temel hukuki dayanağıdır³⁵⁶.

Meslek sırrının kapsamı bağlamında, bu kavramın ilişkili olduğu bir diğer hak anayasal dayanağa sahip olan³⁵⁷ “kendi kendini suçlamaya zorlanamama”dır. Bu hak sadece kendi aleyhine tanıklık etmeme muafiyetini sağladığı gibi, aynı zamanda kendi aleyhine delil göstermeme muafiyetini de kapsamaktadır. Bu hususlar sorun teşkil etmemekle birlikte, müdafide bulunan şüpheli veya sanığa ilişkin belgelerin bu muafiyete tabi olup olmadığı konusu da açıklanmalıdır. Genel kabul uyarınca, avukat, tüm hukuksal konularda müvekkilinin yerine geçen “kendine özgü temsilci” olarak hareket eder³⁵⁸. Bu sebeple avukat – müvekkil gizliliği uyarınca korunan belgeler üzerindeki fiili hakimiyetin müvekkilin veya avukatın elinde olması fark etmez³⁵⁹, sonuç aynıdır.

Sır teşkil eden olgunun hukuk, örf, adet tarafından onaylanıp onaylanmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Belirtilmelidir ki, niteliği itibariyle sır olmayan bir şeyin, tevdi eden tarafından sır kaydıyla tevdi, o şeyin sır olarak değerlendirilmesini sonuçlamayacaktır³⁶⁰.

Sır saklamakla yükümlü olan müdafî, hem şüpheli veya sanığın kendi seçtiği müdafî, hem de baro tarafından görevlendirilen müdafidir. Ancak müdafî, tanıklık sözü konusu olmadan önce müdafîlik görevini kabul etmiş olmalıdır. Belirtilmelidir ki; sır saklamakla yükümlü olan müdafî, sadece sanığın o andaki müdafîi değildir. Sanık hakkındaki sırrı başka bir davada, onun veya başkasının müdafî sıfatıyla öğrenen müdafî

³⁵⁵ “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 m.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”.

³⁵⁶ Kocaoğlu, a.g.e., s.240.

³⁵⁷ Anayasa m.38/5 uyarınca; “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz”.

³⁵⁸ Fifth Amendment Rights of a Client regarding Documents Held by His Attorney: UnitedStates v. White, Duke University School of Law, 1080-1097, s.1086, elektronik formattaki hali için bkz. (çevrimiçi) <http://www.jstor.org/stable/1371739>, erişim tarihi: 10.07.2014.

³⁵⁹ A.e., s.1087.

³⁶⁰ Erem, Ceza Hukukunda Meslek Sırrı, a.g.m., s.40.

de sır saklamakla yükümlüdür.³⁶¹ Müdafî, avukat olmasından bahisle, davasını almadığı kimselerin başvurması nedeniyle öğrendiklerini dahi sır olarak saklamakla yükümlüdür³⁶².

Zira müvekkil hakkındaki avukatlık sırrının, dava ile ilgili birden fazla kişi tarafından biliniyor olması, o bilginin veya olayın ya da olgunun sır olma niteliğini zedelemez³⁶³.

Müdafîin sır saklama yükümlülüğünün mutlak olduğunu kabul etmek bazı durumlarda adil olmayan sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabilir. Doktrinde sırrın açıklanması sanığın beraatını veya daha hafif ceza almasını sağlayacaksa, sır sahibi izin vermese dahi tanıklık yapabilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.³⁶⁴ Bununla birlikte sanığın daha lehine bir hüküm çıkabilmesi ihtimaline binaen müdafîin sır sahibinin rızası olmadan tanıklık yapmasının bir “üçüncü kişinin lehine zorda kalış durumu”na sebebiyet vermeyeceği ve dolayısıyla hukuka uygunluk durumunun oluşmayacağından bahisle müdafîin bu yükümlülüğünün istisnasının olamayacağı da ileri sürülmüştür.³⁶⁵

Müdafîin sanık lehine savunma makamı adına yükümlülükleri olmakla birlikte ceza yargılamasında maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardımcı olma ödevi de bulunmaktadır. Mahkemenin vereceği karar doğrudan sanığın durumunu etkilemekle beraber dolaylı olarak toplumu da etkileyecektir³⁶⁶. Bu sebeple müdafîin, sanığın beraatını veya daha az ceza almasını ortaya çıkaran ihtimallerin varlığı durumunda sır saklama yükümlülüğünü sanığa rağmen ihlal edebileceğini kabul gerekir. Bununla birlikte maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardımcı olma yükümlülüğü, şüpheli veya sanığın aleyhine sonuç doğuracak durumlarda bilgi açıklama yükümlülüğü³⁶⁷ olduğunu sonuçlamaz. Diğer bir ifadeyle, avukatın müdafîliğini üstlendiği şüpheli veya sanığın suç işlediğini

³⁶¹ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, a.g.e., s.182.

³⁶² 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Yönetmelikler ve Diğer Düzenlemeler, a.g.e., s.246.

³⁶³ Erem, Meslek Kuralları (Şerh), a.g.e., s.119.

³⁶⁴ A.e., s.181; Toroslu- Feyzioğlu, a.g.e., s.144; Cihan- Yenisey, a.g.e., s.142. Aksi yönde bkz. Donay, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, a.g.e., s.157.

³⁶⁵ Mahmutoğlu- Dursun, a.g.e., s.88.

³⁶⁶ Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.400.

³⁶⁷ 21. Yüzyılda Avukatlık Meslek Kurallarına Dair Turin İlkeleri (27 Ekim 2002 tarihinde Sydney’de toplanan Uluslararası Avukatlar Birliği Genel Kurulu’na kabul edilmiştir. Bundan böyle Turin İlkeleri olarak kısaltılacaktır.) uyarınca, “Suçla ilgili veya yasa dışı bir faaliyetten haberdar olan bir avukat, o faaliyete katılmayı haliyle reddetmelidir. Avukat o faaliyete katılmayı reddetse dahi, durumu yetkililere haber vermekle yükümlü olmamalı; ancak, zihninde söz konusu faaliyetin ardında yasa dışı eylemlerin gizlendiğine ve müvekkilinin söz konusu faaliyetten imtina etmeye niyetli olmadığına dair ciddi şüpheler uyandığında derhal o meseleden çekilmelidir.” 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Yönetmelikler ve Diğer Düzenlemeler, a.g.e., s.290.

öğrenmesi³⁶⁸ durumunda, yetkili mercilere bu durumu bildirmemesinden bahisle hukuka aykırı davrandığı sonucuna ulaşılamaz³⁶⁹.

Müdafinin bu yükümlülüğünü keyfi ve hukuka aykırı olarak ihlal etmesi durumunda ise TCK'nın haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu (m.132, 137) veya verileri hukuka aykırı olarak verme suçu (m.136) oluşabilir. Ayrıca, müdafinin sır saklama yükümlülüğünün ihlali halinde, şüpheli veya sanıkta maddi ve manevi zarar doğması ve ihlal ile zarar arasında illiyet bağının bulunması gibi şartların bulunması halinde müdafinin ayrıca hukuki sorumluluğu da meydana gelebilir.³⁷⁰

Müdafinin savunma ve sır saklama yükümlülüğü, kamu görevlisinin suçu bildirmemesi (TCK m.279), tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme (TCK m.284), gizliliğin ihlali³⁷¹ (TCK m.285), adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs (TCK m.288) suçları bakımından hukuka uygunluk nedeni³⁷² sayılmıştır.³⁷³ Bu suçlar bakımından ilgili suça ilişkin hukuka aykırılık irdelemesi, "*müvekkiline savunmasında yardım ederken veya müvekkili sanığın yanında bireysel savunmayı hukuki savunması ile desteklerken ya da muhakeme işlemlerinde hazır bulunarak bu muhakeme işlemlerinin yasaya uygunluğunu denetlerken müdafinin kendisine Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avukatlık Kanunu ile tanınan yetkileri ve savunma hakkını sınırları içerisinde kullanıp kullanmadığı*"³⁷⁴ temel alınarak yapılacaktır. Yargıtay da bu yönde vermiş olduğu kararlarda, bu durumu sır saklama yükümlülüğü ile bağlantılı olarak TCK 24/1.maddesi anlamında kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirmektedir.³⁷⁵

³⁶⁸ TCK m.279/1 uyarınca, "*Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*"

³⁶⁹ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7.bs, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s.315.

³⁷⁰ Kocaoğlu, a.g.e., s.242.

³⁷¹ Madde gerekçesinde "*Avukat adalete hizmet eden bir mesleğin mensubu olarak dosyadan elde ettiği bilgileri kanunun verdiği olanaklar çerçevesinde sadece müvekkilini savunması için kullanacak, bunları yayımlamak, örneğin medyaya vermek gibi fiillere girişmeyecektir. (...) Bu maddede, soruşturma evresinde yapılıp aleni olmayan gizli işlemlerin, yani ceza usulüne ilişkin kanunların netice ve içeriklerinin yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanması, suç olarak tanımlanmıştır. Ancak, bu nedenle cezaya hükmedilebilmesi için, bilgilendirmenin alenen gerçekleştirilmesi gerekir.*" ifadesine yer verilmiştir. Aktaran Özgenç, a.g.e., s.318.

³⁷² TCK m.24/1 uyarınca, "*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*".

³⁷³ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafinin, a.g.e., s.167; ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, a.g.e., s.315 vd.

³⁷⁴ Zafer, a.g.m, s.526.

³⁷⁵ "*...Avukatın, müvekkilinin sırrını saklama yükümlülüğü üçüncü kişiler yanında mahkemelere, savcılıklara ve idari birimlere karşı da geçerlidir. Avukatlık meslek sırrı, avukatın mesleğini icra ederken*

Belirtilmelidir ki, kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk sebebi, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme (TCK m.281), suçluyu kayırma (TCK m.283), yalan tanıklık suçuna azmettirme (TCK m.272) söz konusu olduğunda uygulama alanı bulamayacaktır³⁷⁶.

Konuyla ilgili AİHM'in Michaud/Fransa kararında³⁷⁷ müdafinin saklamakla yükümlü olduğu meslek sırrının kapsamına ve savunma görevinin sınırına ilişkin tespiti önemlidir. Söz konusu dava, Fransa Barolar Birliği'nin 2005/60/CE numaralı Avrupa direktifine uygun bir şekilde kara para aklamayla mücadele konusunda özellikle avukatlık mesleğine yüklenen yükümlülüklerin uygulamaya geçirilmesini sağlama amaçlı, avukatlara bazı durumlarda ulusal mali istihbarat Birimi'ne kara para aklama gibi bir suçtan kaynaklandığından şüphe ettikleri müvekkillerine ait paraları bildirme zorunluluğu getiren yönetmeliğin kabulüyle ilgili bir karar alması; başvurucunun bu yönetmeliğin iptaline ilişkin Danıştay'a yaptığı başvurunun reddedilmesine dayanmaktadır. Başvurucu, avukatlara yüklenen şüphe bildirme yükümlülüğünün, avukatlar için üçüncü bir kişiyle olan iletişimlerinden dolayı sahip oldukları bilgileri idari bir makama bildirme zorunluluğu getirdiğinden avukatların haberleşmelerine saygı haklarına "sürekli müdahale" oluşturduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme Sözleşme'nin 8. maddesinin meslek sırrı temel hakkını koruduğunu belirtmiş, avukatların şüpheyi bildirme zorunluluğuna tabi tutulmalarının bu hakka aşırı bir müdahale teşkil etmediğine şu gerekçelerle hükmetmiştir: *"Avukatların meslek sırrı dokunulmaz değildir. Bu hak üye Devletlerin yasadışı faaliyetlerden elde edilen ve kriminal faaliyetlerin finanse edilmesine hizmet edebilecek paraların aklanması mücadelesiyle dengelenmelidir. Her ne kadar bir kara para aklama*

öğrendiği, herkes tarafından bilinmeyen, açıklanması halinde vekil edenin maddi ya da manevi zarara uğrayacağı, üçüncü kişilerden gizlenen özel yaşama dair bilgilerdir. Avukatın mesleği ile bağlantılı olarak öğrendiği, vekil edene ait özel ilişkileri, sağlık bilgileri, mali durumu, kişisel bilgileri gibi gerektiğinde bulunduğu yer ya da adresi de sır kapsamına dahildir. Avukata yüklenen sır saklama yükümlülüğü, vekil edenin adli/idari merciler karşısında daha etkin, yerinde ve etraflıca iddiada bulunması veya savunma yapması ile doğrudan bağlantılıdır. Avukatın meslek sırrını koruması ise uluslararası antlaşmalar ve Anayasamızda güvence altına alınan özel yaşamın gizliliğinin sonucu olmanın yanında yerine getirilen kamu hizmetinin içeriği ve niteliği ile de ilgilidir. Sanık avukatın, hakkında yakalama kararı bulunan vekil edenin yerini adli mercilere bildirmemesinin sır saklama yükümlülüğü ile bağlantılı olarak TCK'nın 24/1. maddesi anlamında kanunun hükmünü (görevini) yerine getirme hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilerek CMK'nın 223/2-d maddesi gereğince anılan suçun oluşmayacağı kabul edilmesine.." Y. CD 14.11.2011 tarihli E. 2009/ 19013 K.2011/ 21017 sayılı kararı, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 16.07.2013.

³⁷⁶ Özgenç, a.g.e., s.317.

³⁷⁷ 6.12.2012 tarihli 12323/11 sayılı AİHM kararı (çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 06.05.2014.

işinin içinde bulunan her avukat ceza soruşturmasına tabi tutulabilecekse de bu, bastırıcı hükümlerin özel olarak önlemeye yönelik olan bir mekanizmayla donatılması yönündeki tercihi geçersiz kılamaz. İhtilaflı müdahalenin orantılılığının değerlendirilmesinde iki unsur belirleyicidir. Avukatlar sadece iki durumda şüpheyi bildirme yükümlülüğüne tabidirler: (...) Dolayısıyla şüpheyi bildirme yükümlülüğü, avukatlara verilen ve bu mesleğe bağlı meslek sırrının temelini oluşturan savunma göreviyle bir alakası olmayan faaliyetleri ilgilendirmektedir. İkinci unsur kanunun meslek sırrını koruyucu bir filtre yürürlüğe koymasıdır: avukatlar bildirimleri doğrudan idari makama göndermemekte ama duruma göre Danıştay ve Yargıtay'daki avukatların oda başkanları veya avukatın kayıtlı olduğu baronun başkanına göndermektedirler. Böylece aynı deontoloji kurallarına tabi olan ve aynı zamanda meslektaşları tarafından bu kurallara uyulmasını sağlamak için seçilen bir meslek üyesiyle paylaşılan meslek sırrı ihlal edilmemiş olur. Böylece izlenen meşru amaç ve bu amacın demokratik bir toplumdaki özel önemi göz önünde bulundurulduğunda, şüpheyi bildirme yükümlülüğü, yürürlüğe konulduğu şekliyle, avukatların meslek sırrına orantısız bir müdahale teşkil etmez.”

Müdafie bu sır saklama yükümlülüğünün sonucu olarak tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır. Av.K. m. 36³⁷⁸'da “sır saklama” başlığı altında; “Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse, Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır. Avukatların bu 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.” şeklinde düzenlenmiştir³⁷⁹.

Bu husus CMK'da³⁸⁰ ise m.46'da “meslek ve sürekli uğraşları hakkında tanıklıktan çekinme” başlığı altında; avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının³⁸¹, bu

³⁷⁸ 3499 sayılı eski Av. K.'da “Avukatlar, kendilerine tevdi olunan veya vazifeleri dolayısıyla muttali oldukları ahval ve hususları her ne suret ve sebeple olursa olsun ifşa etmekten memnundur. (2) Avukatların birinci fıkrada yazılı hususlar hakkında şahitlik edebilmeleri iş sahibinin muvafakatini almış olmalarına bağlıdır.” ifadesi bulunmaktaydı. Bu düzenleme meşru sebeple dahi sırın ifşasına imkan tanımamaktaydı. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ceza Hukukunda Meslek Sırrı, a.g.m., s.56.

³⁷⁹ CMK m.46 sonraki norm olduğu için önceki norm durumunda olan Av. K. m.36'yu zımnen yürürlükten kaldırmıştır. Meral Sungurtekin Özkan, **En Son Değişikliklerle Avukatlık Hukuku**, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2006, s.148.

³⁸⁰ Konuya ilişkin CMUK'da yer alan düzenlemeye bakıldığında; “Madde 48 – Müdafiler bu sıfatları ve hekimler ile ebeler sanatları icabında vakıf oldukları sırlar hakkında şahitlikten çekinebilirler. Ancak sır sahibi muvafakat ederse şahitlikten çekemezler” hükmüne yer verilmiştir. Müdafiler'in kimleri kapsadığı konusundaki tartışmalar göz önüne alındığında CMK'daki düzenlemenin isabetli olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Donay, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, a.g.e., s.152.

sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler hakkında tanıklıktan çekinebilecekleri” düzenlenmiştir³⁸². Avukatlık Kanunu ve CMK’da yer alan bu düzenlemeler karşılaştırıldığında; CMK’daki düzenlemenin kapsam olarak daha geniş olduğu sonucuna varmak mümkündür; zira Av. K. yalnızca avukatları bu hakkın muhatabı kabul etmiş iken, CMK, avukat, stajyer ve yardımcıları da kabul etmiştir³⁸³. Bununla birlikte her iki Kanunda da bu kişilere öğrendikleri hususlara ilişkin susma mükellefiyeti yüklenmemiş, kendileri istedikleri takdirde tanıklıktan çekinebilecekleri hüküm altına alınmıştır³⁸⁴.

Meslek nedeniyle tanıklıktan çekinme³⁸⁵, sayılan kişilerle sanık arasındaki güven ilişkisinin korunması zorunluluğuna dayanmaktadır. Bu maddeyle yalnızca bireye ait yarar değil kamuya ait yararın korunması amaçlanmaktadır³⁸⁶. Savunma makamı açısından durum ele alındığında ise, tanıklıktan çekinme hakkının tanınmasının bir nedenini de meslek haysiyet ve ağırlığının korunmasıdır. Nasıl ki, vekilin müvekkil lehine tanıklık yapması şüphe uyandırıp, aleyhine tanıklık yapması dürüst davranış olarak nitelendirilmeyecekse; her iki durumun da ortak neticesi, mesleğin onur ve haysiyetini zedeleyecek olmasıdır³⁸⁷.

Bu hakkı düzenleyen maddenin ikinci fıkrasında ilgilinin rızasının mevcut olması durumunda tanıklıktan çekinilemeyeceği öngörülmüştür³⁸⁸. Burada rıza sınırlı olarak da verilmiş olabilir. Bununla birlikte bahsi geçen rızanın verilmesiyle yapılan açıklamaya geçerlik tanımak, rıza olmaması halini bir çeşit “zımni ikrar” tehlikesi ile karşı karşıya

³⁸¹ Av. K. m.45 uyarınca, “Avukatlar ve avukatlık ortaklıkları, büroalarında yalnız avukatlık mesleği için gerekli olan yardımcı elemanları çalıştırabilirler. (2) Hakimliğe ve avukatlığa engel suçlardan biri ile hükümlü olanlar veya avukatlıktan yasaklananlarla her ne şekilde olursa olsun işbirliği edilemez veya bu gibiler büroda çalıştırılmaz.(...)”.

³⁸² Mesleki uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkı tanınan diğer bir meslek grubuna 5187 sayılı Basın Kanunu’nda yer verilmiştir: “Süreli yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibi, bilgi ve belge dahil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamaz (m.12).

³⁸³ Öztürk v.dğr., a.g.e., s.275.

³⁸⁴ Erem, Ceza Hukukunda Meslek Sırrı, a.g.m., s.60.

³⁸⁵ Özgenç, “tanıklıktan çekinme hakkı”nın varlığını kabul eden klasik anlayışın; bilginin ilişkin olduğu kişiyi değil bilgiye vakıf olan kişiyi esas aldığı, halbuki doğru değerlendirmenin bilginin ilişkin olduğu kişiden hareketle yapılması gerektiğini ve bu nedenle “tanıklıktan çekinme hakkı”ndan değil, aleyhe tanıklık yapmama yükümlülüğünden söz etmek gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Özgenç, a.g.e., s.315.

³⁸⁶ Sadık Okay, “Meslek Sırrını İfşa”, *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.10, S.1, 1953, ss.235-245, s.235.

³⁸⁷ Erem, Meslek Kuralları (Şerh), a.g.e., s.123.

³⁸⁸ Tanıklıktan çekinme hakkına sahip olup da iradi olarak veya ilgilinin rızasının bulunması sebebiyle tanıklıktan çekinmeyenlere, yemin verip vermemeyi hâkim takdir eder. Bununla birlikte bu hakka sahip kişiye yemin teklif edilmiş olsa bile, tanık, yemin etmekten çekinebilir. Özbek v.dğr., a.g.e., s.285; Erem, Ceza Hukukunda Meslek Sırrı, a.g.m., s.69.

bırakmaktadır³⁸⁹. Kanun ilgilinin rızası halinde tanıklıktan çekinme hakkına avukatlar, stajyerleri veya yardımcıları bakımından bir istisna getirmiştir. Bu kişiler ilgilisi rıza gösterse dahi tanıklıktan çekinebilirler. Yani maddede sayılan diğer meslek gruplarından ayrı olarak avukatların, stajyerlerinin ve yardımcılarının çekinme hakkının kullanılıp kullanılmaması konusunda takdir hakkı bulunmaktadır.³⁹⁰ Diğer bir ifadeyle Kanun bu kişilere “hiçbir şey söylememe hakkı” vermiştir³⁹¹. Doktrindeki ağırlıklı görüş de bu yöndedir.³⁹² Ancak bu hükmün, avukatların, stajyerlerinin ve yardımcılarının, ilgilinin rızası olsa dahi tanıklık yapamayacakları şeklinde anlaşılması gerektiğini savunan yazarlar da vardır.³⁹³ Bu istisnanın diğer meslek gruplarından farklı olarak avukatlara tanınmış olması, aynı zamanda avukatlar için yasal düzenlemelerle belirlenmiş olan sır saklama yükümlülüğünün de doğal sonucudur³⁹⁴.

Bu bağlamda bu yükümlülüğün bir diğer görünümü, CMK m.49 hükmü ile ilişkilidir. Bu hüküm uyarınca, “*Mahkeme başkanı veya hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından gerekli görüldüğünde 45, 46 ve 48 inci maddelerde gösterilen hâllerde tanık, tanıklıktan çekinmesinin dayanağını oluşturan olguları bildirir (...)*”. Tanıklıktan çekinebilme konusunda avukatlara tanınmış olan ayrıcalık ve avukatlık mesleğinin özelliği gereği sahip oldukları sır saklama yükümlüğü, bu hükmün avukatlar bakımından uygulanmasına engel teşkil eder. Diğer bir ifadeyle böyle bir durumda avukattan çekinmesine dayanak oluşturan olguları bildirmesinin istenememesi gerekir.³⁹⁵

Gerek avukatlar veya stajyerleri veya yardımcıları, gerekse diğer meslekleri sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar, bu haktan vazgeçip tanıklık yaptıklarında, Kanun gereği tanıklıklarını tamamlamaları gerekmektedir. Zira Kanun şüpheli veya sanığa yakınlığı sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar bakımından kabul ettiği “*...Bu kimseler, dinlenirken de her zaman tanıklıktan çekinebilirler. (m.45/3)*” hükmünü, bahsi geçenler bakımından öngörmemiştir.³⁹⁶

³⁸⁹ Erem, Meslek Kuralları (Şerh), a.g.e., s.124.

³⁹⁰ Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.200.

³⁹¹ Erem, Ceza Hukukunda Meslek Sırrı, a.g.m., s.69.

³⁹² Öztürk v.dğr., a.g.e., s.274; Centel- Zafer, a.g.e., s.199.; Ali Parlar- Muzaffer Hatipoğlu, **Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu ve İlgili Mevzuat**, C.1, Ankara, 2008, s.278.

³⁹³ Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e, s.249.; Süheyl Donay, **Ceza Yargılama Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s.70-71.

³⁹⁴ D. McArthur, a.g.m., s.735.

³⁹⁵ Öztürk v.dğr., a.g.e., s.282.

³⁹⁶ Erem, Ceza Hukukunda Meslek Sırrı, a.g.m., s.70.

CMK'daki düzenlemede sır kavramı kullanılmamıştır³⁹⁷. Mesleki uğraş nedeniyle tanıklıktan çekinme ise, sır oluştursun oluşturmasın meslek nedeniyle öğrenilmiş tüm bilgileri içerir³⁹⁸. Söz konusu bilginin hangi yolla öğrenilmiş olduğu önem taşımaz, önemli olan maddede sayılan kişilerin bunu mesleği nedeniyle öğrenmiş olmasıdır³⁹⁹. Yine tanıklıktan çekinmenin, öğrenilen sırdan bir kısmına hasredilmesi söz konusu değildir. Zira Kanun genel bir kamu menfaati olan tanıklıktan çekinmekten söz etmekte, bu hakkın kısmen kullanılabilmesine ilişkin bir imkandan bahsetmemektedir.⁴⁰⁰ Dolayısıyla CMK' da düzenlenen müdafie ilişkin tanıklıktan çekinme hakkı, avukatların yanında stajyerlerini ve yardımcılarını kapsadığından kişi yönünden; “sır” kavramı yerine “mesleği nedeniyle öğrenmiş olduğu bilgi” ifadesini kullanması bakımından ise içerik yönünden Av.K.'daki düzenlemeden daha kapsamlı olarak ele alınmıştır.

Mesleki sır sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkının süreye tabi olup olmadığı hususu da önemlidir. Nasıl ki, meslek sırrı ile bağlılık yalnızca ilgili olduğu dava ile sınırlı olmayıp, ait olduğu kişiyle ilgili tüm durumları kapsıyorsa; tanıklıktan çekinme hakkı söz konusu olduğunda da ilgilinin davasının bitmiş olması veya davadan çekilme hakkının kullanılmış olması, hatta meslekten ayrılmış olması hali dahi fark etmeyecek, devam edecektir⁴⁰¹.

Tanıklıktan çekinme hakkı, hâkimin önüne geldikten sonra bildiklerini söylememe yetkisini içerdiğinden, usulüne uygun olarak çağrılan tanığın (CMK m.43) hazır bulunmama imkanını içermez⁴⁰². Belirtilmelidir ki; müdafie bu bağlamda tanıklıktan çekinme hakkının var olduğunun hatırlatılması gerektiğine ilişkin Kanun'da açık düzenleme bulunmamaktadır. CMK m.45/3'te yer alan “*Tanıklıktan çekinebilecek olan kimselere, dinlenmeden önce tanıklıktan çekinebilecekleri bildirilir.*” hükmü, Kanun sistemi dikkate alındığında, m.45'te tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar için kabul edilmiştir. Zira 48 inci maddede belirtilen kişilerin meslek sırrı dolayısıyla

³⁹⁷ CMUK m.48'de, açıkça “sır” ifadesine yer verilmiştir. Hükme bakıldığında CMK'dan farklı olarak meslekleri gereği öğrendikleri sırlar hakkında çekinebilenler müdafiler, hekimler, ebeler ile sınırlı tutulmuştur. Ayrıca sır sahibinin muvafakati halinde tanıklıktan çekinemeyecekleri kuralına müdafiler bakımından istisna tanınmamıştır.

³⁹⁸ Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre, *müdafinin tanıklıktan çekinme hakkı, müdafilik görevini yaparken bir suçun işlendiğini öğrendiği ve müdafilik görevinin icrasıyla hiçbir bağlantısı bulunmayan hususu kapsamamaktadır.* Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.236.

³⁹⁹ Donay, Ceza Yargılaması Hukuku, a.g.e., s.70.

⁴⁰⁰ Erem, Meslek Kuralları (Şerh), a.g.e., s.123.

⁴⁰¹ A.e., s.122.

⁴⁰² Erem, Ceza Hukukunda Meslek Sırrı, a.g.m., s.68.

çekinmeye hakkı olduklarını bildikleri varsayılır⁴⁰³. Şüpheli veya sanığın rızası dahilinde ve tanıklıktan çekinme hakkını kullanmadan tanıklık yapan müdafinin bu hakkının, m.45/3 düzenlemesinin kıyasen uygulanarak, hatırlatılmamış olduğundan bahisle, tanıklığının hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşılmamalıdır.⁴⁰⁴

9. Müdafinin Maddi Gerçeğin Ortaya Çıkmasına Yardım Etme Yükümlülüğü

Ceza muhakemesinde gerçeğin ortaya çıkartılması, bir yandan maddi olayların doğru saptanması ve diğer yandan da saptanan olaylara yasanın doğru uygulanmasıdır.⁴⁰⁵ Maddi olayların doğru saptanması aşamasında önem taşıyan husus, gerek hukuk yargılamasında gerekse ceza yargılamasında delillerin değerlendirilmesidir.⁴⁰⁶ Kural bu olmakla birlikte ceza yargılamasının farklılaştığı nokta, mahkemenin resen de delil toplayabilmesidir (CMK m.206 vd.). Diğer bir deyişle, ceza yargılamasında gerek iddia, gerek savunma gerekse de karar makamı ispat vasıtası olan delilleri elde etme yetkisine ve dolayısıyla maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardımcı olma görevine sahiptir.

Müdafinin maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasına yardım etme ödevi, onun adalet organı olarak kamusal hizmet vermesinin doğal bir sonucudur.⁴⁰⁷ Ancak, gerçeğin ortaya çıkarılması ödevinin, müdafî açısından sınırlı bir anlamı ve özelliği vardır. Müdafî, sır saklama ve müvekkilinin lehine konuşma ödeviyle bağdaştığı oranda maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım etmekle yükümlüdür.⁴⁰⁸ Karşı tarafın lehine olabilecek delilleri, yalnızca şüpheli veya sanığın haklarını ve çıkarlarını ilgilendirdiği ölçüde dikkate alması, görevini kötüye kullandığını sonuçlamaz⁴⁰⁹. Zira müdafinin objektif olma yükümlülüğü bulunmamaktadır⁴¹⁰.

⁴⁰³ A.e., s.69.

⁴⁰⁴ Öztürk v.dğr., a.g.e., s.274. Aksi yönde “Müdafiler bu sıfatları ile ve hekimler ile ebeler sanatları icabınca vakıf oldukları sırlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler. (...).Tanıklıktan çekinme hakkı olan kimselere, bu hakları dinlenmeye başlanmadan önce hatırlatılmalı ve bu haklarını kullanıp kullanmayacakları hususu da tutanağa yazılmalıdır. Tanıklıktan çekinme hakkı bulunan bir kimsenin bu hakkı hatırlatılmadan dinlenilmesi halinde beyanlarının kanıt olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Hükümde en belirleyici kanıt olarak kabul edilen ve tanık olarak dinlenilmiş olan avukatın kimliğine ilişkin bilgilerin tespit edilerek duruşma tutanağına geçirilmemesi ve tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğu hatırlanmaması suretiyle usul kurallarına aykırı davranılmıştır.” YCGK, E.1999/1-213, K.1999/219, K.T.28.09.1999’den aktaran Osman Yaşar, **Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu**, C.1, 3. bs, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s.373-374..

⁴⁰⁵ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, a.g.e., s.177.

⁴⁰⁶ Öztürk v.dğr., a.g.e., s.353.

⁴⁰⁷ Ünver-Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.223.

⁴⁰⁸ Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.198.

⁴⁰⁹ Aybay, a.g.m., s.18.

⁴¹⁰ Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.224.

Bu nedenle müdafinin bu yükümlülüğünün yargılamada yerine getirdiği çifte rolün bir sonucu olarak sınırsız olmadığını kabul gerekir. Bununla birlikte müdafî, kendi bilimsel görüşü ne olursa olsun sanığın en yararına olan bilimsel düşünceyi araştırmak ve ileri sürmek zorundadır. Yoksa müdafî ile savunmasını üstlendiği şüpheli veya sanık arasında var olması gereken güven ilişkisi asla kurulamaz. Zira müdafinin savunmasına temel yapabilmesi için bilgi edinebilmesi yani şüpheli veya sanığın müdafie üzerine atılı suçla ilgili bilgi vermesi, müdafie sırf “müdafî” olmasından dolayı inanması, güvenmesi ile mümkündür.⁴¹¹

Türk Ceza Kanunu’nda müdafî hakim ve savcı ile birlikte yargı görevi yapan kişiler⁴¹² içinde sayılmış olmakla birlikte maddi gerçeğin ortaya çıkartılması bağlamında aynı sonuca sanık lehine olan yoldan ulaşmak zordur. Nitekim maddi olayın aydınlatılması amacıyla müdafiden sanık aleyhine sonuç doğurabilecek delil ileri sürmesinin beklenmesi savunma hakkının ihlalini oluşturacaktır.⁴¹³ Zira müdafî görevi gereği, savcı gibi⁴¹⁴ sanığın hem lehine hem de aleyhine olan hususları ileri sürme yükümlülüğü altında değildir⁴¹⁵.

Müdafî, şüpheli yahut sanığın kendisine güvenerek yaptığı ikrar ve itirafı diğer muhakeme sükelerine anlatamaz, mahkemeye bu hususları duyuramaz, şüpheli ya da sanığa ikrarını açıklama konusunda telkinde ve etkide bulunamaz; o kadar ki, sanığın suçlu olduğu izlenimini edinse dahi beraat ettirilmesini isteyebilir⁴¹⁶. Ancak doktrinde⁴¹⁷ istisnai olarak sanığın mahkemede suçunu ikrar etmesi durumunda daha az bir ceza alma imkanı varsa yahut sanık suçunu tamamen inkar ettiğinde hakkında daha ağır bir cezanın hükmedilmesi tehlikesi varsa, müdafinin sanığı suçunu ikrar etmesi yolunda etkilemesi, tavsiye ve telkinde bulunması da kabul edilmektedir.⁴¹⁸

Bununla birlikte müvekkili aleyhine delil ibrazı yükümlülüğü bulunmayan müdafinin, maddi vakaları, ispat araçlarını karartma ve gizleme yetkisi olduğu sonucuna

⁴¹¹ Koca, a.g.tz., s.222.

⁴¹² TCK m.6/1(d) uyarınca, “Yargı görevi yapan deyiminden; yüksek mahkemeler ve adli, idarî ve askerî mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar” anlaşılır.

⁴¹³ Özbek v.dğr., a.g.e., s.239.

⁴¹⁴ CMK m.170/5 uyarınca; “İddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür”.

⁴¹⁵ Aybay, a.g.m., s.18.

⁴¹⁶ Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.224.

⁴¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, a.g.e., s.178.

⁴¹⁸ Kocaoğlu, a.g.e., s.250.

varılması söz konusu değildir⁴¹⁹. Müdafii şüpheli veya sanık aleyhine olan şeyleri açıklamakla yükümlü değilse⁴²⁰ de yalan söyleme hakkına da sahip değildir. Zira müdafii yalnızca şüpheli veya sanığı savunmakla görevli değil, aynı zamanda yargının bir organı olduğundan yargıyı kandırmak meslek onuruyla da bağdaşmaz.⁴²¹ Kanun'da şüpheli veya sanığın yalan söylemesi haline ilişkin yaptırım öngörülmemesi şeklinde ortaya çıkan “*şahsi cezasızlık sebebi*”nin müdafii açısından da geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir⁴²².

Tüm bu açıklananlar ışığında, müdafie ilişkin sır saklama yükümlülüğünün ve maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasına yardım yükümlülüğünün birbirinin sınırını oluşturduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. Müdafii asli görevi olan savunmayı yerine getirirken bu yükümlülükleri arasındaki ilişkiyi sanık lehine ele almak zorundadır⁴²³. Diğer bir deyişle, sanığın beraati veya daha az ceza alması ihtimalinde maddi gerçeğin ortaya çıkması için sanığa rağmen müdafaa da bulunurken; sanık aleyhine olan hususların varlığı durumunda maddi gerçeğe rağmen sır saklama yükümlülüğünün gereği susacaktır.

10. Müdafinin Dürüstlük ve Sadakat Yükümlülüğü

Müdafinin savunma görevini yerine getirirken uyması gereken bir diğer yükümlülük görevini özenle yapma ve sadakat yükümlülüğüdür. Savunmanın ahlaki yönüne ilişkin olan bu ödev yasal güvence altına da alınmıştır. Dürüstlük ve sadakat yükümlülüğünden ne anlaşılması gerektiğine de düzenlemelerde yer verildiği görülmektedir. Nitekim Av.K. m.34 de “*Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve*

⁴¹⁹ Özgenç, a.g.e., s.316.

⁴²⁰ “...Avukat olan sanığın, olay tarihinde piyasaya sahte para sürmek suçundan hakkında soruşturma yürütülen ve Eyüp Emniyet Müdürlüğü Çocuk Büro Amirliğine getirilip kimlik tespiti yapılan müvekkili Y. Ş'nin gerçek kimlik bilgilerini gizleyip kardeşi M.Ş.'nin kimlik bilgilerini beyan ettiği ve bu kapsamda kimlik tespit tutanağı düzenlendiği, müdafii olan sanığın bu durumu bilmesine rağmen kimlik tespit tutanağını imzaladığı, Y.Ş. isimli şahsın nezaret çıkış raporu alındığı sırada hastaneden kaçtığı ve hakkında M.Ş. kimlik bilgileriyle yakalama emri çıkarıldığı, M.Ş.'nin daha sonra yakalanması sonucunda olayın ortaya çıktığı, eyleminin Avukatlık Kanununun 36. maddesindeki sır saklama mükellefiyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği anlaşılmalı yüklenen suçun tüm unsurlarıyla oluştuğu gözetilmeden dosya kapsamı ve oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, (...)” Y 5.CD, E. 2012/9089, K. 2013/9072, K.T. 23.9.2013, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 02.06.2014.

⁴²¹ Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre, “müdafii görevi, müvekkilini mümkün olduğunca savunmaktır. Elinde müvekkilinin lehine bir delil varsa veya bu delile ulaşabilirse, bunu mahkemeye sunmak ve bildirmek zorundadır. Ancak, örneğin bir belge delilinin sahte olup olmadığına da dikkat etmelidir. Bu konuda şüphesi varsa bunu mahkemeye sunmamalıdır. Aksi takdirde şartlı kastla mahkemeyi yanıltmak suçunu işlemiş olur.” Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.236.

⁴²² Özgenç, a.g.e., s.316.

⁴²³ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, a.g.e., s.179.

güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler” şeklinde düzenlenmiştir. Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları m.3 uyarınca, “Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür.” Aynı zamanda Avrupa Konseyi Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlükler Hakkında 9 Numaralı Tavsiye Kararı’nda da bu konuya “Her şahsa ya da şahıs grubuna hak ve menfaatlerini savunmak veya ileri sürmek için bir avukatın yardımına başvurma hakkı tanınmıştır ve bunu dürüstlük ve özgürlükten ayrılmadan mümkün olan en iyi şekilde yapmak avukatın ödevidir”⁴²⁴ düzenlemesi ile yer verilmiştir.

Müdafî işi kabulde yükümlü değilse de, kabul ettiği işi dürüstlikle yapmaya mecburdur. Av. K.’da yer verilmiş olan “Kendisine yapılan teklifi yolsuz veya haksız görür yahut sonradan yolsuz veya haksız olduğu kanısına varırsa (...) teklifi reddetmek zorundadır. (m.38/1-a)” düzenlemesi de, aynı zamanda savunma görevinin dürüstçe yapılmasına hizmet eder⁴²⁵. Müdafîin görevini yerine getirirken dürüst olması hem mahkemenin diğer makamlarına hem de şüpheliye karşı olan davranış ve söylemlerini kapsamına almaktadır.⁴²⁶ Nasıl ki sanık aleyhine olan hususları açığa çıkarmak için zorlanamazsa, ifade ettiği hususların da gerçeğe aykırı olamayacağı açıktır.⁴²⁷ Aynı zamanda bu yükümlülük, müdafîin şüpheli veya sanığa yalan beyanda bulunması yönünde

⁴²⁴ 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Yönetmelikler ve Diğer Düzenlemeler, a.g.e., s.269.

⁴²⁵ Güner, a.g.m., s.30.

⁴²⁶ Kunter- Yenisey- Nuhoğlu, a.g.e., s.455.

⁴²⁷ “Sanığın özgür iradesiyle seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmasını öngören Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6/3-c, Anayasamızın iddia, savunma ve adil yargılanma hakkını öngören 36, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun dürüstlük ve güven ilkelerini öngören 34 ve avukatın sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen 36. maddelerindeki düzenlemeler dikkate alındığında sanık avukatın, hakkında yakalama kararı bulunan vekil edenin yerini adli mercilere bildirmemesinin sır saklama yükümlülüğü ile bağlantılı olarak TCK’nın 24/1. maddesi anlamında kanunun hükmünü (görevini) yerine getirme hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilerek CMK’nın 223/2-d maddesi gereğince anılan suçun oluşmayacağı kabul edilmesi, ancak müvekkilinin infaz yönteminin değiştirilmesi amacıyla gerçeğe aykırı iddiaya dayanarak ve müvekkili hakkında daha önce benzer gerekçeyle Aybastı Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 1970/129 esas, 1970/66 sayılı kararı ile doğum yılının 1936 olarak düzeltilmiş olmasına karşın, bu kez de gerçekte 1931 doğumlu olduğundan bahisle dava açması ve Aybastı’da açılan davanın reddedilmesine karşın ikinci kez Perşembe Asliye Hukuk Mahkemesi’nde de açtığı davanın da haklı nedene dayanmadığı gerekçesiyle reddedildiği gözetilerek sanığın Avukatlık Kanunu’nun 34. maddesi uyarınca görevini doğruluk ve onur içinde yerine getirmek yükümlülüğüne aykırı davrandığı anlaşılacakla birlikte, (...)” Y 4.CD, E. 2009/19013, K. 2011/21017, K.T. 14.11.2011, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 02.06.2014.

tavsiye vermemesini de içermektedir⁴²⁸. Bu durum müdafinin mesleğini doğruluk ve onur içinde yerine getirme yükümlülüğünün doğal bir sonucudur⁴²⁹.

Bu yükümlülük, müdafinin ceza yargılamasına yani hüküm verme faaliyetine katılması ile de ilişkilidir ki maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının gereğidir. Avukatlık Kanunu'nda müdafinin, gerekirse kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddedebileceğini (Av. K.m.37/1) düzenlemesi, yalnızca müdafinin bağımsızlığına ilişkin olmayıp, görevini, görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmesini de sağlamaya yöneliktir.⁴³⁰ Belirtilmelidir ki, müdafinin savunma görevini üstlendikten sonra sonuna kadar devam ettirmekle yükümlüdür.⁴³¹

Müdafinin söz konusu yükümlülüğü ihlal etmek suretiyle görevini kötüye kullanması halinde Avukatlık Kanunu'nun 62. maddesi devreye girecektir. Bu hüküm uyarınca, "(...) görev ve yetkiyi kötüye kullanan avukat Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesi hükümlerine göre cezalandırılır". Müdafinin bakımından "görevi kötüye kullanma" suçunun düzenlendiği 257. madde uyarınca sorumluluğun doğabilmesi için, söz konusu fiil, haiz olduğu sıfat sebebiyle yerine getirdiği görev ve yetki ile ilişkili olmalı ve bunun sonucunda "kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmalı ya da kişilere haksız bir menfaat" sağlamalıdır⁴³².

Müdafinin görevini yerine getirmekte özensiz davrandığı durumda ayrıca hukuki sorumluluğu da gündeme gelecektir. Nitekim Yargıtay'ın istikrar bulmuş uygulamaları da bu yöndedir.⁴³³ Ayrıca bu yükümlülüğün ihlali halinde Av. K. hükümleri uyarınca⁴³⁴ disiplin sorumluluğunun⁴³⁵ doğacağı da belirtilmelidir.

⁴²⁸ Erem, Meslek Kuralları (Şerh), a.g.e., s.33.

⁴²⁹ Kocaoğlu, a.g.e., s.235.

⁴³⁰ A.e., s.234.

⁴³¹ Av. K. m.171/1: "Avukat, üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder." Bu hükmün ihlali halinde uygulanacak yaptırım Av. K. m.174'te düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca, "(1) Üzerine aldığı işi haklı bir sebep olmaksızın takipten vazgeçen avukat hiçbir ücret isteyemez ve peşin aldığı ücreti geri vermek zorundadır. (2) Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir. Şu kadar ki, avukat kusur veya ihmalden dolayı azledilmiş ise ücretin ödenmesi gerekmez." Hükmün ihlali halinde müdafinin sadece aldığı ücreti geri vermekle ya da hiç almamakla savunma yapmaktan kurtulabilmesi doktrinde eleştirilmektedir. Bu eleştiriler hakkında bkz. Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafinin, a.g.e., s.166.

⁴³² Tezcan v.dğr., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, a.g.e., s.866.

⁴³³ "...Bütün bu maddi ve hukuki olgular dikkate alındığında, davalı avukatın öncelikle idareye başvurmadığı, manevi tazminat istemediği, maddi tazminat miktarını tespit ettirmediği, konu ile ilgili mevzuatı araştırmadığı, zamanaşımı sürelerine dikkat etmediği, ek davayı 31.07.1995 tarihine kadar açmadığı, görevini yerine getirmekte özensiz davrandığı, böylelikle kendi kusuruyla davacının zarara

Müdafinin görevini doğruluk ve özenle yerine getirmesi gerekli olmakla birlikte şüpheli veya sanık ile müdafinin arasındaki “güven ilişkisi” sadakat yükümlülüğünü de gerekli kılar. Bu bağlamda müdafinin ile şüpheli veya sanık arasındaki sadakat ilişkisini sağlamak için sır tutma yükümlülüğü (Av. K. m.36) ve çatışan menfaatleri temsil yasağı⁴³⁶ (Av. K. m.38/1 b.b) gibi birtakım düzenlemelerde yapılmıştır.⁴³⁷

Özetle müdafinin görevinin gerektirdiği meslek onuruna yaraşır şekilde doğruluk ve özenle savunmada bulunurken; sadakat yükümlülüğünün gereği olarak da güven ilişkisi çerçevesinde sanığın menfaatini ve haklarını koruyacaktır. Bu itibarla müdafinin, kişisel inancı ne olursa olsun, şüpheli veya sanık aleyhine sonuç doğuracak şekilde tutum ve davranışlarda bulunamaz.⁴³⁸

uğramasına neden olduğu sonucuna varılmıştır” Y.13.HD, E.1995/11369, K.1995/11467, K.T.19.12.1995’den aktaran Kocaoğlu, a.g.e., s.236, dn.258.

⁴³⁴ Av. K. m. 134 uyarınca, “Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, meslekî çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu Kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır.”

⁴³⁵ “...Avukatlar özen ve doğruluk kurallarına göre hareket etmek, kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde sadakatle davranmak mesleğin itibarını sarsacak her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. Her ne kadar Şikâyetçi şikâyetinden vazgeçmiş ise de; disiplin kovuşturmasının yürütülmesi ve karara bağlanması ilgilinin şikâyetinde ısrar etmesine bağlı olmayıp, şikâyetçiyi tatmin amacına da yönelik değildir. Amaç, Avukatlık Yasasının 158. maddesinde açıklandığı gibi, avukatlık onurunu ve itibarını, meslek düzen ve geleneklerini korumak ve mesleğin adalete uygun olarak yerine getirilmesini sağlamaktır. Bu ilkenin gereği olarak hakkında soruşturma başlatılan ve/veya disiplin kovuşturması açılan avukat hakkındaki soruşturmadan veya disiplin kovuşturmasından sırf şikâyetçinin isteği üzerine vazgeçilemez. Soruşturma ve kovuşturma aşamalarında, Baro Yönetim veya Disiplin Kurulları; şikâyetçinin isteğinden bağımsız olarak hareket etmek durumundadır. Bu nedenlerle şikâyetten vazgeçilmiş olması disiplin cezası tayinine yer olmadığına ilişkin kararın hukuksal dayanağı olamaz. Bu nedenlerle eylem Avukatlık Yasası 34, 134 ve TBB Meslek Kuralları 3, 4. Maddelere aykırı olmakla Baro Disiplin Kurulu’na yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş ve itirazın reddi ile kararın onanması gerekmiştir. Sonuç olarak şikâyetli avukat M.F.U.’ün itirazının reddi ile ... Barosu Disiplin Kurulu’nun “Kinama Cezası Verilmesine” ilişkin 10.06.2013 gün ve 2011/D.213 Esas, 2013/321 Karar sayılı kararının “onanmasına” katılanların oybirliği ile karar verildi.” Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararı, T. 24.01.2014, E. 2013/627, K. 2014/40, (çevrimiçi) <http://www.barobirlik.org.tr/DisiplinKarari557.tbb>, erişim tarihi: 01.08.2014.

⁴³⁶ “Kasten adam öldürme ve kasten yaralama ile mala zarar verme suçlarından sanıklar hakkındaki davada, sanıklardan birisinin savunulmasının diğer sanık yönünden savunmada zaafiyet yarattığı durumlarda sanıklar arasında menfaat uyumsuzluğu bulunduğu kabulü gerektiğinden, aynı olayda aynı mağdur ve maktüle karşı birlikte suç işledikleri iddia olunan sanıklar arasında menfaat uyumsuzluğu bulunduğu anlaşıldığı halde, sanıkların ayrı ayrı müdafiler yerine aynı müdafinin ile savunmalarının yapılması hatahdır.” Y 1.CD, E. 2011/7105, K. 2011/7019, K.T. 22.11.2011, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 02.06.2014.

⁴³⁷ Özkan, a.g.e., s.162.

⁴³⁸ Toroslu- Feyzioğlu, a.g.e., s.,142.

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA KORUMA TEDBİRLERİ KAPSAMINDA MÜDAFİ BAKIMINDAN ARAMA, ELKOYMA, TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

I. ARAMA TEDBİRİ

A. GENEL OLARAK

Koruma tedbirleri,⁴³⁹ ceza muhakemesinin yapılmasını veya yapılan muhakeme sonunda verilecek kararların yerine getirilebilmesini sağlamak amacıyla, süreyle sınırlı ve hükümden önce ilgili oldukları temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını gerektiren önlemlerdir.⁴⁴⁰ Temel hak ve hürriyetleri sınırlandırıcı nitelikte olduğu için önemlidirler ve kanunla düzenlenmeleri gerekir. Özel hayatın gizliliğini bir anlamda “ihlal eden” arama tedbirinin de anayasal dayanağa sahip olması, bu tedbire başvurunun birtakım şartlara tabi olması, yapılan arama işlemleri için denetim mekanizmaları oluşturulması⁴⁴¹ bunun sonucudur.

Arama tedbirinin koruma tedbiri olması sebebiyle taşıması gereken şartları şu şekilde sıralamak mümkündür: suç şüphesinin belli yoğunlukta olması, oranlılık ilkesine uygun olması, yasayla düzenlenmiş olması, gecikmede tehlike bulunmasıdır.⁴⁴²

Arama tedbiri açısından yerine getirilmesi gereken şartlar olmakla birlikte, uyulması gereken ilkeler de mevcuttur. Hukuk devleti ilkesi, orantılılık ilkesi, adil yargılanma hakkı, maddi gerçeğin bulunması ilkesi, özel hayatın gizliliği ilkesi bu kapsamda değerlendirilmektedir. Örneğin, *aramanın gerekçesini oluşturan şüphenin varlığı ve makul sebeplerin dürüstçe belirlenmesi, gerçeğin bulunması amacına hizmet*

⁴³⁹ Doktrinde koruma tedbirleri terimi yerine ihtiyati tedbir, usul tedbirleri, zorlayıcı önlem, yargısal cebri önlem, yargılamayı güvenceye alan araçlar, ceza yargılaması önlemi terimleri de kullanılmakla birlikte; çoğunluk tarafından ve CMK tarafından tercih edilen terim koruma tedbiridir. Terime ilişkin açıklamalar için bkz., Öztürk v.dğr., a.g.e., s.379; Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, a.g.e., s.393.

⁴⁴⁰ Özbek v.dğr., a.g.e., s.261.

⁴⁴¹ Özlem Yenerer, “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Konut Dokunulmazlığı**”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 1996, s.26.

⁴⁴² Şartlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Veli Özer Özbek, **Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, CMK İzmir Şerhi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s.21.

etmesi, hakkaniyete uygun şekilde icra edilmesi adil yargılanma hakkının bir gereğidir.⁴⁴³ Bakıldığına koruma tedbirlerinin tümünü kapsar nitelikteki bu ilkelerin, çalışma bağlamında elkoyma ve telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi bakımından da geçerli olduğu sonucuna varmak mümkündür.

Anayasal teminat altına alınmış birçok hakla bağlantısı olan aramanın en fazla ilişkili olduğu özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ile ilgili, belirlenen şartları taşıması koşuluyla meşruiyet zırhına bürünen “saldırı”ya karşı güvence olarak gerek ulusal düzlemde⁴⁴⁴ gerekse uluslararası düzlemde⁴⁴⁵ normatif düzenlemelere yer verilmiştir. Bu bağlamda dikkat edilmesi gereken husus, mevcut düzenlemelerde özel hayat koruma altına alınmış olmakla birlikte, bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir⁴⁴⁶. Bu konuda Strasbourg denetim organları geniş bir kavram olan “özel hayat”ın tespitinin her somut olayın kendisine özgü koşulları içinde değerlendirilmesi⁴⁴⁷ ile mümkün olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte AIHK’in, özel hayatı, *bedeni ve manevi bütünlük içinde ve*

⁴⁴³ Şemsettin Aksoy, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s.34.

⁴⁴⁴ TC Anayasası Madde 20 – *Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.* TCK m.134, “ (1) Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır. (2) (Değişik: 2/7/2012-6352/81 m.) *Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur*”.

⁴⁴⁵ İHEB m.12, “*Kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışamaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır.*” AIHS m.8, “1. *Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir*”. 1966 tarihli Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m.17, “(1) *Hiç kimsenin özel yaşamı, ailesi, konutu ya da haberleşmesine keyfi ya da yasadışı olarak dokunulamaz, adına ve şerefine yasadışı saldırıda bulunulamaz. (2) Herkes, bu tür karışmalara ve saldırılara karşı yasa tarafından korunma hakkına sahiptir.*”

⁴⁴⁶ Doktrinde özel hayat kavramına ilişkin tanım ve açıklamalar hakkında bkz. Bülent Ağkoç, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Özel Hayata Saygı Hakkının Korunması Bağlamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2010, s. 7 vd. Anayasa Mahkemesi de bir kararında ‘*Özel hayatın korunması herşeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Orada cereyan edenlerin yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini istemek hakkı, kişinin temel haklarından biridir... insanın mutluluğu için büyük önemi olan özel hayata saygı gösterilmesi hakkı onun kişiliği için temel bir hak olup yeteri kadar korunmadığı takdirde kişilerin ve dolayısıyla toplumun kendini huzurlu hissedip güven içinde yaşamaları mümkün değildir. Bu nedenlerle söz konusu gizliliği çeşitli biçimde ihlal eylemleri suç sayılarak ceza yaptırımlarına bağlanmıştır.*’ demiştir. AYM, 31.03.1987, E.1986/24, K.1987/8 (çevrimiçi) www.Anayasa.gov.tr/kararlar/iptalitiraz/K1987/K1987, erişim tarihi: 05.04.2014.

⁴⁴⁷ Özel hayat kapsamında değerlendirilen örnek kararlar için bkz. Gözübüyük- Gölcüklü, a.g.e., s.334.

*'yabancı gözlerden uzak' bir şekilde hayat sürmekten daha geniş bir alana taalluk ettiğini, kişinin kendi kişiliğini geliştirmek amacıyla başkalarıyla irtibata geçmesinin ve bu irtibatı devam ettirmesi şeklinde tanımlaması AİHM tarafından benimsenmiştir*⁴⁴⁸.

1. Kavram ve Hukuki Niteliği

Arama, suç işlenmesinden önce mevcut veya muhtemel tehlikenin önlenmesi amacıyla suç unsuru olabilecek ve müsadereye tabi⁴⁴⁹ şeylerin ele geçirilmesi için veya ceza yargılamasında yararlı olacak delillerin veya sanığın, istekle adli mercilere tesliminden kaçınılması durumunda zorla ele geçirilmesi için, saklandıkları yerlerde yapılan arama işlemidir.⁴⁵⁰ Arama, ilk bakışta fark edilemeyen, bulmaya çalışmanın sonucu ele geçebilecek olan suç unsurunun⁴⁵¹ veya delilin bulunmasına yöneliktir.

Arama tedbiri bir amaç değil, “araç”tır. Önleme araması genel emniyet ve asayiş korumak için başvuru olan önleme tedbirlerinden biri olup, Anayasal hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla hizmet eder. Bir koruma tedbiri olan adli arama ise, suç ve failini ele geçirip ceza muhakemesinin gayesine ulaşmasını sağlamak için kullanılan, adeta köprü vazifesi gören bir araçtır. Yani arama başlı başına bir amaç değildir.⁴⁵² Arama tedbiri (hem önleyici arama hem de adli arama) birçok koruma tedbirine hizmet ettiğinden ve mevzuatta konu itibarıyla (aranabilecek şey, yer, kişi) kapsamı geniş olduğundan birden fazla hak ve özgürlükle doğrudan ilintilidir. Nitekim özel hayatın gizliliği hakkı bunların başında gelmekle birlikte; konut, işyeri⁴⁵³ ve diğer kapalı yerlerin aranması söz konusu olduğunda

⁴⁴⁸ Mehmet Murat Yardımcı, **ABD Hukuku, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları ve Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.114.

⁴⁴⁹ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, a.g.e., s.350.

⁴⁵⁰ Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, 3.bs, Ankara, 2005, s.61.

⁴⁵¹ Amerikan hukukunda köpeğe uyuşturucu mevcut olup olmadığını anlamak için bir bavulu koklatmak arama sayılmamaktadır. (Feridun Yenisey, Yargıtay Askeri Yargıtay Kararları ile İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Amerikan Yüksek Mahkemesinin Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller)'den aktaran Vural Savaş/Sadık Mollamahmutoğlu, **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Yorumu**, C.I, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s.616; Kolluk memurunun gözüyle gördüğü, koklayarak algıladığı veya işiterek varlığını anladığı suç emareleri, “arama” kavramı kapsamı dışında kalırlar. Mesela, otomobilin arka koltuğu üzerinde duran tabancayı görerek, polisin aracı durdurması ve tabancaya el koyması, arama olarak nitelendirilemez. Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.1051.

⁴⁵² Özlem Yenerer , a.g.tz., s.13; Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, a.g.e., s.350.

⁴⁵³ İşyerlerinin de konut dokunulmazlığı ilkesinin koruma alanına girip girmediği üzerinde durulması gereken bir konudur. Gerçekten, Anayasa sadece “konut”tan söz etmektedir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararında kişinin mal durumunun da özel yaşamını oluşturacağını söylemiştir. (AYM 15.06.1967, 1963/336, 1967/29). Dolayısıyla işyeri ve eklentileri de bu dokunulmazlıktan yararlanmalıdır. Veli Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Seçkin Yayınları, Ankara, 1999, s.29, dn.50.

konut dokunulmazlığı hakkı, kişinin üzeri, eşyası, aracının aranması söz konusu olduğunda kişi özgürlüğü ve vücut dokunulmazlığı hakkı gündeme gelecektir.

Arama tedbiri özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığına müdahale niteliği taşıdığından uygulanması bir takım şartlara tabi tutulmuştur.

2. Müdafî Açısından Arama Tedbirinin Tarihsel Gelişimi

Aramaya ilişkin daha önceki dönemlerle ilgili bilgi edinilemediğinden Eski Yunan döneminden süregelen uygulama önem taşımaktadır. Eski Yunan'da arama uygulamada bulunmakla birlikte, yasal düzenlemeden yoksundu. Keza Roma Hukuku'nda da arama delil aracı olarak kabul edilen bir kurum olsa da bugünkü anlamıyla aramadan söz etmek mümkün değildi. Zira arama yalnızca kişilerin çalınan mallarını bulmaya yönelik ve mesken araması şeklinde gerçekleştiriliyordu.⁴⁵⁴

Arama ile ilgili ilk yazılı düzenleme, Roma dönemine ait 12 Levha Kanunlarında yer almaktadır. Burada sadece hırsızlık suçuna ilişkin "arama" tedbiri ile ilgili hükümlere⁴⁵⁵ yer verilmiştir.⁴⁵⁶

Ceza muhakemesinde aramanın önceleri çoğunlukla "hırsızlık" suçlarını ortaya çıkarmak için başvurulmuş bir tedbir olduğunu söylemek mümkündür. Bu bağlamda günümüz arama tedbiri bakımından öncelikle ve genel olarak öne çıkan "özel hayat"ın dikkate alınmasından ziyade kişinin eviyle ve eşyasıyla ilgili olarak "mülkiyet hakkı" önemsenmekteydi.

Aydınlanma çağı olarak adlandırılan dönemde 1789 Fransız ihtilaliyle birlikte ortaya çıkan liberal akım, ceza muhakemesi sistemine etki etmiş ve döneme, bireyi koruyan bir muhakeme sistemi oluşturulduğuna dayanak gösterilebilecek "sanık, suçlu olduğu sabit oluncaya kadar masum sayılır" temel ilkesi hâkim olmuştur.⁴⁵⁷ Bu dönemde, sanığın korunması asıl amaç olduğundan, bu akımın etkisi ile hazırlanan 1849 tarihli Alman Ceza Muhakemesi Kanunu arama ile ilgili değinilmesi gereken bir düzenlemedir. Kanunun 140. maddesinde konut dokunulmazlığı düzenlenerek, konutta yapılacak arama

⁴⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. A.e., s.36 vd.

⁴⁵⁵ Buna göre; çalındığı iddia edilen şeyin bulunduğu tahmin edilen eve, aramayı yapacak kişi üzerinde yalnızca bir peştamal olduğu halde girer ve aramayı yapardı. Arama talebinin kabul edilmemesi halinde, ev sahibi, çalınmış malın değerinin dört mislini ödemeye mahkûm edilirdi.

⁴⁵⁶ A.e., s.37.

⁴⁵⁷ Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.5.

işleminin koşulları belirlenmiş bu konuda keyfiliğe izin verilmemesi amaçlanmış olup, ilgili kişiye önemli bir güvence ihdas edilmiştir.⁴⁵⁸

Türk hukuku temelinde konu ele alındığında; İslam hukuku, öncesine ilişkin kaynak yetersizliği ve Osmanlı Devleti'nde geçerli olan sistem olması sebebiyle, arama müessesesine ilişkin başlangıç kabul edilmektedir.⁴⁵⁹ İslam hukukunda bir ceza muhakemesi kurumu olmadığı gibi, yazılı olarak da düzenlenmiş olmasa da delil elde etmek veya sanığı yakalamak amacıyla yapılan arama, müştekinin talebi üzerine hakim, yardımcıları ve kadınlar⁴⁶⁰ tarafından gerçekleştirilirdi. Devlet kuvvetlerinin bir eve girmesi suçüstü halî istisna tutulmak suretiyle hâkimin kararıyla mümkündü. Diğer bir ifadeyle, hâkim kararı olmadan veya zaruret bulunmadan meskene girilmesi ve arama yapılması söz konusu değildi.⁴⁶¹ Kur'an da başkasının evine ancak kapıdan ve izinle girilebileceği emredilmiş; buna riayet edilmemesi suç olarak kabul edilmekle birlikte ayrıca bu yöntemle elde edilen delillerin de ceza yargılamasında kullanılmasına izin verilmemiştir.⁴⁶²

İslam hukukunda aramaya ilişkin uygulama alanı, önceki dönemlere nazaran genişlemiş olmakla beraber, konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliğinin korunmasının önemine binaen meskende arama için hakim kararının gerekli olması şartının kabulü önemli bir gelişme ve aynı zamanda müdahalenin olası keyfiliğine karşı güvencedir. Keza kurala uyulmaması sonucunda elde edilen delilin yargılamada kullanılmasına ilişkin yasak, güvenceyi perçinlemiştir.

Osmanlı İmparatorluğu'nda 1879 yılına kadar usul hukuku alanında uygulanan sistem İslam hukuku olmakla birlikte 1879 Usul-ü Muhakematı Cezaiye Kanununun çıkmasıyla durum değişmiştir. 1808 Fransız Ceza Usul Kanununun çevirisi olan Osmanlı Usul-ü Muhakematı Cezaiye Kanunu'nun I. Kitabı'nın IV. Bölümü'nün "Savcının Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmesi Hakkında" başlıklı 2.Kısım altında 26-44. md.ler

⁴⁵⁸ Özbek, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, a.g.e., s.42.

⁴⁵⁹ A.e., s.42.

⁴⁶⁰ "Kadınların aramaya katılması İslam'ın kadın erkek ilişkilerindeki prensipleri ile paralellik göstermektedir." Ahmet Gökçen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 1993, s. 103.

⁴⁶¹ A.e., s.102.

⁴⁶² Yenerer, a.g.tz., s.51.

arasında savcılarının görevleri düzenlenmiştir. Aramaya ilişkin düzenleme⁴⁶³ bu hükümler içinde yer almaktadır.⁴⁶⁴ Aramaya savcının karar vermesi, yargılamanın selameti ve iddia-savunma makamları arasında gözetilmesi gereken denge bakımından olumlu bir düzenleme olmamakla birlikte; aramanın yapılabilmesinde “*bir fiilin aydınlatılması için delil olabilme*” kriterinin kabulü konut dokunulmazlığına müdahalenin sınırlandırılması açısından olumlu ve önemlidir.

76 yıl yürürlükte kalan ve bu süre içerisinde birçok değişiklik geçiren 1929 tarihli ve 1412 sayılı CMUK, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. CMUK’da aramaya ilişkin düzenlemeler önceki Kanuna kıyasla kişi özgürlükleri bakımından önemli güvenceler getirerek, müessese daha ayrıntılı düzenlenmiştir. Özellikle aramanın hâkim kararına bağlanması (m.97) ve Savcı’ya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde emir verme yetkisi tanınması önemli bir usul şartıdır. Ayrıca sanık dışında üçüncü kişiler bakımından da aramanın mümkün olması (m.95), yasal zemine oturtulması ve bu kişiler için aranan şüphe derecesinin daha fazla olması keyfi müdahalelerin önlenmesi ve en önemlisi müdahale ile özgürlüklerin korunması arasındaki orantının gözetilmesi açısından olumludur. Çalışma bağlamında önem arz eden husus müdafî kapsamındaki düzenlemeler olduğundan aramayla ilgili CMUK’da yer alan diğer düzenlemelere ilgili yerlerde atıf yapılacaktır.

Hukukumuz açısından CMUK döneminde müdafîe ilişkin arama tedbiri bakımından düzenleme mevcut değildi. Avukat yazıhanelerinde yapılacak aramalarda da CMUK m.94 ve sonraki hükümler uygulanmaktaydı. Müdafî bürosunda yapılacak arama bakımından Kanun’da yer alan “*aramanın yapılması ... zabtedilecek eşyanın ... aranılacak ... mahallerde bulunduğunu istidlal ettirebilecek vakıaların vücuduna bağlıdır*” (CMUK m.95/2) hükmündeki vakıaların takdirinde savunma özgürlüğünü düzenleyen kuralların ve bu bağlamda avukatın meslek sırrını saklama yükümlülüğünün ihlal edilmemesinin dikkate alınması gerektiği ileri sürülmekteydi⁴⁶⁵. Bununla beraber Adalet Bakanlığının bir genelge⁴⁶⁶ ile buralarda yapılacak aramaların savcı ve yardımcıları tarafından yapılmasına

⁴⁶³ Kanununun 33.maddesi, “*Cürmün niteliğine göre kabul edilebiliyorsa, sanıkta bulunan kâğıtlar ve eşyalar bir fiilin aydınlatılması için delil olabiliyorsa, bu durumda savcı sanığın evinde arama yapmak amacıyla derhal harekete geçebilir*” hükmünü getirmektedir.

⁴⁶⁴ Özbek, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, a.g.e., s.45.

⁴⁶⁵ Erem, Meslek Kuralları (Şerh), a.g.e., s.126.

⁴⁶⁶ Adalet Bakanlığının 11/37 sayı ve 27.03.1971 tarihli genelgesinden aktaran Donay, a.g.e. (1977), s.411. 1998 CMUK Tasarısı “*Avukatlık Bürolarında yapılacak aramaları doğrudan doğruya Cumhuriyet savcısı*

“azami dikkat ve itinanın” gösterilmesi istenmiştir.⁴⁶⁷ Yine CMUK m.89’da yer alan sanık ile müdafii arasındaki mektupların bu kimselerin yanında bulundukça zaptedilemezliği düzenlemesinden hareketle, bunların elde edilmesine yönelik arama kararı verilemeyeceği de kabul edilmekteydi⁴⁶⁸.

3. Aramanın Amacına Göre Türleri

Toplum tehlikelerden korumak ve oluşan tehlikeyi bertaraf etmek için, devlete tanınan arama yetkisi iki türdür. Anayasal hak ve özgürlüklerin, genel emniyet ve asayişin korunması ve tehlikenin önlenmesi için gerçekleştirilen arama işlemine “önleme araması”; suç işlendikten sonra, suçun ve failin ortaya çıkarılması için gerçekleştirilen arama işlemine ise “adli arama” denir.⁴⁶⁹ Her iki arama da Anayasa m.20/2’de karşılığını bulmaktadır⁴⁷⁰: “*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’⁴⁷¹ de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara elkonulamaz. 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.*”

Bu iki arama türü arasında dikkat çeken ilk özellik zamansal farklılıktır. Belirtilmelidir ki, her iki tedbir de temel hak ve özgürlükler bağlamında özellikle kişi özgürlüğü ve konut dokunulmazlığı hakkı bakımından (süreyle sınırlı olsa da) bir engelleme teşkil etmekle birlikte; önleme araması tedbiri sebep bakımından daha genel

idare eder” diyerek, genelgeyi yasalaştırma yoluna gitmiştir. Tasarı bunu da yeterli görmemiş, konunun önemine binaen “*Ayrıca, baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur*” hükmünü de getirmiştir. Özbek- Bacaksız, a.g.m., s.168, dn.36.

⁴⁶⁷ Donay, a.g.m., s.95.

⁴⁶⁸ Erem, Avukat Bürolarında Arama, a.g.m., s.3.

⁴⁶⁹ Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s. 1033.

⁴⁷⁰ Önleme araması bakımından hakim kararının aranmasının Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla AYM’ye yapılan başvuruya ilişkin AYM, şu gerekçeyle kuralın Anayasa’ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır: “*Anayasa’nın 20. maddesi, 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik çerçevesinde sadece adli aramalarda değil, özel yaşama müdahale oluşturan tüm aramalarda uygulanma olanağına sahiptir. Bu nedenle de madde ile öngörülen hakim kararı güvencesinden önleme aramalarının istisna tutulduğu düşünülemez.*” Aktaran Özbek- Bacaksız, a.g.m., s.154, dn.16.

⁴⁷¹ Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrinin aranması hakkındaki eleştiriler hakkında bkz. Bahri Öztürk- Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Yeni Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12.bs, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s.585 vd.

ifadelere dayanırken (kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık, vb.), adli aramada sebep daha spesifiktir. Nitekim CMK’da arama için “somut delillere dayalı kuvvetli şüphe”⁴⁷² şart olarak ele alınmışken, önleme araması için PVSK’da “haklı sebep” yeterli görülmüştür. Bununla birlikte adli arama da önleme araması da kararda belirtilen amaca yönelik olduğundan süreklilik arz etmez. Nihayet her iki arama tedbiri bakımından kural hakim kararının varlığıdır. Belirtilmelidir ki, kural hakim kararı olmakla birlikte gecikmesinde sakınca bulunan hallerde⁴⁷³ adli arama için yetkili merci, Cumhuriyet Savcısı (ulaşamadığı hallerde kolluk amiri⁴⁷⁴) iken; önleme araması için mahallin en büyük mülki amiridir⁴⁷⁵. Anlaşılacağı üzere adli arama bakımından istisnai olmakla birlikte kolluk amirinin yazılı arama emri verme yetkisi bulunurken, önleme araması bakımından böyle bir yetkisi bulunmamaktadır.

a. Müdafî Bakımından Önleme Araması ve Kapsamı

Önleme araması; milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin tehlikelere karşı korunması amacıyla başvuru olan önleyici bir tedbirdir (PVSK m.9). Genel olarak kamu güvenliğinin tehlikeye düşme ihtimaline karşı başvuru olan bir yoldur. Kamu güvenliği tehlikeye düşmeden ve henüz suç işlenmeden gerçekleştiği için, önleme araması idari işlem olarak nitelendirilmektedir.⁴⁷⁶

Öncelikle anayasal dayanağa (AY m.20/2) sahip önleme aramasına⁴⁷⁷ mevzuatta farklı düzenlemelerde de yer verilmiştir. Bu anlamda Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ilk akla gelen olmakla birlikte, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, Sıkıyönetim Kanunu, Olağanüstü Hal Kanunu gibi özel

⁴⁷² 6526 sayılı Kanun ile CMK m.116/1’de yer alan “makul” ibaresi “somut delillere dayalı kuvvetli” şeklinde değiştirilmiştir.

⁴⁷³ “Gecikmesinde sakınca bulunan hal” kavramı adli arama ve önleme aramaları bakımından ikili bir ayrıma tabi tutularak tanımlanmıştır. Tanımlar için bkz. Arama Yön. m.4.

⁴⁷⁴ Adli Kolluk Yönetmeliğinde “adli kolluk sorumlusu” tanımlandığı halde, “kolluk amiri” tanımlanmamıştır. Yönetmeliğin 3. maddesinde “adli kolluk sorumlusu”; İçişleri Bakanlığına bağlı Jandarma Genel Komutanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Sahil Güvenlik Komutanlığı ile Gümrük Müsteşarlığı tarafından atamalarındaki usule göre görevli adli kolluğun komutanı/amiri” olarak tanımlanmıştır. Buna göre, en yüksek kolluk amiri, il ve ilçe emniyet müdürleri, il ve ilçe jandarma komutanlarıdır. Aksoy, a.g.e., s.75.

⁴⁷⁵ “Mülki idare amiri”; illerde vali veya bu konularda yetkilendirdiği yardımcısı, ilçelerde ise kaymakamdır (Arama Yön. m.4).

⁴⁷⁶ Kunter- Yenisey- Nuhoğlu, a.g.e., s.1037.; Aksoy, a.g.e., s.22.

⁴⁷⁷ Anayasamızda her türlü arama için, Anayasada gösterilen sebeplere dayanan bir hakim kararı veya kanunla yetkili kılınmış idari bir makam tarafından verilmiş yazılı bir emir mevcut bulunmalıdır. Ancak, teknik hukuk açısından “arama” olmayan “denetimler” ve “idari kontroller” bunun dışındadır. (Arama Yön.m.18) Kunter- Yenisey- Nuhoğlu, a.g.e., s.1043.

kanunlarda da hukuki dayanağını bulmaktadır. İlk defa ise 2002 yılında, sonra da 2007 yılında yapılan değişikliklerle Polis Vazife Salahiyet Kanunu'nda düzenlemiştir. Buna göre; önleme araması yapılabilmesi için, kural olarak hâkimden⁴⁷⁸ karar alınması gerekir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise, mahallin en büyük mülki amirinin vereceği yazılı emirle önleme araması yapılabilecektir.

Önleme aramasında amaç⁴⁷⁹, henüz ortaya çıkmamış olan zarara ilişkin mevcut veya muhtemel tehlikenin bertaraf edilmesidir. Bu tür aramanın kapsamını ise, PVSK m.9'da belirtilen yerlerde bulunan kişilerin üstü, eşyası, aracı⁴⁸⁰ oluşturmaktadır. Bununla birlikte kişilerin konutunun, yerleşim yerlerinin ve kamuya açık olmayan işyerlerinin ve eklentilerinin önleme aramasına konu olamayacağı da açıkça belirtilmiştir⁴⁸¹ (PVSK m.9/5, Arama Yönetmeliği m.19/3). Kanun'da araç bakımından aramanın mümkün olabilirligi, buna rağmen konutların arama bakımından yasaklı olması araç ile konut arasındaki sınırın tespitini gerektirir. Bu kapsamda özellikle konuttan ne anlaşılması gerektiği önemlidir. Aşağıda değinilecek olmakla birlikte eğer bir kimsenin geçici de olsa oturmak amacıyla yerleştiği ve bu amaca tahsis ettiği her yeri konut olarak kabul edersek araç statüsünde sayılan karavan, tekne, kayık, vb.de konut olarak değerlendirmek gerekecektir.⁴⁸² Zira örneklenen bu tür yerler de, kullanan kimse tarafından başkalarının buraya girmesine rıza gösteremeyeceğini belirtecek şekilde dış dünyadan ayrılmış⁴⁸³ yerlerdir. Bu durumda ilgili yasal düzenleme karşısında (PVSK m.9) konutta önleme araması yapılamayacağından belirtilen yerlerde de önleme araması söz konusu olamayacaktır. Konut, yerleşim yerleri, kamuya açık olmayan işyerleri ve eklentileri dışında kalan yerler ise, gerek PVSK'da gerekse Arama Yön.'de arama yapılabilecek yerler tek tek sayılmış olsa da düzenlemelerin

⁴⁷⁸ 4711 sayılı Kanun'un m.10/B değişikliğinden önceki düzenlemede, hakim kararına dayanmaksızın yetki kullanılabilirdi. Anayasada 2001 yılında yapılan değişikliğe paralel olarak PVSK'nın 9. maddesi değiştirilmiş, ilke olarak hakim kararına bağlanmıştır.

⁴⁷⁹ Arama Yönetmeliği Madde 19 - *Önleme araması; a) Milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, b) Suç işlenmesinin önlenmesi, c) Taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti, amacıyla (...) yapılan arama işlemidir.*

⁴⁸⁰ Bkz. üst ve eşya aramasının icrası hakkında Arama Yön. m.28; araç araması hakkında m.29.

⁴⁸¹ PVSK m. 20 – (Değişik: 26/6/1973 - 1775/4 m.) *Zabıta, imdat istenmesi veya yangın, su baskını ve boğulma gibi büyük tehlikelerin haber verilmesi veya görülmesi halleri ile ağır cezalı bir suçun işlenmesine veya yapılmakta devam olunmasına mani olmak için konutlara, iş yerlerine ve eklentilerine girebilir.*

⁴⁸² Özbek- Bacaksız, a.g.m., s.166.

⁴⁸³ Konut kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan v.dğr. Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, a.g.e., s.451 vd.

lafzından⁴⁸⁴ anlaşılacağı üzere, kapsama dahil edilebilecek nitelikte olup, arama işlemi uygulanabilir.

Önleme aramaları belli yerlerde kontrol noktaları⁴⁸⁵ kurulmak suretiyle de yapılabilmektedir. Özellikle güvenlik önlemleri kapsamında güvenli özel alan haline getirilen ve belirli noktalarında güvenlik güçlerince arama yapılan toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yerlerde veya yakın çevrelerinde, miting alanlarında, konser, festival veya spor karşılaşmalarının düzenlendiği yerlerde polis, yetkili makamlarca usûlüne göre verilmiş yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arayabilecektir. Avukatın böyle bir durumda nasıl bir muamele göreceği önem taşımaktadır.⁴⁸⁶

Mevcut düzenlemeler dikkate alındığında, avukata ilişkin önleme aramaları konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Önleme aramalarına ilişkin hükümler herkesi kapsar nitelikte düzenlenmiş, kişi bakımından istisnai hükme yer verilmemiştir. Bununla birlikte Avukatlık Kanunu'nun ilgili maddesine bakıldığında; "*Avukatın üzerleri ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında aranamaz (Av.K. m.58/1)*" düzenlemesi karşısında, avukatın ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suç söz konusu olduğunda bile eğer suçüstü hali söz konusu değilse üzerinin aranmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır⁴⁸⁷. Bununla birlikte, Kanun'da yer alan "*avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı*" sınırlaması karşısında diğer durumların varlığı halinde- konuyla ilgili olarak önleme aramaları bakımından-avukatların üzerlerinin aranmayacağı sonucuna ulaşmak zorlama bir yorumu karşılamaktadır. Diğer bir ifadeyle,

⁴⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Arama Yön. m.19, PYSK m.9/1.

⁴⁸⁵ Bir suç işlendikten sonra söz konusu tedbirin uygulanması konusunda yasal boşluk olduğu görüşü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek- Bacaksız, a.g.m., s.152.

⁴⁸⁶ Bu konuya ilişkin Bölge İdare Mahkemesi'nin 16.02.2005 tarih ve 2004/3869 esas ve 2005/554 karar sayılı kararı hakkında bkz. Kemal Vuraldoğan, "**Avukatın Üzerinin Aranması Sorunu ve Avukat Vuraldoğan Davası**", (çevrimiçi) http://www.turkhukuksitesi.com/makale_187.htm, erişim Tarihi: 22. 02. 2014.

⁴⁸⁷ "*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 bulunduğuna, davacının manevi zararının karşılanmasına, haksız zenginleşmesine de yol açılmamasını sağlamak üzere takdirenen manevi zararın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalı İdare tarafından davacıya ödenmesine ve fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmesi hukuka uygundur.*" Danıştay 8. Dairesi, E. 2010/5626, K. 2010/6024, K.T. 12.11.2010, (çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 25.03.2014.

bunun sadece adli aramaya ilişkin bir sınırlama olup; yargı görevini yerine getiren diğer kişiler gibi, avukatlarında önleme aramaları bakımından herhangi bir muafiyeti bulunmadığını⁴⁸⁸ kabul gerekir. PVSK m.9’da belirtilen sebeplere yönelik tehlikenin varlığı durumunda usulüne uygun alınmış arama kararı karşısında herkes gibi müdafinin de üstü, eşyası, aracı aranabilecektir. Belirtilmelidir ki, avukatın aranması, haklı ve gerçekten önemli güvenlik nedenlerine dayanarak yapılabilir⁴⁸⁹.

Avukatın mesleği ile ilgili olarak orada bulunduğunu veya aracının ve eşyasının yerine getirdiği görevi sebebiyle aranamayacağını ileri sürmesine rağmen yapılacak aramanın hukuka uygun olup olmadığı meselesi yürürlükteki mevzuat çerçevesinde ancak bu konuya ilişkin yasal bir düzenleme ile netlik kazanacaktır. Nitekim 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 86. maddesinde kapalı ve açık ceza infaz kurumlarına, kurum görevlileri ve dış güvenlik görevlileri dahil olmak üzere, sıfat ve görevi ne olursa olsun, ceza infaz kurumlarına girenlerin duyarlı kapıdan geçmek zorunda olduğu belirtildikten sonra; milletvekilleri, mülkî amirler, hâkim, Cumhuriyet savcıları ve bu sınıftan sayılanlar, avukatlar⁴⁹⁰, noterler, ceza infaz kurumları ve tutukevleri kontrolörleri, izleme kurulu başkan ve üyeleri, uluslararası sözleşmelerle yetkileri tanınmış kişi ve kuruluşların temsilcileri, ceza infaz kurumu ve tutukevi koruma birlik komutanı ile kurum müdürünün üstlerinin ağır cezayı gerektiren suçüstü hâlleri dışında elle aranmayacağı düzenlemesine yer vererek genel kurala istisna⁴⁹¹ getirilmiştir.

⁴⁸⁸ Kunter- Yenisey- Nuhuğlu, a.g.e., s.955. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü de; görüş istenmesi üzerine verdiği 2002 tarih ve B0030HIG000000-8 sayılı cevabi yazısında, avukatların önleme aramaları bakımından herhangi bir muafiyete sahip olmadıklarını belirtmiştir. Aksoy, a.g.e., s.116.

⁴⁸⁹ Sinan Kocaoğlu, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.1, 2012, ss.43-69, s.51.

⁴⁹⁰ Ceza infaz kurullarına girişte avukatların üstlerinin aranması ile ilgili olarak önceki ve genel nitelikli olan Avukatlık Kanunu değil, sonraki ve özel nitelikteki kanun olan 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun uygulanacaktır. A.e., s.53.

⁴⁹¹ Danıştay Onuncu Dairesi’nin 26.6.2002 günlü, E. 2000/776, K. 2002/2531 sayılı “*Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevlerindeki Yönetim, Dış Koruma ve Sağlık Hizmetlerine İşlerlik Kazandırılmasına İlişkin Protokol’ün; ceza ve tutukevlerine girişte avukatların üzerlerinin, çanta ve eşyalarının fiziki aramaya tabi tutulacağını öngören 6. maddesinde, tutuklu ve hükümlülerin avukat görüş mahalline alınmadan önce ve görüşten sonra elle üzerlerinin aranacağını düzenleyen 11/2-3. maddesinde, kapalı infaz kurumları ile tutukevlerine giren ve çıkan tüm araçların aranacağını öngören 24. maddesinde hukuka aykırılık yoktur.*” kararı, bozulması istemi ile Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun önüne getirilmiştir. Genel Kurul, “(...) ceza ve tutukevlerinin özel nitelikte gözetim ve denetim gerektiren kurumlardan olduğunun, içerisinde bulunduğu koşulların, bu kurumların işleyişinin daha düzenli yapılmasını zorunlu kıldığına tartışmasız olduğu, kurumun özelliği gereği içeriye giriş ve çıkışlar sırasında yapılacak aramaların da daha özenli ve ayrıntılı olarak gerçekleştirilmesinin zorunlu bulunduğu, bu nedenle, ceza ve tutukevlerindeki gözetim ve denetim görevinin en etkin biçimde yapılabilmesi ve avukatlık görevinin her türlü isnat ve iftiralarından da korunmasını sağlamak amacıyla getirilen düzenlemede hukuka aykırılık

b. Müdafî Bakımından Adli Arama ve Kapsamı

(1) Genel Olarak Adli Arama

Adli arama⁴⁹², delil veya müsadereye tabi saklı eşyayı elde etmek ya da saklanan şüpheli, sanık ve hükümlüyü yakalamak için başvurulmuş bir tedbir olup, bu amaca ulaşmak için gerek suç işlediğinden şüphelenilen kişi gerekse şüphe altında bulunmayan üçüncü kişiler⁴⁹³ hakkında geçici olarak uygulanabilir. Ceza muhakemesi hukukunda adli arama, diğer koruma tedbirleri gibi maddi gerçeğin araştırılması için gerçekleştirilen bir koruma tedbiri olup, olayın aydınlatılması için delil bulmak amacıyla kullanılan ve bu bağlamda özellikle “yakalama” ve “elkoyma” tedbirlerine hizmet eden araçlardan biridir.⁴⁹⁴ Diğer bir ifadeyle, ceza yargılamasında maddi gerçeğin ortaya çıkması bakımından yargılama süreçlerini bir sonraki aşamaya ulaştıran basamaktır. Bu bakımdan aramanın, hiçbir zaman doğrudan doğruya sadece arama amacına hizmet etmeyeceği sonucuna varmak mümkündür⁴⁹⁵.

Belirtilmelidir ki; arama ister soruşturma aşamasında veya kovuşturma aşamasında ya da şüpheli veya sanığı yakalamak amacıyla yapılsın, isterse müsadereye tabi eşyanın ele geçirilmesi için elkoyma veya delil araştırması amacıyla yapılsın “orantılılık”⁴⁹⁶ ortak

görülmediği, 1136 sayılı Kanunun 4667 sayılı Kanun ile değişik 58. maddesinde, ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında avukatın üzerinin aranmayacağı hükmü getirilmiş ise de, dava konusu protokol ve işlemlerde öngörülen aranma amacının, nitelik ve kapsamı yukarıda açıklandığı üzere savunma hakkının kullanımıyla ve 4667 sayılı Kanun ile öngörülen esaslarla ilgisinin bulunmadığı, (...) gerekçesiyle Danıştay Onuncu Dairesince verilen kararı usul ve hukuka uygun bulmuştur. E. 2002/1026, K. 2003/924, K.T. 18.12.2003, (çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 24.04.2014.

⁴⁹² Adli aramaya ilişkin en ayrıntılı ve kapsamlı tanıma Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği md.5’te yer verilmiştir. Buna göre, “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.

⁴⁹³ Madde 117 – (1) Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir. (2) Bu hâllerde aramanın yapılması, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır. (3) Bu sınırlama, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile, izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli değildir.

⁴⁹⁴ Öztürk- Erdem, a.g.e., s.533.

⁴⁹⁵ Veli Özer Özbek- Pınar Bacaksız, “Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Arama”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 1, S.1, ss.145- 206, s.148.

⁴⁹⁶ “... Davanın özel koşulları altında arama ve elkoyma emrinin, izlenen meşru amaçla orantılı olması hususunda AİHM, içtihadında tespit edilen ilgili kriterleri göz önüne alarak, öncelikle arama ve elkoymanın öngörüldüğü suçun, yalnızca bir trafik kuralının ihlaline ilişkin olduğunu gözlemlemektedir. Bu tür bir düzenlemenin ihlali, fazla önemli olmayan hafif bir suçtur. Bu nedenle, Almanya hukuku uyarınca cezai suç kategorisinden çıkarılmıştır. (...) Ayrıca AİHM, söz konusu suç, başvurana ait

paydayı oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle, arama işleminin uygulanması ile elde edilecek faydanın, yargılamaya yapacağı katkının bu tedbir sebebiyle müdahalede bulunulan haklar bazındaki ihlallere nazaran önemli ve kabul edilebilir olması gerekir.

Adli arama tedbiri CMK’da düzenlenmiş olan bazı koruma tedbirleri gibi salt şüpheli⁴⁹⁷ veya sanık ile sınırlı olmayıp, şüpheli veya sanık ile doğrudan veya dolaylı ilişkisi bulunan diğer kişileri de kapsamaktadır.⁴⁹⁸ Bu kapsamda vurgulanması gereken husus, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar hakkında da aramanın mümkün olmasıdır.⁴⁹⁹ “Diğer kişiler”in bu tedbire maruz kalması, suç şüphesi altındaki kişinin veya suç delillerinin, diğer kişinin üzerinde, konutunda, aracında, işyerinde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığı sebebiyledir. Diğer bir ifadeyle, bu kişiler ya aranan şeyi elinde bulunduran ya da aranan kişi yanında bulunanlardır⁵⁰⁰. Bununla birlikte belirtilmelidir ki, şüpheli veya sanık için aranan somut delillere dayalı kuvvetli şüphe, diğer kişiler söz konusu olduğunda yeterli olmayacaktır. Aşağıda bu hususa tekrar değinilecektir.

CMK m. 119 gereği, adli aramaya karar verme yetkisi kural olarak hâkime aittir. Aramayı yapacak olan ise kolluk görevlileridir.⁵⁰¹ Adli arama kararını soruşturma

şirketin arabası ile işlenmiş olsa dahi, arama ve elkoymaya ilişkin kovuşturma başvuruca karşı değil başvuruca oğluna yöneltilmiştir. Dolayısıyla başvuruca söz konusu yargılama açısından üçüncü kişidir. (...) Davanın özel koşulları, özellikle de söz konusu arama ve elkoymanın, üçüncü tarafın işlediği iddia edilen, bir düzenlemenin önemsiz şekilde ihlal edilmesi ile bağlantılı olarak öngörüldüğü ve başvuruca şahsi ikamet yerinde yapıldığı göz önüne alındığında AİHM, müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olduğunun kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır.” Buck/ Almanya, 41604/98, 28.04.2005 tarihli AİHM kararından aktaran Tezcan v.dğr., a.g.e., s.77-78; “Avukat ile vekili arasındaki güven ilişkisinin korunması, etkili bir hukuksal sistemin mevcudiyetine yönelik genelin yararının bir sonucudur. Bu husus, bir ceza muhakemesi zorlayıcı tedbirinin değerlendirilmesinde özel bir dikkati gerektirmektedir. 15 Euroluk bir idari para cezasını gerektiren bir trafik kabahati nedeniyle bir avukatın bürosunun aranması açık bir şekilde uygunsuz ve bu nedenle de ağır bir biçimde orantısız ve keyfidir.” (Alman AYM., 07.09.2006, 2 BvR 1141/05, ABRUF-NR. 063364) aktaran Gercke, Avukat Bürolarının Aranması, a.g.m., s.158.

⁴⁹⁷ Mülga Kanuna göre, “şüphe altında bulunan kimselere” yani, henüz şüpheli sıfatını almayan kişiler için de adli arama yolunu açmıştı (CMUK m.94). CMK ise, “şüpheli veya sanık” terimini kullanarak (CMK m.116), adli arama yapılmasını, soruşturmanın başlatılması koşuluna bağlayarak, zorlaştırmıştır. Kunter-Yenisey- Nuhoğlu, a.g.e., s.1055.

⁴⁹⁸ Kusur yeteneği olmayan kişiler hakkında kusur yeteneği olmadığından dolayı hakkında şüpheli veya sanık sıfatıyla arama yapılamayacağı, ancak “diğer kişiler” olarak aranabilecekleri görüşü hakkında bkz. Özbek, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, a.g.e., s.411 vd; aksi görüş için bkz. Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, a.g.e., s.243.

⁴⁹⁹ Erem, Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, a.g.e., s.483.

⁵⁰⁰ Özbek- Bacaksız, a.g.m., s.164.

⁵⁰¹ Adli Arama Yön. m.4 uyarınca, “Kolluk: Jandarma, polis, sahil güvenlik ve gümrük muhafaza görevlilerini” ifade eder. Yargıtay bu konuya ilişkin “5271 Sayılı CMK.nın 119.maddesi ve yönetmeliğinin 4.maddesine göre orman muhafaza memurları kolluk tanımı içerisinde yer almadıkları, mahkeme kararının usul yönünden arama talebinin reddine ilişkin gerekçesinde belirtilmesi karşısında,

aşamasında sulh ceza hâkimi; kovuşturma aşamasında ise o davanın görüldüğü mahkeme verir. Arama kararı dosya üzerinden verilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde⁵⁰² ise Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile arama yapılabilir. Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan hallerde ise; “konut, iş yeri ve kamuya açık olmayan diğer kapalı alanlar” dışında kalan yerler için, kolluk amirinin yazılı emri⁵⁰³ ile arama yapılabilir. Bu sayılan alanlarda kolluk amirine izin verme yetkisi tanınmamıştır. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları derhal Cumhuriyet Başsavcılığı’na bildirilmelidir.⁵⁰⁴

Arama, kural olarak gündüz yapılır. CMK m.118’de de bu kural “ Konutta, işyerinde ve diğer kapalı alanlarda gece vakti⁵⁰⁵ arama yapılmaz.” şeklinde ifade edilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise bu kuralın istisnalarına⁵⁰⁶ yer verilmiştir. Buna göre; *suçüstü hali, gecikmesinde sakınca bulunan hal, yakalanmış veya gözaltına alınmış olan kişinin firar etmesi, firar eden tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması hallerinde* gece arama yapılabilir.

orman muhafaza amirinin emri ile arama yapılamayacağı cihetle itirazın bu yönden kabulü gerekir.” sonucuna varmıştır. (3.CD, E. 2006/9884 K. 2007/6845 K.T. 25.9.2006) Karar için bkz. (çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 25.02.2014

⁵⁰² “Soruşturma ve kovuşturma işlemleri, gerçekleştirildiği tarihte yürürlükte bulunan usul kurallarına uygun olmalıdır. Arama işleminin yapıldığı tarihteki yasal düzenlemelere göre, arama ancak hakim kararıyla mümkündür. Cumhuriyet Savcıları 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 hâkime başvurup karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi halinde o tedbirin uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması halinde dahi beklenen faydayı vermemesi söz konusu olmalıdır.” YCGK, E. 2009/7-160, K. 2009/264, K.T. 17.11.2009; (çevrimiçi) www.kazanci.com.tr; erişim tarihi: 05.02.2014.

⁵⁰³ Arama Yönetmeliği m.8’de sayılan durumların varlığı halinde kolluk tarafından arama kararı veya emri alınmaksızın arama yapılabilir.

⁵⁰⁴ Anayasamızda, “yetkili merciin vereceği arama emrinin 24 saat içinde hâkimin onayına sunulması” emri yer almaktadır (AY m.20,21). Ancak, CMK m.119’da, “kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan aramanın sonuçları C. Başsavcılığına derhal bildirilir.” hükmü varsa da, savcı emrinin veya kolluk amirinin yazılı arama emrinin hâkimin onayına sunulması düzenlenmemiştir. Bu boşluk, Anayasanın “kendiliğinden uygulanabilecek nitelikteki” hükmü ile doldurulmalı ve bu tür emirler derhal hakim onayına sunulmalıdır. Kunter- Yenisey- Nuhoğlu, a.g.e., s.1066. Aksi yönde bkz. Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.401.

⁵⁰⁵ TCK m.6/1-e uyarınca, “Gece vakti deyiminden; güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvel kadar devam eden zaman süresi anlaşılır.”

⁵⁰⁶ CMUK’da bu istisnalar daha fazladır. Madde 96 uyarınca, “Meşhut cürüm ile tehirinde mazarrat görülen haller veya firar eden bir mevkuf veya mahpusun tekrar yakalanması hali müstesna olmak üzere meskende veya iş mahalleri ile sair kapalı yerlerde gece vakti aranma yapılmaz. Bu takayyüt Emniyeti Umumiye İdaresinin hususi nezareti altında bulunan şahısların oturdukları yerlerle geceleyin herkesin girip çıkabileceği mahaller yahut mahkûmların toplanma veya sığınma veya suç ile elde edilen eşyayı saklama mahalli veyahut gizli kumar yerleri veya umumhaneler gibi polisçe maruf olan yerler hakkında cari değildir.”

Arama, kolluk tarafından gerçekleştirilir⁵⁰⁷. Arama sırasında hakkında arama kararı verilen kişinin avukatı da hazır bulunabilir. Arama sonunda hakkında arama işlemi uygulanan kimseye istemi üzerine, aramanın kanunda belirtilen şartlara uygun yapıldığını eğer arama sırasında el konulan eşya varsa bunların listesini içerir belge⁵⁰⁸ verilir. Aramanın usulüne uygun yapılmaması TCK'da suç olarak düzenlenmiş olup, hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisinin üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı (m.120) hükme bağlanmıştır.

Aramaya ilişkin genel kurallar bunlar olmakla birlikte, savunma hakkının sağlam tutulması, meslekî sırlarının korunması ve müdafî ile müvekkili arasındaki ilişkilerin tam bir gizlilik içinde yürütülmesinin sağlanması amacıyla müdafie yönelik arama işlemlerinde ayrı ve istisnai usuller getirilmiştir.⁵⁰⁹ Nitekim AİHM, bir mahkeme kararına dayalı olsa bile avukatlık bürolarının, güvenin ve gizliliğin öne çıktığı adli birimler olarak niteleyerek ayrıcalıklı konumu ve avukatlık mesleğinin özellikleri sebebiyle gelişigüzel aranamayacağını vurgulamaktadır⁵¹⁰. Yine AİHM, avukat bürolarına ilişkin koruma önlemlerinin, yalnızca ilgili avukatın devam eden bir yargılama ile ilişkisinin olması halinde değil, diğer olasılıkların varlığı halinde de geçerliliğini koruması gerektiğini; zira avukatlara tanınan susma hakkının korunmasının aynı zamanda avukatın müvekkiline de hizmet ettiğini ve avukata karşı gerçekleştirilecek hukuka aykırı bir arama ve elkoymada hakkı ihlal edilen diğer kişinin müvekkili olacağını belirtmektedir⁵¹¹. Bu bağlamda Turin İlkeleri'nde de bu hususa ilişkin açık düzenlemeye yer verilmiştir: “*Avukatlar mesleklerini*

⁵⁰⁷ “5188 sayılı Kanunla yetkili kılınan özel güvenlik görevlilerinin arama yapabilmesi mümkün değildir. Ancak bu kısıtlama, alışveriş merkezlerinde, eğlence yerleri ile konser ve stadyumlarda mağdurun rızası ve özel mülke giriş şartı ve havaalanı, havalimanı, okul gibi alanlarda da yine mağdurun rızası ve hizmet almanın şartı olarak gösterilmektedir. Bir başka ifadeyle, Anayasaya aykırı şekilde arama tasarrufunun tatbik edildiği görülmektedir. Oysa özel mülkte ve kamu görevlisi gibi kabul edilen özel güvenlik görevlilerinin haricinde, bu gerekçeler belki dayanak bulmakla birlikte, Anayasa m.20/2 ve 21'in açık hükümleri karşısında, hakimin kararı ve kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emri bulunmaksızın, x-ray, dedektör ve denetleme cihazları hariç önleyici maksatlı arama yapılabilmesi mümkün değildir.”Şen, Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması, a.g.m., s.339.

⁵⁰⁸ “AİHM... iç hukukun, polislin davranışlarının yasallığı hususunda savcılığın denetim sağlamasına imkan veren arama tutanağının onaylanması hususunu özellikle öngördüğünü tespit etmektedir. Bu türden bir onayın tamamıyla ve haksız bir şekilde bulunmaması, yetkili makamların dava konusu arama işleminin yasa ile belirlenmiş olan usullere uygun olarak yapılması hususuna dikkat etmediklerini ortaya koymaktadır. (...) Arama işleminin tamamlanması sonrasında, yasal usullere uyulmadığı ortaya çıkmaktadır ve bu nedenle AİHS'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.” L.M. /İtalya, 60033/00, 8.2.2005 tarihli AİHM kararı'ndan aktaran Tezcan v.dğr., İnsan Hakları El Kitabı, a.g.e., s. 77.

⁵⁰⁹ Mustafa Artuç/ Cemil Gedikli, **TCK – CMK – CGİK Çocuk Koruma Kanunu Getirilen Yenilikler**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s.494; (çevrimiçi):www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/cmkmaddegerekce.docerişim tarihi:1) ,7.02.2014)

⁵¹⁰ Dinç, a.g.e., s.246.

⁵¹¹ Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.434.

*müdahale veya kısıtlamaya maruz bırakılmadan tam bir mesleki dokunulmazlık içinde icra etme hakkına sahiptirler. Avukatın bürosunda yasaya aykırı olarak arama yapılamaz.”*⁵¹²

Yargının kurucu unsurlarından avukatlar hakkında ayrıcalıklı düzenlemelerin kabul edilmesi, yargının diğer kurucu unsurları hakim ve savcı karşısındaki konumunun da dengelenmesinin sağlanması bakımından gerekli olmakla birlikte hala yeterli değildir. Zira hakimler ve savcıların bürolarının⁵¹³ ve konutlarının aranamayacağı kabul edilmiş olup, tek istisna ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hali olarak düzenlenmiştir⁵¹⁴. Hakim ve savcılara ilişkin tanınan ayrıcalığın karşısında, avukatın bu durumlarda genel hükümlere tabi olacağını kabul, silahların eşitliği ilkesini ve savunma bağımsızlığını zedeleyici sonuçlar doğmasına neden olacaktı. Yargı görevi yapan olarak avukatın da bürosu ve konutu hakkında yapılacak arama ve elkoymanın, hakim ve savcılar hakkındaki arama ve elkoyma gibi yapılması daha yerinde olacaktır⁵¹⁵.

Bununla birlikte belirtilmelidir ki, avukatın suç şüphesi altında bulunan kişi olması ihtimalinde dahi, arama işlemi aramaya yetkili olanlar tarafından sınırlı ve dikkatli gerçekleştirilmeli, ayrıcalıklı konulara ilişkin, örneğin avukat ile diğer müvekkileri arasındaki iletişimin içeriğinin açığa çıkmaması için, haksız müdahalenin en aza indirilmesi, yeterli ve uygun önlemlerin sağlanmasını gerektirir⁵¹⁶.

(2) Müdafî Bakımından Adli Aramanın Konu İtibariyle Kapsamı

Adli aramanın kapsamını konu itibariyle üst araması, eşya araması, aracın aranması son olarak konut, işyeri ve diğer kapalı yerlerin aranması olarak ifade etmek mümkündür. Eklenmelidir ki; günümüzde bilgisayar teknolojisinin insan hayatı bakımından “vazgeçilmezliği”, ceza muhakemesinde bilgisayar aracılığıyla elde edilen delilleri de önemli hale getirerek özellikle arama ve el koyma tedbirleri bakımından buna ilişkin yasal düzenlemelere gidilmesini gerektirmiştir.

⁵¹² Turin İlkeleri, 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Yönetmelikler ve Diğer Düzenlemeler, a.g.e., s.289.

⁵¹³ “Kanun koyucunun 88. maddede “büro” kavramına yer vermemesi de bir sorun teşkil etmeyecektir. Çünkü özel hayatın gizliliği ve korunması bakımından daha hassas ve önemli bir yere sahip olan konutta arama yapılamadığı bir durumda, hakim ve savcının ofisinde ve işyeri için kullandığı diğer yerlerde arama yapılabilmesi düşünülemez.” Şen, Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması, a.g.m., s.343.

⁵¹⁴ Hakimler ve Savcılar Kanunu m.88, “Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halleri dışında suç işlediği ileri sürülen hakim ve savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz, sorguya çekilemez. Ancak, durum Adalet Bakanlığına derhal bildirilir. Birinci fıkra hükümlerine aykırı hareket eden kolluk kuvvetleri amir ve memurları hakkında yetkili Cumhuriyet savcılığı tarafından genel hükümlere göre doğrudan doğruya soruşturma ve kovuşturma yapılır”.

⁵¹⁵ Öztürk- Erdem, a.g.e., s.621.

⁵¹⁶ Goldstock- Chananie, a.g.m., s.1856.

Bir kimsenin üzerinin aranması⁵¹⁷, üstüne giydiği kıyafetlerinin içinde veya altında, delil olabilecek şeylerin, tıbbi yöntemlere başvurmadan, beş duyu organıyla araştırılmasıdır.⁵¹⁸ Üst araması⁵¹⁹, Anayasa’da hukuki dayanağını bulan kişinin dokunulmazlığı hakkıyla⁵²⁰ doğrudan ilgilidir. Burada vurgulanması gereken husus, üst aramasının sınırlandırılmasıdır. Bu aramanın “beden muayenesine”⁵²¹ dönüşmemesi gerekir. Dönüşmesi durumunda, artık ilgili düzenlemede yer verilen şartların varlığı aranacaktır. Gerek şüpheli veya sanık statüsünde gerekse diğer kişi olarak müdafî bakımından üzerinin aranıp aranmayacağı konusunda CMK’da ayrı bir düzenlemeye gidilmemiştir. Vekil-müvekkil ilişkisi kapsamında şüpheli veya sanık ile ilgili olarak müdafîin üstünün aranması mevcut düzenlemeler ışığında mümkün değildir. Bunun aynı zamanda yukarıda müdafîin hak ve yükümlülükleri bahsinde açıklanan sır saklama yükümlülüğü, tanıklıktan çekinme yükümlülüğü ve hakkının⁵²² da doğrudan bir sonucu olduğunu kabul gerekir.

Suç delillerinin tespiti ya da müsadereye tabi eşyanın ele geçirilmesi için şüphelinin, sanığın veya suçla ilgisi olmayanın eşyası aranabilir. Bu bağlamda “eşya”dan, maddi bir varlığa sahip olan ve delil olabilecek, taşınabilen ve mülkiyete konu olabilen her şey anlaşılır.⁵²³ Eşyanın aranabilmesi için somut delillere dayalı kuvvetli şüphe⁵²⁴ aranır,

⁵¹⁷ Üst araması kıyafetlerin üzerinde yoklama suretiyle yapılır. Kişinin kanunlara göre izin verilmeyecek bir şeyi taşıdığına ilişkin makul şüphenin bulunması ve aramanın amacına başka türlü ulaşılamaması hâlinde, üst araması giysiler çıkartılmak suretiyle yapılabilir. (Arama Yön. m.28)

⁵¹⁸ Öztürk- Erdem, a.g.e., s.539.

⁵¹⁹ Üst aramalarının çoğunluğu tutuklamayı takiben yapılmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Füsun Sokullu Akıncı, “Kişinin Üzerinin Aranması ve İnsan Hakları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.9, S.1-3, İstanbul, 1988, ss. 261-269, s.262 vd.

⁵²⁰ Anayasa m.17 uyarınca, “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz. Meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.”

⁵²¹ CMK m.75/1 uyarınca; “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, turnak 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 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.”

⁵²² Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.384.

⁵²³ Öztürk v.dğr., a.g.e., s.439; Özbek, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, a.g.e., s.117; Aksoy, a.g.e., s.63; Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, a.g.e., s.243.

⁵²⁴ “Kolluk görevlileri tarafından düzenlenen tutanağa göre, gündüz vakti devriye görevi sırasında durumu şüpheli görülen ve çeşitli suçlardan kaydı bulunduğu bilinen sanığın durdurularak elinde bulunan siyah

eşyanın kimin mülkiyetinde bulunduğu önem arz etmemektedir. Bu bakımdan eşya üzerindeki fiili hâkimiyet yeterlidir. CMK’da yer verilen düzenleme gereği müdafinin fiili hâkimiyetinde bulunan eşyanın söz konusu olması halinde eğer bürosunda ise, ister mesleği sebebiyle, isterse mesleği ile ilgili olmayan bir sebepten dolayı arama yapılabilmesi aşağıda ayrıca incelenecek olan şartların varlığına bağlı olacaktır. Bununla birlikte konutunda bulunan eşyanın söz konusu olması halinde arama yapılabilmesi CMK’da konuya ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte Av. K’da yer verilen özel düzenleme (m.58/1) gereği istisnai şartlara bağlı olarak aramanın gerçekleştirilmesi ancak mesleğinden kaynaklanan suçlar nedeniyle mümkün olabilecektir.

Araç hakkında eşya kapsamına dahil edilmeyerek ayrıca normatif düzenlemeye gidilmesi hareketli obje olması sebebiyle, aynı delili bir daha ele geçirememeye tehlikesindedir.⁵²⁵ Aramanın “araçta arama”⁵²⁶ işlemi olarak kabul edilebilmesi için, aracın kamuya açık bir yerde olması gerekir. Bir evin garajında bulunan araç hakkında yapılan arama işlemi konutta yapılan arama kapsamında kalacağından, “konutta arama” işleminin şartlarına göre yapılmalıdır.⁵²⁷ Yine araçta aramadan söz edebilmek için, polisin

poşette yapılan aramada, ambalaj içinde bir adet erkek kazağının bulunduğu, sanığın söz konusu kazağı "Alinterim" isimli işyerinden birinin defolu diye verdiğini beyan etmesi üzerine anılan iş yeri sahibi yapılan görüşmede, kazağın kendilerine ait olup iş yerlerinin önünde bulunan sepetten alınmış olduğunu, ancak para ile mi, parasız mı alındığını bilmediğini belirtmesi nedeniyle sanığın yapılan üst aramasında emanette kayıtlı olan ve 6136 sayılı Yasa kapsamında olduğu belirlenen sustalı çakının ele geçirildiğinin anlaşılması karşısında; gündüz vakti cadde üzerinde yürürken kolluk güçlerince durdurulan sanığın elinde bulunan poşetin aranması için ortada "makul şüphe"yi gerektiren olgular ve buna bağlı olarak da arama kararı veya emri verilebilmesinin koşulları bulunmadığı halde, sanık hakkında yalnızca "çeşitli suçlardan kaydı bulunduğu" gerekçesiyle, hukuka aykırı bir şekilde yapılan arama sonucu delil elde edilmiştir. Sanık hakkında yalnızca "çeşitli suçlardan kaydı bulunduğu" gerekçesiyle hukuka aykırı bir şekilde yapılan arama sonucu elde edilen deliller ile buna ilişkin düzenlenen tutanağa dayanılarak, atılı hırsızlık ve 6136 sayılı Yasa'ya aykırılık suçlarından sanığın hükümlülüğüne karar verilmesi hukuka aykırıdır." Y 2.CD, E. 2012/29290, K. 2013/27219, K.T. 20.11.2013 (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 03.03.2014.

⁵²⁵ Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e.,s.1071

⁵²⁶ Aracın durdurulması ile aranması farklı kavramlardır. PVSK m.4A/1’de düzenlenmiş olan aracın durdurulması; a) Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek, b) Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek, c) Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek, ç) Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek, amacıyla yapılabilir. Hükümden anlaşılacağı üzere hem önleme araması için hem de adli arama için söz konusu olabilir. Bununla birlikte durdurulan araçta arama yapılması m.4A/6 hükmü uyarınca “Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Ancak bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez.” genel düzenlemeye tabidir.

⁵²⁷ Aksoy, a.g.e., s.65.

aracın içine girerek emare elde etmesi gerekecektir; aracın penceresinden içeriye bakarak gördüğü emareleri değerlendirmesi bu kapsamda değildir.⁵²⁸

Bu bağlamda Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin aracın durdurulması ve aranması konusundaki tespiti önemlidir.⁵²⁹ Mahkeme'ye göre, *böyle bir durumda motorlu araç kişinin "konutu" olmadığı için, "özel hayatın gizli alanı" kavramı burada daha geniş yorumlanır. Zira, araç seyir halindeyken, araç ve içindekiler kamuya açık yollarda herkes tarafından görülebilir. Bu nedenlerle, araç içinde yolculuk eden şahısların özel hayatlarının korunması bakımından daha az bir beklenti içinde oldukları varsayılır.* Nihayet araç araması sırasında rastlanan özel kâğıt ve zarflar, içinde müsadereye tâbi bir eşya bulunması ihtimali dışında açılmaz; açılrsa dahi yazılı bilgiler okunamaz. (Arama Yön. m.29/6) CMK' da müdafinin aracının aranması bakımından özel bir düzenleme yapılmamıştır⁵³⁰. Bu durumda müdafinin aracının da genel arama için öngörülen genel şartlara tabi olduğu sonucu çıkmaktadır. Ancak müdafinin bürosu hakkında arama tedbirinin uygulanmasında özel düzenlemeye gidilmesini gerektiren sebepler aracı için de geçerli olduğundan aracının aranması bakımından da ayrı özel bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

Konutta adli aramaya ilişkin genel çerçeveye Anayasa'da⁵³¹ yer verilmiş olmakla birlikte konuttan ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Koruma tedbirleri bağlamında konut Ceza Kanunu'nda dayanağını bulan "konut dokunulmazlığını ihlal suçu (TCK m.116)" temelinde açıklanabilir. Zira arama koruma tedbiri özünde konut dokunulmazlığına müdahaleyi barındırır⁵³². Ceza hukuku bakımından konut, yerleşim yeri kavramından farklı kapsama sahiptir. Yerleşim yeri, bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle

⁵²⁸ Kunter- Yenisey- Nuhoğlu, a.g.e., s.1052

⁵²⁹ Karar hakkında bkz. Scott Optican, "Amerika, Kanada ve Yeni Zelanda'da Hukuka Aykırı Deliller, Arama ve İkrar", **Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller**, 2.bs, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2007, 36-86, s.56.

⁵³⁰ Şen, Av. K. m.58'de yer alan "*Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranmaz.*" düzenlemesinin avukatın otomobilini ve kullandığı diğer araçlarını da kapsadığını ileri sürmüştür. Görüş hakkında bkz. Şen, Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması, a.g.m., s.342.

⁵³¹ Anayasa m.21 uyarınca; "*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 açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.*"

⁵³² Özbek- Bacaksız, a.g.e., s.165.

oturduğu yer⁵³³ olup, bir kimsenin sadece bir yerleşim yeri olabilir (4721 sayılı MK m.19). Konut ise bunun aksine bir kimsenin geçici de olsa oturmak amacıyla yerleştiği ve bu amaca tahsis ettiği her yeri ifade eder. Bu bilgiler ışığında, konutun yerleşim yerinden daha kapsamlı olduğu sonucuna varmak mümkündür.

Konut kavramına ilişkin en geniş tanımı ise Önder vermektedir.⁵³⁴ Buna göre; “bulunduğu yer, açık veya kapalı olması, yapı şekli, toprağa bağlı olup olmaması, devamlı veya geçici olması önemli olmayıp, tahsis iradesinin dıştan anlaşıldığı, kişi veya kişilerin ihtiyaçlarını gidermek için melce (yuva) olarak kabul ettiği ve bunu fiilen gerçekleştirdiği, fiilin işlenmesi anında içinde bulunulması gerekmeyen yer” konuttur. Konut ile içinde barınanlar arasındaki hukuki bağın mutlaka mülkiyet olması da gerekli değildir. Tahsis iradesinin hakka dayanması yeterli olup, zilyetlik de bu kapsamda değerlendirilebilecektir⁵³⁵. Nitekim AİHM, Menteş ve diğerleri/ Türkiye (28.11.1997) davasında, “başvurucu konutta düzenli olarak kaldığı sürece, söz konusu yerin konutu olarak görülmesi için, başvurusunun konutun sahibi olması veya konuttaki varlığının daimi olması gerekmediği”⁵³⁶ sonucuna varmıştır. Diğer bir ifadeyle, AİHM bağlamında konut dokunulmazlığının esasını oluşturan, mülkiyet hakkı değildir. Özel hayatın geçtiği ve bu nedenle ihlal edilmesinin önüne geçilmesi bakımından özel hayatla ilgili her mekanın güvence altına alınmasıdır⁵³⁷.

Konut, kişinin özel yaşamı ile doğrudan ilgilidir. Bu bakımdan konut, *kişilere mekan itibariyle genişletilmiş dokunulmaz bir yaşam alanı sağlayan, herkesin girmesine açık olmayan*⁵³⁸ yerleri kapsamına alır. Belirtilmelidir ki, konut kavramı AİHM uygulamasında otonom bir kavram olup, Taraf Devletlerin iç hukuklarındaki

⁵³³ Kanun’da yer alan ve yerleşim yeri kavramının unsuru olan “sürekli kalma niyeti” hakkındaki eleştiriler ve yerleşim yerinin “kişinin, hayat faaliyetlerinin ve ilişkilerinin asıl merkezi olan yer” şeklinde tanımlanmasının gerektiği hakkında bkz. Mustafa Dural- Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku**, C.2, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, s.181.

⁵³⁴ Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s.61; Tezcan v.dğr., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, a.g.e., s.451; YCGK da konut kavramını benzer şekilde “devamlı veya geçici olarak, kişilerin yerleşmek ve barınmak amacıyla oturmalarına elverişli yerler” şeklinde tanımlamıştır. (YCGK, E.1993/155, K.1993/184, K.T.21.06.1993)’den aktaran Aksoy, a.g.e., s.65; CMUK döneminde konuyla ilgili hükümler incelendiğinde, m.94 ve 95’de “ev”, m.96’da “mesken” ve nihayet m.97’de “sükna” terimine yer verilmiştir. 1998 CMUK Tasarısı tüm bu terimler yerine “konut” terimi kullanarak bu konuda bir terim birliği sağlamıştır. Özbek, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, a.g.e., s.106.

⁵³⁵ Özbek- Bacaksız, a.g.e., s.166.

⁵³⁶ Dutertre, a.g.e., s.333.

⁵³⁷ Özbek- Bacaksız, a.g.e., s.165.

⁵³⁸ Mustafa Ruhan Erdem, **Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s.128.

sınıflandırmalardan bağımsız değerlendirilmektedir⁵³⁹. Nitekim AİHM, kanunlara uygun olarak oluşturulmamış olsa bile⁵⁴⁰ veya sahip olunan evde hiç yaşanmamış olursa bile⁵⁴¹ söz konusu yerin 8. madde kapsamında konut sayılabileceğini kabul etmiştir.

Arama tedbiri bakımından işyeri⁵⁴² de konuta ilişkin usule tabi tutulmuştur⁵⁴³. AİHM ve Komisyon da bu bağlamda konut kavramını geniş yorumlayarak, meslek ve ticaret faaliyetinin yürütüldüğü yer olan işyerini AİHS m.8/1 çerçevesinde değerlendirmektedir.⁵⁴⁴ Nitekim aşağıda kapsamlı olarak ele alınacak olan Niemietz/Almanya davasında Mahkeme, “ *bir kişinin mesleğine veya işine ait faaliyetlerin kişinin özel konutunda yapılabileceğinden ve işle o kadar ilgili olmayan faaliyetlerin de bir ofiste veya ticari mekanda yapılabileceğinden yola çıkarak, bu konuda kesin ayrımlar yapmak her zaman pek mümkün olmayabilir*” gerekçesiyle konutun meslek sahibi bir kişinin bürosunu da kapsayabileceğine karar vermiş⁵⁴⁵, işyerini de *konuta saygı hakkı alt kategorisi*⁵⁴⁶ bağlamında değerlendirmiştir. Diğer bir ifadeyle; işyerinin, konumuz bağlamında özellikle olarak avukat bürolarının konuttan farklı olan *dışa açıklığı*, her durum için geçerli olmayıp; söz konusu yerlere fiziki veya ileride ele alınacağı üzere iletişim araçlarının denetimi şeklinde gerçekleştirilen müdahaleler bakımından konut dokunulmazlığının koruyuculuğuna tabidir⁵⁴⁷.

Diğer kapalı yerlerden anlaşılması gereken ise, konut ve işyeri dışında kalan, özel mülkiyete ait yerlerdir. Ancak bu tür yerlerin başkalarının istek dışı girişlerini engelleyecek koruma önlemleri ile güvenlik altına alınmış olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, o yerin

⁵³⁹ Gülay Arslan Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s.192.

⁵⁴⁰ Buckley-Birleşik Krallık Davası, 25.09.1996 tarihli karardan aktaran Dutertre, a.g.e., s.331

⁵⁴¹ Mahkeme, 19 yıldır sahip oldukları evde hiç yaşamamış olan davacıların, söz konusu yeri 8. madde kapsamında konutu sayabileceklerine karar vermiştir. Bunun nedeni, uzun süre uzak olmalarına rağmen, hep söz konusu yere dönme niyetleri olması ve söz konusu gayri menkulle ilişkilerini, konutları sayılabilecek düzeyde devam ettirmiş olmalarıdır. Gillow-Birleşik Krallık davası, 24 Kasım 1986 tarihli karardan aktaran Kilkelly, a.g.e., s.19

⁵⁴² 4857 sayılı İş Kanunu m.2’de işyeri, “*İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim*” olarak tanımlanmıştır. İş Kanunu işyeri için işveren- işçi ilişkisini aramıştır. Ceza Muhakemesi anlamında işyeri ise daha kapsamlıdır. Zira işyeri sayılabilmesi için işçinin çalışması zorunlu olmayıp, kişinin mesleki faaliyetini yerine getirdiği yer olması yeterlidir. Özbek- Bacaksız, a.g.e., s.166.

⁵⁴³ İşyerinin aranacağına ilişkin CMUK’ta gerek m.94’te gerekse m.95’te açık bir düzenlemeye yer verilmemişti. A.e., s.166

⁵⁴⁴ Gözübüyük- Gölçüklü, a.g.e., s.340.

⁵⁴⁵ Kilkelly, a.g.e., s.19.

⁵⁴⁶ Öncü, a.g.e., s.193.

⁵⁴⁷ Erdem, a.g.e., s.129.

özel mülkiyete ait olduğu yolunda bir tahsis iradesi varolmalıdır.⁵⁴⁸ Ardiye, samanlık, henüz taşınılmamış yeni inşa edilmiş ev bu kapsamda değerlendirilebilir⁵⁴⁹.

Müdafinin konutunun aranması, CMK m.130 kapsamında düzenlenmemiştir. Belirtilmelidir ki, genel olarak bakıldığında m.130 ile m.136'nın birbiriyle tutarsızlığı açık olmakla birlikte⁵⁵⁰, avukatın bürosu ve yerleşim yerinde iletişiminin dinlenmesini düzenleyen CMK m.136 kıyasen uygulanarak, avukatların konutlarında da arama yapılamayacağı neticesine varılabileceği ileri sürülmüştür⁵⁵¹. Kanun açıkça ayrıcalıklı durumun iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından geçerli olduğunu belirtmiştir. İstisnai hükümler söz konusu olduğunda, hükmün uygulanabilirliğinin kıyas yoluyla genişletilemeyeceği kuralı⁵⁵² bağlamında, bu görüşün kabulü, hukuka aykırı bir sonuç ortaya çıkarır niteliktedir. Bununla birlikte müdafinin konutunun CMK m.130 düzenlemesi dışında bırakılmasının makul bir gerekçesi bulunmamaktadır. Farklı uygulamaların ortaya çıkmasına sebebiyet vermemek adına, ilgili maddede değişikliğe gidilmesi yerinde olacaktır.

Müdafinin konutunun aranmasına ilişkin CMK'da özel düzenlemeye yer verilmemiş olmakla birlikte "kendine özgü" işyeri olan bürosunun aranması özel olarak düzenlenmiştir. Belirtilmelidir ki; söz konusu düzenleme müdafinin gerek savunmasını üstlendiği şüpheli veya sanık ile ilgili yani "diğer kişi" olarak yapılacak aramayı gerekse kendisinin şüpheli veya sanık statüsünde bulunduğu durumda yapılacak aramayı kapsamaktadır⁵⁵³. Zira Kanunda bu konuya ilişkin bir ayrıma gidilmemiş olması, bunu sonuçlamaktadır.

Müdafie ilişkin bu kapsamda son ele alınması gereken husus, bilgisayarında kayıtlı veriler üzerinde yapılacak olan aramadır. Bilgisayarın içinde olan veya internet üzerinde dolaşan, elle tutulamayan⁵⁵⁴ verilerin klasik anlamda arama usul ve şartlarına tabi

⁵⁴⁸ Özbek, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, a.g.e., s.111.

⁵⁴⁹ Özbek- Bacaksız, a.g.e., s.167.

⁵⁵⁰ Köksal Bayraktar, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yer Alan Koruma Tedbirlerine Genel Bakış", **Legal Hukuk Dergisi**, C.3, S.32, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, ss.2863-2869, s.2868.

⁵⁵¹ Sinan Kocaoğlu, a.g.m., s.59.

⁵⁵² Öztürk v.dğr., a.g.e., s.37.

⁵⁵³ Aksoy, a.g.e., s.115.

⁵⁵⁴ Kunter- Yenisey- Nuhoğlu, a.g.e., s.1093. Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi m.1/b uyarınca; "Bilgisayar verisi terimi, bilgisayar sisteminin bir işlemi yerine getirmesini mümkün kulan bir programı da kapsayan olguların, bilginin veya kavramların bir bilgisayar sisteminde işlenmeye uygun haldeki her türlü temsilini ifade eder". Sözleşmenin tamamı için bkz. (çevrimiçi) <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss380.pdf>, erişim tarihi: 25.02.2014.

tutulması, delil olabilecek birçok verinin yok olmasına veya değiştirilmesine ya da bozulmasına sebep olabileceğinden, Kanun bu konuya ilişkin ayrı kriterler kabul etmiştir. Bilgisayarda aramaya dahil olabilecek veriler, bilgisayarda kayıtlı olan verilerdir. Bir verinin bir yerden başka bir yere akışını tespit eden veriler⁵⁵⁵ ise iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında aşağıda ayrıca ele alınacaktır. CMK m.134/1 uyarınca; “*Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, “somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve”*⁵⁵⁶ başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine hâkim tarafından karar verilir”. Bu düzenleme bağlamında ilk dikkat edilmesi gereken hususu, Kanun’un yalnızca “şüpheli”den bahsetmiş olması oluşturmaktadır. Hareket noktası olarak şüpheli ele alındığında, bu tedbire yalnızca soruşturma aşaması ile sınırlı olarak başvurulabilecektir. Keza Kanun sanığı bu tedbir bakımından muhatap kabul etmemektedir.⁵⁵⁷ Diğer bir husus ise, bu tedbir bakımından gecikmesinde “sakınca bulunan hal” veya “ulaşılamaması durumu” ihtimallerine ilişkin istisnai düzenlemeye yer verilmemiştir. Diğer bir ifadeyle bu tedbire ancak C.savcısının istemi üzerine hakim tarafından karar verilebilecektir. Bu bağlamda aramanın konusunu “*şüphelinin kullandığı*” bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütükleri oluşturmaktadır. Burada “kullandığı”ndan anlaşılması gerekenin “aidiyet” olmadığı açıktır. Şüphelinin kendisine ait olmamakla birlikte kullanmış olduğu bilgisayarların sahipleri de dolayısıyla bu tedbire katlanmak zorunda kalacaktır.

Bilgisayar içinde arama yapabilmek için başka surette delil elde edilme imkânının bulunmaması gerekir. Bu şartın iki görünümü olduğu söylenebilir. İlk olarak, bilgisayar kişinin özeline ilişkin de kayıt içerebilir.⁵⁵⁸ Bu bakımdan özel hayatın gizliliğine ilişkin sınır, diğer “şeylerin” aranmasına nazaran, daha fazla ihlal edilebilir niteliktedir. Farklı

⁵⁵⁵ Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.1095.

⁵⁵⁶ 6526 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu madde metnine eklenmiştir.

⁵⁵⁷ Şahin; yargılama sırasında delil toplanmasını engelleyen bir hüküm bulunmadığından, hatta mahkemenin re’sen araştırma yetkisine sahip olduğundan kovuşturma evresinde de bu tedbire başvurulabilmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır. Bkz. Cumhuriyet Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, a.g.e., s.148; aynı yönde Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.412.

⁵⁵⁸ “*Bir avukat bürosunun aranması uygunsa ve databankın gözden geçirilmesi de gerekliyse, gereksiz ve gizli, yargılama bakımından da önemsiz bilgilerin ele geçirilmesi önlenmelidir. Bu çerçevede bilgilerin gözden geçirilmesi, CMK prg.110 kapsamında bilgisayara verilecek belirli kavramlarla arama yapmak suretiyle, yargılama bakımından önemine göre sınıflandırılarak yapılmalıdır.*” (Alman AYM 05.07.2005, 2 BvR 497/03, PStR 06,3 Abruf-Nr.053) aktaran Gercke, Avukat Bürolarının Aranması, a.g.m., s.157.

içeriğe sahip birçok veri potansiyel olarak elde edilebilecektir. Zira verilere ilişkin dosyaların içeriğine ulaşılmadan “delil” niteliğini haiz olup olamayacağının tespiti zordur. Diğer bir açıdan ele alındığında ise, bilgisayar verileri yazılı belgelere nazaran değiştirilmesi, bozulması daha kolay delillerdir. Bu şekilde elde edilen delilin güvenilirliği, ancak denetimden geçmesi ile mümkün olabilir.

Bilgisayarda arama ve elkoyma için, Kanun artık açıkça somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığını aramaktadır. Gerekçede ifade edildiği üzere; “*Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma kararını veren hâkim, suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe oluşturan somut delilleri gerekçelendirmekle yükümlüdür*”. Bu değişiklik uyarınca, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için aranan somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri, bilgisayarda yapılacak arama ve elkoyma için de geçerli olacaktır. Aramaya nazaran kişi hak ve özgürlüklerine müdahale yoğunluğu daha fazla olan bilgisayarda arama ve elkoyma için böyle bir kriterin kabulü, uygulamada koruma tedbirinin temel ilkelerinden orantılılık ilkesine aykırı sonuçlar doğurmaya elverişlidir.

Mevcut mevzuat çerçevesinde müdafinin⁵⁵⁹ kullandığı bilgisayarın bürosunda olması ihtimalinde uygulanacak normatif düzenleme CMK m.130 olacaktır. Zira “*bir*

⁵⁵⁹ 26 Ocak 1999 tarihinde polis, daha sonra Sallinen’in müvekkilliği olan X ve Y’nin konutlarında daha henüz Sallinen’e vekâlet vermeden önce, sahtecilik suçları işledikleri şüphesi ile arama yapmıştır. Aramanın yapıldığı sırada, X bilgisayarındaki kayıtlı dosyalardan birini silmeye teşebbüs etmiştir. Polis bunu engellemeye çalışmış ise de, X dosyayı silmeyi başarabilmiştir. Daha sonra, 2 Mart 1999 tarihinde hâkim kararı alınarak, Sallinen’in avukatlık bürosunda, evinde ve aracında arama yapılmıştır. Arama kararı X ve Y tarafından işlenmiş olan suçların delillerini bulmak için verilmişti. Hâkim verdiği kararda, “neyin” aranacağını belirtmiştir. Avukatın bürosunda arama yapıldığı sırada, iddiaya göre, avukatın müvekkilliği ile ilgili olarak tuttuğu kayıtları içeren bütün bilgisayar kayıtları da dikkatle incelenmiştir. Polis bütün disketleri incelemiş ve avukatın müvekkilliği ile randevularını yazdığı not defterlerine de bakmıştır. Avukatın bürosunda bulunan bilgisayarların hafızaları da kopyalanmıştır; bilgisayarlardan iki tanesi büroda kopyalanmış, biri başvuruçunun kullandığı bilgisayar olmak üzere, diğer iki tanesine ise el konularak, bunlar daha sonra kolluğun mekânlarında diskete kopyalanmıştır. 4 Mart 1999 tarihinde bilgisayarlar iade edilmiştir. Başvuruçunun bilgisayarında kişisel ve mesleki iletişimini içeren e-mailler de yer almaktaydı. Avukatın bürosunda yapılan bu arama sırasında baro temsilcisi de hazır bulunmuştur. İHAM yaptığı denetlemede önce, bilgisayarlarda arama yapılmasını düzenleyen bir hukuk kuralı bulunup bulunmadığına bakmış ve Koruma Tedbirleri Kanunu adlı bir kanunda buna izin veren bir düzenleme bulunduğunu tespit etmiştir. Ancak, iç hukuktaki hukuk normlarının “kalitesinin” de Sözleşme standartlarına uygun olması gerektiğinden, bu hususu da incelemiş ve bahsedilen kanunun yeterince açık olmadığını tespit etmiştir. Kanunda geçen tanımlamalarda “belirlilik kuralına” aykırı tanımlamalar yapıldığını ve Avrupa Konseyinin REC 200/21 Tavsiye Kararının dikkate alınarak, “avukat-müvekkil itimat ilişkisine” kanunda yer verilmediğini ve yeterli yasal garantilerin düzenlenmediğini görerek, 8. maddenin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir. AİHM’in 27.09.2005 tarihli Petri Sallinen ve diğerleri kararı’ndan aktaran Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.1111-1112.

avukatın web sitesi, bürosunun bir parçasını teşkil eder".⁵⁶⁰ Avukat bürolarının ayrıcalıklı durumu, bu sonucu destekler niteliktedir. Nitekim AİHM'e göre; "*avukat bürolarında elektronik olarak depolanmış verileri bulmak için arama yapmak ve bu verilere elkoymak AİHS'nin 8/1. maddesindeki hakka ilişkindir. (...) Burada, özellikle hâkim tarafından verilen bir araştırma yapma kararı ve yeterli suç şüphesine dayanılması gerekliliği ve bu araştırmanın avukat bürosuna ilişkin bulunması durumunda kendisinin büroda bulunmaması durumunda, araştırmanın bağımsız bir gözlemcinin nezdinde yapılıp yapılmadığı, avukatın susma hakkı kapsamındaki materyale el konulup konulmadığı belirleyici kriterlerdir. Elektronik olarak kaydedilen verilerle ilgili keyfilik ve suiistimal eylemlerine karşı ulusal hukukta düzenlenmesi gereken koruma önlemlerinin arama ve elkoymanın AİHS m.8/2 anlamında hukuka uygun olmasını sağlayacak nitelikte gerçekten varlığı gerekmektedir. Orantısız ve keyfi aramalara karşı koruma haklarının, özellikle avukat bürolarının aranmasında gerçekten etkili olması gerekir*".⁵⁶¹ Konutunda olması ihtimaline binaen yapılacak aramada usul de farklılaşacak, Avukatlık Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

(3) CMK Kapsamında Müdafie İlişkin Adli Aramanın Şartları

Arama, yetkili merci tarafından verilen karar ile başlayan ve sonunda (istem üzerine) düzenlenen belgenin ilgisine teslimini kapsayan bir süreci ifade etmektedir. Taşındığı önem sebebiyle, yerine getirilebilmesi için normatif düzenlemelerde yer verilmiş şartların varlığı aranmaktadır. Nitekim AİHS bağlamında özel hayatın gizliliği kapsamında ele alınan aramanın hukuka uygun sayılabilmesi için; amacının meşru olması ve arama işleminin demokratik bir toplumda gerekli olması şarttır (m.8). Keza Anayasa bakımından ele alınırsa; benzer şekilde arama tedbirine başvurulabilmesi için ilgili maddelerde gösterilen sebeplerin bulunması (milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması), kural olarak hâkim kararının (gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrinin) olması gerekir (AY m.20,21).

Aramaya ilişkin özel düzenlemelerin bulunduğu kanunlarda yukarıda açıklanan şartlara ek bazı kriterlerde aranmaktadır. Konumuz bakımından önem arz eden ise CMK'da yer verilen şartlardır. Arama yapılacak yere ve zamana göre şartlar farklılaşsa da

⁵⁶⁰ Turin İlkeleri, 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Yönetmelikler ve Diğer Düzenlemeler, a.g.e., s.290.

⁵⁶¹ Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.434.

genel olarak somut delillere dayalı kuvvetli şüphenin bulunması, aramaya hâkim tarafından (gecikmede sakınca bulunan hallerde yetkili merciin emrinin) karar verilmiş olması, kanunda belirtilen kişilerin arama esnasında hazır bulunması (CMK m.120) gerekmektedir.

Kişi bakımından değerlendirildiğinde ise, şüpheli ya da sanık dışındaki herkes “diğer kişiler” olarak adlandırılır. Diğer kişiler nezdinde arama yapılabilmesi, aranılan kişinin ya da suç delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğunu kabul edilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır. Ancak bu sınırlama şüpheli ya da sanığın bulunduğu yerle izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli değildir (CMK m.117). Şüpheli nezdindeki aramanın aynı zamanda müdafilik dosyasını da ilgilendirmesi durumunda, bu aramanın özellikle özenli gerçekleştirilmesi ve gerekçelendirilmesine ihtiyaç vardır⁵⁶². Bu arama için yeterli nedenlerin bulunmaması⁵⁶³ durumunda, aramada arama önlemi olarak karar altına alınan önlemler Anayasa’yı ihlal eder. Aramayla bulunması amaçlanan materyal delil elde edilmesi için gerekli değilse, arama yapmak için gerekli bir neden bulunmamaktadır.⁵⁶⁴

Kişi bakımından arama tedbirinin uygulanması kapsamında esas olarak müdafî özellik arz etmektedir. Erem’in⁵⁶⁵ konuya ilişkin tespiti önemlidir: “*Savunma özgürlüğü yalnız duruşmada serbestçe savunma yapabilmek olanağı değildir. Kişi dilediği delili getirmek veya getirmemek takdirine de sahip bulunmalıdır. Nasıl sanık yemine zorlanamazsa, aynı şekilde elinde bulunan delili vermeye de zorlanamaz. Avukat yazıhanesine intikal etmiş bir delil artık savunmanın takdirine tevdi edilmiştir.*” Yargılama sürecinde müdafîin konumunun ve yerine getirdiği görevin önemi sebebiyle CMK’da özellikle ‘avukat bürolarının aranması’⁵⁶⁶ ayrı ve kapsamlı şartlara tabi tutulmuştur. Zira avukat büroları yalnızca suç şüphesi altındaki şüpheli veya sanıkla ilgili bilgi ve belgeleri

⁵⁶² Aydın, a.g.e., s.80.

⁵⁶³ “*Müdafî olarak çalışan avukatın bürosunun ve konutunun aranmasına, temel hakka saldırıyı hukuka uygun kılacak yeterli neden olmaksızın ve ihlal edilen suç –somut olayda hâkime hakaret- arasında bir tartışılmaksızın karar verilmesi halinde, Anayasa’nın 13/1 ve 2. maddelerinde yer alan temel hak ihlal edilmiş olur. Bu çerçevede aranan belgelerin soruşturma bakımından az bir delil değerine sahip olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır.*” (BVerfG, 05.05.2008, 2 BvR 1801/06, Abruf-Nr. 083607) aktaran Gercke, Avukat Bürolarında Arama, a.g.m., s.158.

⁵⁶⁴ Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.395. Ayrıca Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin konuya ilişkin vermiş olduğu karar için bkz. A.e., s.396.

⁵⁶⁵ Erem, Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, a.g.e., s.486.

⁵⁶⁶ “*Bir avukatın herhangi bir kontrole tabi olmaksızın mesleğini icra etmesinin önemi karşısında, avukatlık bürolarında arama kararı verilmesi, bu tedbirin şartlarının özel bir dikkatle değerlendirilmesini ve orantılılık ilkesinin göz önünde bulundurulmasını gerektirmektedir.*” (Alman AYM, 07.09.2006, 2 BvR 1219/05, PStR 07,24 Abruf-Nr. 063282) aktaran Gercke, Avukat Bürolarının Aranması, a.g.m., s.158.

kapsamamakta, suç şüphesi altında olmayan müvekkillere ilişkin bilgi ve belgeler de bulunmaktadır⁵⁶⁷. CMK m.130'a göre; avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranır. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur. Kanunda sayılan, hazır bulunması gereken bu kişilerin yokluğu aramayı hukuka aykırı hale getirecektir. Avukatların bakımından büroda ve postada aramaya ilişkin aynı düzenlemeye Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nde de yer verilmiştir (m.13).

Dikkat edilecek olursa, bu düzenlemelerde “müdafî” yerine “avukat” terimi kullanılmış olup, sadece müdafî-sanık arasındaki sınırların ötesinde, avukatın mesleki ilişkilerinin tümü koruma altına alınmıştır.⁵⁶⁸ Ayrıca belirtilmelidir ki; 130. maddede yer alan düzenleme, herhangi bir ayırım olmaksızın, fiilen çalışan veya çalışmayan tüm avukatlar bakımından geçerlidir.⁵⁶⁹

i. Arama Kararının “Somut Delillere Dayalı Kuvvetli Şüphe” Üzerine Verilmiş Olması

Şüphe, kelime anlamı itibariyle zihnin bir konuda kesin bir sonuca varamayıp duraksamasıdır.⁵⁷⁰ İşlendiği iddia edilen suç hakkında yargılama sürecini başlatan ihbar, şikayet kurumlarının temelinde bulunan da aslında şüphedir. Şüphe kavramı, konuyla ilgili düzenleme getiren yasal hükümlerin yorumlanmasıyla ulaşılabilen objektif anlama sahiptir⁵⁷¹. Ceza yargılamasında evrelere göre şüphenin yoğunluğu farklılaşmakta, süreç ilerledikçe şüphenin yoğunluğu artmaktadır. Nitekim soruşturmaya başlanabilmesi için “basit şüphe”, yani belli ve yaşanmış somut olayların, en azından belirti şeklinde ortada bulunan delillerin belli bir suçun işlendiği yolunda ortaya koyduğu şüphe⁵⁷² yeterli iken; soruşturma evresi sonunda iddianamenin düzenlenebilmesi için CMK m.170/2, yeterli şüphenin varlığını aramıştır. Yeterli şüpheden anlaşılması gereken ise, C.savcısının delilleri değerlendirirken sanığın mahkûm olması ihtimalinin beraat etmesi ihtimalinden daha kuvvetli olduğu sonucuna varmasıdır.⁵⁷³

⁵⁶⁷ Goldstock- Chananie, a.g.m., s.1870.

⁵⁶⁸ Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.955

⁵⁶⁹ Mahmutoğlu- Talas, a.g.m., s.37.

⁵⁷⁰ Yılmaz, a.g.e., s.650.

⁵⁷¹ Özbek- Bacaksız, a.g.m., s.160.

⁵⁷² Öztürk v.dğr., a.g.e., s.381.

⁵⁷³ Özbek, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, a.g.e., s.62.

Yoğun şüphe kapsamında yeterli şüphe ile birlikte ele alınan bir diğer kavram ise kuvvetli şüphedir. Birçok koruma tedbiri bakımından aranan kuvvetli şüphe ise, basit ve yeterli şüphe gibi “matematiksel kesinlikle ifade edilmesi olanaklı olmamakla”⁵⁷⁴ birlikte, sanığın ilerde mahkûm olmasının kuvvetli bir ihtimal olarak görülmesidir. Örneğin, Kanun gözlem altına alma tedbiri (CMK m.74) bakımından “*fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler (...)*” bulunmasını; tutuklama tedbiri (CMK m.100) bakımından “*Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin*⁵⁷⁵ *ve bir tutuklama nedeninin (...)*” bulunmasını aramıştır.

Arama koruma tedbiri bakımından ise, 6526 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikten önce “makul şüphe”⁵⁷⁶ aranmaktaydı. CMK m.116⁵⁷⁷ uyarınca, şüpheli veya sanığın arama tedbirine maruz kalabilmesi “*yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe*”nin varlığına bağlıydı. Makul şüpheden ne anlaşılacağı konusunda Kanun’da herhangi bir ifadeye yer verilmemiş olmakla birlikte; Arama Yönetmeliği m.6’da “*makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir*” ifadesine yer verilerek tanımlanmıştı. Bununla birlikte Yönetmelikte makul şüphenin nasıl belirleneceği de belirtilmişti: “*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*”. Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olguların mevcudiyetinin, makul şüphenin varlığı için şart koşulması sebebiyle, makul şüphenin, umma derecesindeki şüpheden fazla ve aynı zamanda yeterli şüpheden daha az içeriğe sahip olduğu sonucuna varmak mümkündür. Diğer bir ifadeyle, şüpheli veya sanığın suçu işlediğine dair haklı gerekçelerin varlığı veya

⁵⁷⁴ Necati Meran, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi- Gizli Soruşturmacı- Teknik Takip**, Adalet Yayınları, Ankara, 2009, s.110.

⁵⁷⁵ 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanun ile CMK m.100/1’de yer alan “olguların” ibaresi “somut delillerin” şeklinde değiştirilmiştir.

⁵⁷⁶ AİHM’e göre makul şüphe kavramı, ilgili kişinin suçu işlemiş olmasının mümkün bulunduğu hususunda objektif bir gözlemciyi iknaya yeterli vakıa ve bilgilerin mevcudiyetini varsayar. Bununla beraber “makul” nitelemesi somut olaya has koşulların tamamı göz önünde tutularak yapılacaktır. Gölcüklü-Gözübüyük, a.g.e., s.231.

⁵⁷⁷ Mülga CMUK tutuklama ve yakalama için ‘kuvvetli belirti’ aramışken, m.94’te arama için suç işlendiğinin tahmin edilmesini yeterli görmüştü. “Bir suç işlemek şüphesi altında bulunan kimse”, suç işlediğine dair hakkında olaylara dayanan basit bir şüphe dahi elde edilememiş olan bir kişidir. Tahminin somut olaylara dayanması şart değildir ama, kriminalistik tecrübe kuralı tarafından teyit edilmiş bir tahmin söz konusu olmalı idi. Şüpheli statüsünde olmayan kişilerle ilgili aramalarda ise, tahmin yeterli sayılmamış, somut olguların orada şüphelinin veya delilin bulunduğunu göstermesi şartı aranmıştı (CMUK m.95). Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.1061.

kanıtlanabilir, makul olasılıktır.⁵⁷⁸ Nitekim iki kişinin gece vakti kuyumcu dükkanının bulunduğu caddede aşağı yukarı yürümesi, bundan şüphelenen polisin kişileri durdurup üstünü aramasındaki şüphe makul şüphe olmayıp, olsa olsa umma derecesindeki şüphedir⁵⁷⁹.

6526 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik ile makul şüphe aramaya karar verilebilmesi için yeterli olmayacak, somut delillere dayalı kuvvetli şüphenin varlığı aranacaktır. Kanunun genel gerekçesinde, bu duruma ilişkin *Anayasanın 19 uncu maddesinde düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının, ceza muhakemesi işlemleri sırasında ihlalinin önlenmesi amacıyla, teklifte yapılan önemli bir düzenleme de gözaltı, tutuklama, arama ve elkoyma gibi koruma tedbirlerine başvurulabilmesi açısından “somut delil” kriterinin getirilmiş olmasıdır. Bu şekilde bu koruma tedbirlerine soyut bir takım şüpheler nedeniyle başvurulması, kişi hürriyeti ve güvenliği ile mülkiyet hakkının zedelenmesinin önüne geçilecektir.*” ifadesine yer verilmiştir. Aranan şüphe ile ilgili Kanun’da yapılan değişiklikler, koruma tedbirleri ile müdahalede bulunulan hak ve özgürlüklere ilişkin korunan değerlerin farklılığı ile ilgili tedbire başvurulabilmesi için aranan şüphenin yoğunluğu arasındaki orantıyı değiştirmiştir, uygulamada sorun yaratacak niteliktedir.

Yukarıda açıklananlar suç şüphesi altında bulunan kişiye yönelik olduğundan, aramanın diğer muhatabı şüpheli veya sanık dışındaki kişiler bakımından ise delillerin veya aranan kişinin belirtilen yerlerde bulunduğunu gösteren somut olayların bulunması gerekir (CMK 117/2). Bu bağlamda hükmün iki yönden somutluk aradığı söylenebilir: Birincisi, deliller belirli, yani somutlaştırılabilir ve tasvir edilebilir durumda olmalıdır. İkincisi, belirli olayların aranan şeylerin şüpheli olmayan kişide bulunacağını gösterir olması gerekir. O halde, kanun burada şüpheden ziyade “bellilik” aramaktadır.⁵⁸⁰ Bununla birlikte bu duruma ilişkin de istisnai düzenlemeye yer verilmiştir. Diğer kişiler bakımından aranan somut olguların varlığı, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler (CMK m.117/3) söz konusu olduğunda geçerli olmayacaktır. Bu durumda aramaya ilişkin genel kuralın geçerli olduğu kabul edildiğinde, “delillerin

⁵⁷⁸ Goldstock- Chanie, a.g.m., s. 1868.

⁵⁷⁹ Optican, a.g.m., s.58.

⁵⁸⁰ Özbek, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, a.g.e., s.66; Serap Keskin Kızıroğlu, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.58, S.1, Ankara, 2009, ss. 139-168, s. 150.

belirtilen yerlerde bulunduğunun kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığı” ile şüpheyi aşan somut olguların varlığının arandığını kabul gerekecektir. Zira üçüncü kişilerin bu tedbire maruz kalmaları için somut delillere dayalı kuvvetli şüpheden daha fazlasına ihtiyaç vardır.

Müdafinin bürosu bakımından durum ele alındığında; şüpheli veya sanık olarak aramanın muhatabı olması ihtimalinde genel hüküm geçerli olacak; gerek göreviyle ilgili soruşturmadan dolayı gerekse göreviyle ilgili olmayan suçlardan dolayı arama için somut delillere dayalı kuvvetli şüphenin varlığı aranacaktır. Diğer bir ifadeyle tutuklamada olduğu gibi yüksek bir şüphe derecesi gerekli olacak, suç şüphesinin en azından başlangıç şüphesine denk olması; arama kararında, isnat edilen eylem ve şüphenin somutlaştırılması⁵⁸¹ yeterli olmayacaktır. “Diğer kişi” olarak arama tedbirinin muhatabı olması ihtimalinde, CMK m.130’un aramaya sebep şüpheye ilişkin herhangi bir ifadeye yer vermediği görülmektedir. Bununla birlikte avukatın şüpheli olmadığı hallerde, orantılılık ve aramanın yerine getirilmesi daha yüksek bir önem kazanır.⁵⁸² Ayrıca CMK m.117’nin aramayı somut olayların bulunmasına bağlamış olmasından hareketle, ‘somut olaylar’ın müdafî açısından değerlendirilmesinde; özellikle savunma hakkı kapsamında sır saklama yükümlülüğü, kişisel anlamda ise mesleki onurunun zedelenme ihtimali dikkate alınmalıdır.

Diğer bir ifadeyle avukat- müvekkil gizliliğinin yüksek mahremiyet beklentisini de bünyesinde barındırdığı, buna sebep unsurların varlığı da (iletişimin gizliliği muafiyeti, avukatın edindiği sırları açığa çıkarmama yükümlülüğünün bulunması, gizlilik ile adil yargılanma hakkı bağlamında savunmaya ilişkin anayasal hakların yakın ilişkisi)

⁵⁸¹ Gercke, Avukat Bürolarında Arama, a.g.e., s.153.

⁵⁸² “Eski bir müvekkile yönelik bir hukuk davasıyla bağlantılı olarak emeklilik belgesinin zimmete geçirildiği iddiasıyla bir avukatın bürosunun aranması açık bir şekilde uygunsuz, ağır, orantısız ve keyfidir. İddia olunan suç, alıkonulacak eşyaya nazaran çok az bir değere sahiptir ve ayrıca eski müvekkil için belgeye sahip olmanın ne tür bir değer –kağıda sahip olma şeklindeki mülkiyet hakkından bağımsız olarak- ifade edeceği de belirsizdir.” (Alman AYM, 02.06.2005, 2 BvR 334/05, Abruf-Nr.083) aktaran A.e., s.156. AİHM’de Funke/Fransa davasında (25.02.1993) arama ve elkoyma için mahkemeden yetki alınmasının esas olduğunun altını çizmiş olmasına rağmen, mahkemeden arama emri alınmış olması 8/2. maddeye uyum için her zaman yeterli olmadığını belirtmiştir. Niemietz/ Almanya davasında (16.12.1992), bir avukata ait mekanın bir suçla ilgili davada kullanılmak üzere belge bulmak amacıyla aranmasının, önceden mahkemeden izin alınmış olmasına rağmen, düzenin bozulmasının ve suçun önlenmesi ve başkalarının haklarının korunması hedefleriyle orantılı olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, söz konusu davada arama emrinin aşırı kapsamlı ifadelerle hazırlandığına ve yapılan aramanın, incelenen malzemelerin bazılarının tabi olduğu mesleki gizlilik ilkesini çiğnediğine karar vermiştir. Kilkelly, a.g.e., s.70-71.

değerlendirmede dikkate alınmalıdır⁵⁸³. Nitekim AİHM bir kararında⁵⁸⁴, “aramanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını belirlemek bakımından iç hukukta, keyfilik ve kötüye kullanmalara karşılık etkili güvencelerin varlığı ve bu güvencelerin dava özelinde nasıl işlediğinin araştırılmasında; söz konusu yerin avukat bürosu olması halinde aranan kimsenin saygınlığı ve iş hayatına olası yansımalarının genişliğinin de dikkate alınması” gerektiğini belirtmiştir.

ii. Arama Kararının Mahkeme Tarafından Verilmiş Olması

Adli aramada karar verme yetkisi, yargılamanın aşamasına bağlı olarak farklılaşmaktadır. Soruşturma aşamasında bu kararı, aramanın yapılacağı yerdeki “sulh ceza hakimi” (CMK m.162) vermekte iken; kovuşturma aşamasında bu yetki davanın görüldüğü mahkemeye (CMK m.192) aittir⁵⁸⁵. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı⁵⁸⁶ emriyle arama yapılabileceği, Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan hallerde ise “konut, işyeri ve kamuya açık olmayan diğer kapalı alanlar” dışında kalan yerler için, kolluk amirinin yazılı emriyle arama yapılabileceği hüküm altına alınmıştır (CMK m.119/1).

Genel düzenleme bu olmakla birlikte, Kanun “avukat büroları” bakımından mutlak bir güvence getirerek, istisnasız mahkeme kararının⁵⁸⁷ varlığını aramıştır. 18/6/2014 tarihli 6545 sayılı Kanunun 48 maddesi ile 5235 sayılı Kanun’un 10. maddesinde yapılan değişiklikten önce uygulamada mahkeme kararından anlaşılması gereken; avukat

⁵⁸³ D. McArthur, a.g.m., s.745.

⁵⁸⁴ İliya Stefanov/ Bulgaristan kararı için bkz. Mualla Buket Soygüt Arslan “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ‘Avukat Bürolarında Arama, Elkoyma ve Telefon Dinleme’ ile İlgili Bir Kararı: İliya Stefanov V. Bulgaristan Davası”, **Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Önlemleri, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, ss.115-124, s.120. Mahkeme, bir başka kararında; *bir suç kovuşturması nedeniyle, savunma hakkının ve avukatlık mesleğinin gereklerine uygun olarak, ulusal hukukun öngördüğü güvencelere uyulmak koşulu ile avukatlık bürolarının aranması ve bazı belgelere el konulmasını olanaklı kabul etmiş, ancak bu işlemlerin demokratik bir devletin zorunlu koşulları le çelişmemesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Murat Aydın, Arama ve El koyma*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009 , s.85.

⁵⁸⁵ Öztürk v.dğr., a.g.e., s.435.

⁵⁸⁶ Önce sözlü emir verilip, sonradan yazı ile teyit edilmesi (CMK m.161/3), arama tedbiri yönünden geçerli değildir. Anayasanın hükmü (m.20,21) buna engeldir. Arama emri, arama yapılmadan önce mutlaka yazılı olarak verilmiş olmalıdır. A.e., s.948; Kızıroğlu’na göre, “gecikmesinde sakınca bulunan hal özelliği de göz önünde tutulduğunda, kayda geçen telsiz aracılığıyla verilen sözlü emirde yazılılık koşulu yerine getirilmiş sayılmalıdır” Serap Keskin Kızıroğlu, a.g.m., s.153.

⁵⁸⁷ Yasa’da soruşturma ve kovuşturma evresi ayırımına dikkat edilmeden mahkeme kararı ile arama yapılacağı belirtilmesi hatalı olmuştur. Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., 384; Aynı yönde Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., 386; Ancak bundan, soruşturma evresinde hakim kararıyla avukat bürolarında arama yapılamayacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Burada, ancak bir yargılama makamı kararıyla arama yapılabileceği vurgulanmaktadır. Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, a.g.e., s.247, dn.232.

bürolarının, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının talebi üzerine⁵⁸⁸ sulh ceza hâkiminin vereceği kararla; kovuşturma evresinde ise re'sen veya istem üzerine mahkemenin vereceği kararla aranabilecek olmasıydı. 6545 sayılı Kanunla getirilen değişiklikle birlikte sulh ceza mahkemesi kaldırılmış, “sulh ceza hâkimliği”⁵⁸⁹ düzenlemesine yer verilmiştir. Ceza mahkemesi olarak, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemeleri (5235 sayılı Kanun m.8) kabul edilmektedir. Bu durumda Kanun açıkça mahkeme kararı vurgusu yaptığından dolayı avukat bürolarının aranması konusunda sulh ceza hâkiminin kararı yeterli olmayacaktır.

CMK m.130 hükmü uyarınca, avukat bürolarında arama yapılması ancak mahkemenin verdiği karar ile hukuka uygun olacaktır⁵⁹⁰. Cumhuriyet savcısına ulaşılmadığı ihtimalinde kolluk amiri tarafından veya gecikmesinde sakınca bulunan hal ihtimalinde Cumhuriyet savcısı tarafından ya da sulh ceza hâkiminin arama emri kararı vermesi mümkün değildir.

⁵⁸⁸ Suçüstü hali ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği dolayısıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa, sulh ceza hakimi de re'sen arama kararı verebilir (CMK m.130/1).

⁵⁸⁹ 5235 sayılı Kanun m.10 uyarınca; “(1) Kanunların ayrıca görevli kaldığı hâller saklı kalmak üzere, yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, işleri yapmak ve bunlara karşı yapılan itirazları incelemek amacıyla sulh ceza hâkimliği kurulmuştur.

(2) İş durumunun gerekli kaldığı yerlerde birden fazla sulh ceza hâkimliği kurulabilir. Bu durumda sulh ceza hâkimlikleri numaralandırılır. Müstakilen sulh ceza hâkimliğinde görevlendirilen hâkimler, adli yargı adalet komisyonlarının başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.

(3) Sulh ceza hâkimliğinde bir yazı işleri müdürü ile yeteri kadar personel bulunur.

(4) Sulh ceza hâkimliği, her il merkezi ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca kurulur.

(5) Sulh ceza hâkimliği buldukları il veya ilçenin adı ile anılır.

(6) Sulh ceza hâkimliğinin yargı çevresi, buldukları il merkezi ve ilçeler ile bunlara adli yönden bağlanan ilçelerin idari sınırlarıdır.

(7) Ağır ceza mahkemeleri ile büyükşehir belediyesi bulunan illerde, büyükşehir belediyesi sınırları içerisindeki il ve ilçenin adı ile anılan sulh ceza hâkimliğinin yargı çevresi, il veya ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir.

(8) Coğrafi durum ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak bir sulh ceza hâkimliğinin kaldırılmasına veya yargı çevresinin değiştirilmesine, Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilir.”

⁵⁹⁰ “130. maddenin birinci fıkrasında avukat bürolarının ancak “mahkeme kararı” ile aranabileceği ifade edilerek, avukat bürolarının soruşturma aşamasında değil, kovuşturmada arama tedbirine konu edilebileceği ifade edilmiştir. Ancak maddenin ikinci fıkrasında avukat bürolarının soruşturma aşamasında da aranabileceğine dair hükme yer verilerek, birinci fıkrada öngörülen sınırlamanın terk edildiği görülmektedir. Bu durumda, ya birinci fıkrada bir eksiklik bulunmamakta, kanun koyucu bilerek ve isteyerek avukat bürolarının soruşturma aşamasında aranmasını istememekte veya birinci fıkrada sehven eksiklik yapılmakla birlikte, bu eksiklik ikinci fıkra ile giderilmektedir.” Şen, Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması, a.g.m., s.340.

AİHM'nin konuyla doğrudan ilgili 2003 tarihli Elçi ve diğerleri/ Türkiye davasındaki ⁵⁹¹ kararı ve gerekçesi önemlidir. Dava konusu olay, Olağanüstü Hal uygulaması sırasında Diyarbakır Barosu avukatlarından Tahir Elçi ve arkadaşlarının, ev ve iş yerlerinin polis tarafından yetkili yargı yerlerinden izin alınmadan arandığı ve aramalar sırasında birçok belgeye el konulduğu, bu nedenlerle Sözleşme'de yer verilmiş haklarının ihlal edildiği iddiasına dayanmaktadır. AİHM, Hükümetin, yasanın olağanüstü hal bölgesi valisine verdiği, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda arama yaptırma yetkisine ilişkin olarak valilik tarafından hazırlanmış hiçbir yazılı talimatın dosyada bulunmadığına dikkat çekerek, aramaların çok geniş kapsamlı olduğu, arama yapanların işlemlerinin hiçbir yargısal organ tarafından denetlenmediğini ve bu sebeple aramaların yasal bir temeli olmadığından hareketle 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Sonuç olarak, mahkeme, aramaya konu yerin avukat bürosu olması halinde, arama işlemini gerçekleştirenlerin savunma gizliliğine haiz belgelerin araştırılmasında daha fazla önlem almaları gerektiğini hatırlatmalı, aramayı gerçekleştirenlerce aranılan şeyin mesleki gizlilik kapsamında olduğunun tespiti üzerine iadesi sağlanmalıdır⁵⁹².

iii. Aramanın Cumhuriyet Savcısının Denetiminde Olması

Kanun açıkça müdafin bürosunda yapılacak aramanın Cumhuriyet savcısının denetiminde yapılacağını hüküm altına almıştır. Aramanın hukuka uygun sayılabilmesi için C.savcısının denetimi geçerlik koşuludur. Burada denetimden ne anlaşılması gerektiği önemlidir. Aramanın yapılacağı yerin taşıdığı önem sebebiyle arama işleminin kararda belirtilen şekilde gerçekleşip gerçekleşmediğinin kontrolü, ancak büroda bizzat bulunmakla sağlanabilir⁵⁹³. Kanun'da da özellikle C.savcısının denetiminin aranmış olması karşısında, bunu kabul gerekir. Diğer bir ifadeyle, aramanın C.savcısının büroda bulunmamasıyla birlikte vereceği talimatla kolluk görevlileri tarafından yapılması hukuka uygun bir aramayı sonuçlamayacaktır.

Avukatlık mesleğinin konumu ve savunma hakkının sağlanabilmesi açısından getirilen teminatın hayata geçirilmesi dikkate alındığında C.savcısının aramada hazır bulunması gerekir. Bununla birlikte aramada hazır bulunan C.savcısı, avukat ile müvekkili

⁵⁹¹ Dinç, a.g.e., s.246-247.

⁵⁹² D. McArthur, a.g.m., s.741.

⁵⁹³ Aydın, a.g.e., s.80.

arasındaki ilişkiye ait olduğu söylenen ve bu nedenle el konulmasına karşı çıkılan eşya, belge ve kağıtları inceleyemez (CMK m.130/2).⁵⁹⁴

AİHM'in 2008 yılında ele aldığı Andre ve diğerleri/ Fransa davası bu bağlamda özelliğidir ve Mahkemenin tespiti önemlidir. Mahkeme, avukatın bürosunda yapılacak aramalar açısından özel bir takım güvencelerin varlığını temel zorunluluk olarak kabul etmiş, dava konusu olayda *avukat olan kişinin bürosunun aranması sırasında Marsilya Barosu Başkanının hazır bulunması nedeniyle arama açısından özel bir tedbirin sağlanmış olduğunu, ancak arama sırasında hazır bulunan Başkanın ileri sürdüğü itirazlara rağmen avukatın tüm belgelerinin incelendiğini, belgelere elkonulmasının önlenemediğini böylece Başkanın varlığının şekilde kaldığı ve etkin olmaması nedeniyle 8. maddenin ihlal edildiğini* kabul etmiştir⁵⁹⁵.

iv. Aramada Baro Başkanının veya Onu Temsil Eden Bir Avukatın Hazır Bulunması

Avukatın bürosunda yapılacak olan aramanın hukuka uygun olabilmesi için bulunması gereken bir diğer usuli şart; aramada Baro Başkanının veya onu temsil eden bir avukatın hazır bulunmasının zorunluluğudur. Kural, Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulmasıdır (CMK m.119/4). Diğer bir düzenlemede ise aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedinin aramada hazır bulunabilmesi; kendisi bulunmazsa temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusunun hazır bulundurulacağı (CMK m.120) hükme bağlanmıştır. Yine kişinin avukatının aramada bulunmasına engel olunamayacağı⁵⁹⁶ da hukuki dayanağa sahiptir (CMK m.120/3). Kanun koyucunun arama tanıklarının varlığını zorunlu tutması, aranacak yerlerin özel hayatın gizliliği ilkesi açısından taşıdığı öneme dayanmaktadır. Diğer bir ifadeyle aranacak yerlerin özelliği sebebiyledir.⁵⁹⁷

⁵⁹⁴ A.e., s.83.

⁵⁹⁵ A.e., s.85.

⁵⁹⁶ 1412 sayılı CMUK'da müdafinin, arama sırasında hazır bulunmayı talep etme hakkı bulunmamaktaydı. CMUK m.98'de aramada kimlerin bulunabileceği düzenlenmiştir: (1) *Arama muamelesine tabi yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramada hazır bulunabilir. Kendisi bulunmazsa mümessili veya mümeyyiz hısımlarından biri yahut kendisiyle birlikte sakin olan bir kimse veya komşusu bulundurulur.* (2) *95 inci maddenin birinci fıkrasında gösterilen hallerde zilyed ve bulunmazsa yerine davet olunacak kimse muameleyle başlamazdan evvel aramanın gayesinden haberdar edilir.*

⁵⁹⁷ Özbek- Bacaksız, a.g.m., s.188.

Kanun koyucu arama tanıklarının bulunup bulunmayacağı konusunu netleştirerek, bu konuda yetkili mercilere takdir hakkı tanımamıştır. Bunun sebebi ileride doğabilecek iddiaların, yani aslında orda olmayan delillerin görevlilerce yerleştirildiği gibi suçlamaların önüne geçmektir⁵⁹⁸, tabiri caiz ise birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin birey aleyhine kullanımının önüne geçmektir. Bununla birlikte YCGK'nın konuyla ilgili vermiş olduğu kararı⁵⁹⁹ hukuki argümanla ve özellikle anayasal dayanağa sahip "delillerin hukuka uygunluğu" ilkesi ile izah mümkün gözükmemektedir. Mahkeme'ye göre "*Her şekilde aykırılığın aynı zamanda bir hak ihlaline de yol açacağı şeklindeki bir kabul isabetli olmayacağından, "Cumhuriyet savcısı, iki ihtiyar heyeti üyesi veya iki komşu" bulunmadan yapılan bir aramada, CYY'nun 119. maddesine şekli bir aykırılık söz konusu ise de, herhangi bir hakkın ihlal edildiği söylenemeyecektir. Usulüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin, sadece arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle "hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil" sayılmaları ve mahkumiyet hükmüne dayanak alınmaması kabul edilemez*".

Kanun bu bakımdan da müdafie ilişkin bir nevi usuli teminat getirerek; aramada hazır bulunabilecek kişinin yalnızca Baro Başkanı veya onu temsilen bir avukatın olabileceğini hükme bağlamıştır. Kanun koyucu bu şekilde avukat bürolarının aramaya konu olması durumunda adli tanıklığın⁶⁰⁰ zorunluluğu ile yetinmeyip, kimin olabileceğini de belirlemiştir.

Baro Başkanının veya onu temsilen bir avukatın aramada hazır bulunmasını yasal olarak düzenleme altına alınmasının sebebi bakımından, arama işlemi gerçekleştirilirken büroda bulunan belgelerden özellikle vekil-müvekkil arasındaki meslekî ilişkiye ait olanlarına ilişkin muhtemel hak ihlallerini önlemek ve bu bağlamda avukatın sır saklama yükümlülüğünü koruma altında tutmak şeklindeki tespit yanlış olmasa gerekir. Burada bahsedilen pasif bir koruma değildir, aksine hukuka aykırı bir uygulamaya karşı itirazda Baro Başkanı veya onu temsilen arama esnasında bulunacak avukat etkin bir rol oynayacaktır.

⁵⁹⁸ Kunter- Yenisey- Nuhoğlu, a.g.e., s.1083.

⁵⁹⁹ YCGK, E. 2011/8-278, K. 2012/96, K.T. 13.3.2012; Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. (çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 24.02.2014.

⁶⁰⁰ Öztürk- Erdem, a.g.e., s.593.

AİHM'in İlyya Stefanov/ Bulgaristan davasında⁶⁰¹ konuya ilişkin olarak yapmış olduğu değerlendirme önemlidir: “(...) mahkeme, aramanın iki yeminli tanığın varlığında yürütüldüğünü, bunların yasadaki niteliklere sahip olmayıp komşulardan olduklarını belirtmektedir. Bu durum bir soruna neden olabilir, şöyle ki, böyle bir yasal ehliyetten yoksunluk bu gözlemcilerin, soruşturma ekibinden bağımsız bir biçimde, hangi materyalin mesleki imtiyaza tabi olduğu hususunu ayırt etmeye gerçek anlamda muktedir olamamalarına; bunun sonucu olarak da, polis başvurucunun meslek sırrını orantısız olarak ihlal etmelerine karşı etkili bir güvence sağlamamalarına yol açar”.

Avukatın levhasına kayıtlı olduğu baronun bölgesi dışında bir yerden büro edinmesi, birden fazla yerde büro açması Av.K m.43 gereği mümkün olmadığından aramaya katılacak baro başkanı veya temsilcisi avukatın levhasına yazılı olduğu ve aynı zamanda doğal olarak arama işleminin yapılacağı yerin baro başkanı veya temsilcisi olacaktır. Temsilcinin⁶⁰² baro organlarında görevli olması gerekli olmamakla birlikte, aramanın yapılacağı yer barosunun levhasına kayıtlı olması zorunludur.⁶⁰³

v. Aramanın Yer Bakımından Avukat Bürosuyla Sınırlı Olması

CMK, avukatların konutunun aranması konusunda özel bir düzenleme getirmemiş olmakla birlikte; savunmaya ilişkin belgelerin bulunmasının olağan olması nedeniyle avukatların bürolarının aranması konusunda özel hükümler getirmiştir.⁶⁰⁴ Büro, avukatın mesleki faaliyetlerini yürüttüğü işyeridir.⁶⁰⁵ Koruma tedbirleri bağlamında avukat bürosu özel bir alan olmakla birlikte, aynı zamanda avukatın savunmasını üstlendiği kişilerin, olay tanıklarının da, vekil müvekkil ilişkisinin doğal sonucu olan güven sebebiyle, özel

⁶⁰¹ Mualla Buket Soygüt Arslan, a.g.m., s.122.

⁶⁰² Bu tür aramalarda hazır bulundurulmak üzere, baro temsilcisi olarak, zaten daha çok meslek kıdemi fazla avukatlardan seçilmiş olan baro yönetim kurulu üyelerinden görevlendirme yoluna gitmelerinin isabetli olacağı hakkında bkz. Kocaoğlu, a.g.m., s.57.

⁶⁰³ Kunter- Yenisey- Nuhoğlu, a.g.e., s.84

⁶⁰⁴ A.e., s. 80.

⁶⁰⁵ Avrupa İnsan Hakları Adalet Divanı 16 Aralık 1992 yılında avukat bürolarının Sözleşmenin 8. maddesinin koruması altına girip girmediğine ilişkin olarak vermiş olduğu kararında; “Özel hayat kişiyi dış dünyasından soyutlayacak şekilde dar yorumlanmamalıdır. Özel hayata saygı belli ölçüde kişinin diğer insanlarla ilişki kurması ve bu ilişkileri geliştirmesi hakkını da kapsar. Bu yönüyle meslek hayatı özellikle serbest meslek niteliğindeki uğraşlar içerisinde özel hayatın ne zaman başlayıp ne zaman bittiğini saptamak her zaman olanaklı değildir. Avukat ile müvekkili arasındaki güven ilişkisi de avukat bürosunda yapılan aramanın özel hayata ve meskene saldırı olarak kabul edilmesini gerektirir. Sözleşmenin 8. m.de yer alan İngilizce “home” (mesken) kelimesi Almanya'nın da aralarında bulunduğu pek çok ülke tarafından işyerlerini de kapsayacak şekilde kabul edilmiştir. Mesken ve özel hayat terimleri dar yorumlanmamalıdır. Bu terimlerin iş ilişkilerini ve iş lokallerini kapsayacak şekilde yorumlanması, 8.m.nin kişiyi resmi makamların keyfi saldırılarına karşı koruma amacına da uygundur. “ sonucuna varmıştır. Özbek, Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Arama, a.g.e., s.92-93, dn.291.

yaşamlarını kamuya açık yerlere nazaran daha rahat sergileyebildikleri bir kamusal alandır⁶⁰⁶. Avukatın büro kurma zorunluluğunun⁶⁰⁷ normatif olarak düzenlenmesinden hareketle, arama işlemine konu olabilecek büro, avukatın levhasına yazılı olduğu baroya bildirdiği yerdir. Kanun bildirim için levhaya yazıldığı tarihten itibaren 3 aylık bir süre öngördüğünden herhangi bir sebeple henüz Baroya bildirilmemiş ve fakat büro olarak kullanılan yer de CMK'daki usule tabi olacaktır.

Avukatın, konutunu büro olarak kullandığı hallerde, o yerin avukatın bürosu olarak mı konutu olarak mı kabul edileceği konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Öztürk,⁶⁰⁸ bu durumda konutu sayılacağını ve buna ilişkin hükümlerin uygulanacağını savunurken, Aydın,⁶⁰⁹ bu durumda o yerin avukatın bürosu olarak kabul edilmesi ve buna ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini savunmaktadır.

Arama tedbirinin müdafî bakımından ayrı koşullara bağlanmasının temel amacı savunma dokunulmazlığını korumaktır. Konutun büro olarak kabulü halinde, müdafîin gerek mesleğinden dolayı gerekse mesleği ile ilgisi olmayan suçlardan dolayı arama işlemi CMK'daki usule tabi olacaktır. Aksini kabul halinde ise, Av. K.'daki ilgili düzenleme yalnızca "avukatın mesleğinden kaynaklanan soruşturmalarda" sınırlı olacağından diğer ihtimaller genel hükümlere tabi olacaktır. CMK m.130 ile getirilen düzenlemenin daha kapsamlı olmasından hareketle, o yerin avukatın bürosu kabul edilmesi ve buna ilişkin hükümler uygulanması⁶¹⁰ daha isabetlidir.

Bu bağlamda özellik arz eden bir diğer husus, şirket avukatlarının şirket içindeki çalışma yerinin avukatın bürosu olarak kabul edilip, CMK m.130 düzenlemesinden yararlanıp yararlanamayacağıdır. Düzenlemenin getiriliş amacı, savunma hakkının sağlam tutulmasıdır. Avukatın, şirket avukatı olarak bir yere bağımlı çalışması, kendi bürosunu işleten avukata nazaran savunma bağımsızlığı ve avukat müvekkil ilişkisinin gizliliğinin

⁶⁰⁶ Dinç, a.g.e., s.225.

⁶⁰⁷ Av. K. m.43 uyarınca, "Her avukat, levhaya yazıldığı tarihten itibaren üç ay içinde baro bölgesinde bir büro kurmak zorundadır. Büronun niteliklerini barolar belirtir. (Ek iki cümle : 30/4/2013 - 6460/3 m.) 23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa göre anagayrimenkulün mesken olarak gösterilen bağımsız bölümlerinde kat maliklerinin izni ve benzeri şartlar aranmaksızın avukatlık büroları faaliyet gösterebilir. Bu konuda, yönetim planındaki aksine hükümler uygulanmaz.

Bir avukatın birden fazla bürosu olamaz. Birlikte çalışan avukatlar ayrı büro edinemezler. (Ek iki cümle : 2/5/2001 - 4667/29 m.) Avukatlık ortaklığı yurt içinde şube açamaz. Milletvekilleri, milletvekilliği süresince avukatlık yapamazlar. Bürosunu veya konutunu değiştiren avukat yenilerinin adreslerini bir hafta içinde baroya bildirmek zorundadır.

⁶⁰⁸ Öztürk v.dğr., a.g.e., s.439.

⁶⁰⁹ Aydın, a.g.e.,s. 83.

⁶¹⁰ Şen, Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması, a.g.m., s.340.

sağlanması bağlamında farklı uygulamayı sonuçlamaz. CMK kapsamında, avukatın şirket içi çalışma yeri, avukatın bürosudur.⁶¹¹

vi. Aramanın Kararda Belirtilen Amaçla Sınırlı Olması

Arama karar veya emrinde; aramanın nedenini oluşturan fiil, aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya, karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi gösterilir (CMK m.119/2). İlgili düzenlemeden de anlaşılacağı üzere arama kararında arama işleminin “sınırı” belirtilmek zorundadır. CMK m.130’da “...ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak...” ifadesine yer verilmek suretiyle müdafî açısından da benzer şekilde aramanın, kararda belirtilen amaçla sınırlı olduğu vurgulanmıştır. Mahkemelerin her türlü kararının gerekçeli olması, diğer bir ifadeyle konumuz bağlamında koruma tedbiri kararının “bireyselleştirerek” gerekçelendirilmesi; söz konusu tedbirin muhatabı avukat veya müdafî olduğunda önlemin alınmasının temelinde yatan kuvvetli şüpheye yönelik olarak daha detaylı bir şekilde ortaya konulmasını ifade etmektedir⁶¹². Bununla birlikte Kanun’da yer alan düzenlemeye bakıldığında, aramanın nedenine ilişkin bir ifadeye yer verilmemiş olup, savunma bağımsızlığının sağlanması için öngörülen güvence eksik bırakılmıştır⁶¹³.

AİHM, Niemietz/Almanya davasında⁶¹⁴, yerel mahkemenin arama kararındaki “...mektup sahibinin kimliğini ortaya çıkarabilecek her türlü belgenin aranması ve bunlara elkonulması...” yolundaki çok geniş yetkilerin “...aranan kişinin hukukçu kimliği

⁶¹¹ “Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, 14 Eylül 2010 tarihinde verdiği bir kararda, Rekabet Hukuku çerçevesinde arama işlemi bakımından, şirket avukatının, şirket içindeki çalışma yerini, avukatlık bürosu olarak kabul etmeyip, avukatlık mesleğinin özelliğinden kaynaklanan göreceli dokunulmazlığın dışında tutmakla kalmamış; şirket avukatı ile yapılan şirketle ilgili tüm yazışmalar üzerinde arama ve elkoyma işlemini de bunun dışında tutarak hukuka uygun saymıştır.” Serap Keskin Kızıroğlu, “Arama İşlemi Bakımından Şirket Avukatının Şirket İçindeki Çalışma yeri Avukatın Bürosu Sayılabilir mi? –Karar Çevirisi ve Değerlendirme-“ Köksal Bayraktar’a Armağan, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, İstanbul, 2010, ss.237-260, s.259.

⁶¹² Kocaoğlu, a.g.m., s.67.

⁶¹³ Bayraktar, a.g.m., s.2868.

⁶¹⁴ Karara konu olay şudur: “Alman vatandaşı Niemietz ‘Bunte Liste’ adlı politik bir organizasyonun kiliseye karşı etkinlik gösteren bir biriminde de çalışmış bir avukattır. İşçilerinden kilise vergisini ödemek istemeyen bir işverenin ceza davasının görüldüğü mahkemenin başkanı 9 Aralık 1986 tarihinde tehdit ve hakaret içeren bir mektup alır. Mektuba gönderici olarak uydurma olduğu belirlenen Klaus Wegener ismi ve davacı avukatın üye olduğu organizasyonun posta kutusu numarası yazılıdır. 13 Ocak 1986 tarihinde Münih Savcılığı Münih I no.lu Eyalet Mahkemesi Başkanlığından hakareten dolayı kamu davası açılması talebinde bulunur. Mahkeme, 8 Ağustos 1986 tarihinde söz konusu kişinin kimliğini tespit etmek amacıyla ev araması kararı vermiştir. Bunun üzerine mahkeme asıl göndericiyi tespit amacıyla avukat Niemietz adlı avukat da dahil olmak dört kişinin ev ve işyerlerinde arama kararı çıkarır. Davacı avukatın bürosu ve Freiburg savcılığı ve polisi tarafından 13 Kasım 1986 tarihinde aranmış, bu arama sırasında dosya dolapları, bazı dosyalar ve müvekkillerin isim ve adreslerinin bulunduğu çekmece incelenmiştir. Ancak şüpheli herhangi bir şeye rastlanmamıştır.” Aktaran Özbek- Bacaksız, a.g.m., s.169, dn.41.

gözetildiğinde, bürosundaki belgelerin incelenmesinin mesleki gizliliğe tecavüz niteliği taşıdığı, bu durumun da Sözleşmenin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma güvencelerini ihlal edebileceği gibi, başvurusunun mesleki onurunu zedeleyen uygulamanın demokratik toplumların gerektirdiği sınırları aşması nedeniyle, özel yaşama, konuta ve haberleşmeye saygı haklarının ihlali olarak nitelemiştir. AİHM, vermiş olduğu başka bir kararda⁶¹⁵ konuya ilişkin yine önemli tespitte bulunmuştur. “(...) Gerek arama kararı başvurusunda gerekse arama kararının kendisinde başvurusunun bürosunda hangi belge ve maddelerin elde edilmesinin beklendiği veya bunların soruşturma ile nasıl bir ilişkilerinin bulunduğu belirtilmemiştir. Üstelik arama kararını verirken hakim, imtiyazlı eşyaya elkonulup konulamayacağı hususuna hiç değinmemiştir. Arama kararları uygulanabilir olduğu kadar etkisini makul sınırlarda tutmaya yönelik biçimde düzenlenmelidir. Bu, aranan yerin kural olarak mesleki imtiyaza konu eşyayı içeren avukat bürosu olması durumunda çok daha önemlidir.”

Aramanın kararda belirtilen amaçla sınırlı olması, avukatların mesleki faaliyetlerini aynı büroda birlikte yürüttükleri⁶¹⁶ durum bakımından da önem arz eder. Zira bir avukatın müdafiliğini üstlendiği şüpheli veya sanığa ilişkin ya da kendisinin şüpheli veya sanık olarak bulunduğu yargılamayla ilgili büroya ilişkin mahkeme tarafından verilecek arama kararı, yalnızca o avukatın bürodaki çalışma alanıyla sınırlı olmalıdır. Diğer avukatların çalışma alanına bu şekilde yapılacak olan müdahale, savunma bağımsızlığı ve özel hayatın gizliliğinin ihlaline neden olabilecektir. Nitekim AİHM, savcılık ofisinde kamu görevlisi olarak çalışan kişi hakkında dahi “*çalışma mekanı ya da en azından çalışma masası ve dosya dolabı gibi özel eşyalarını koyduğu alanlar hakkında makul şekilde özel mülkiyeti gibi bir beklentisi olabileceği, aksi davranışın özel hayatın gizliliğinin korunmasına haksız bir müdahale sayılacağı*” sonucuna varmıştır⁶¹⁷.

Soruşturma makamlarından özellikle, tedbirin zamansal olarak mümkün olduğunca müvekkillerin bulunmadığı bir zamanda yerine getirilmesi beklenir. Yargının bir parçası olan avukatın kural olarak ispat vasıtalarını müvekkili lehine ortadan kaldırmayacağı kabulünden yola çıkılmalıdır.⁶¹⁸

⁶¹⁵ Mualla Buket Soygüt Arslan, a.g.m., s.121.

⁶¹⁶ Av. K. m.44/1 uyarınca, “*Avukatlar, meslekî çalışmalarını aynı büroda birlikte veya avukatlık ortaklığı şeklinde de yürütebilirler.*”

⁶¹⁷ 2007 tarihli Peev/ Bulgaristan davası, Başvuru No. 64209/01'den aktaran Bozlak, a.g.m., s.86.

⁶¹⁸ Gercke, Avukat Bürolarında Arama, a.g.m., s.156.

Kanun koyucu avukat bürolarının aranmasını yalnızca belirli suç tipleri için veya belirli bir sınırın üzerinde hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından öngörmüştür⁶¹⁹. Diğer bir ifadeyle, tüm suç tipleriyle ilgili isnada ilişkin avukat bürosundaki aramalar CMK m.130 kapsamında yapılması gerekir. Örneğin, şüpheli veya sanığın suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan yargılanması, delil elde etmek amacıyla şüpheli veya sanığın müdafiliğini yapan avukatın bürosunun aranmasının CMK m.116 vd. hükümlerine tabi olacağı anlamına gelmez.

Arama yukarıda belirtildiği üzere, hem şüpheli veya sanık hem de “diğer kişiler” bakımından uygulanabilen bir koruma tedbiridir. Bu bakımdan müdafî de arama işlemine hem şüpheli veya sanık hem de “diğer kişi” olarak maruz kalabilmektedir. Hangi gerekçe ile olursa olsun avukatın bürosu, ancak CMK m.130’da öngörülen şartların sağlanması halinde aranabilecektir⁶²⁰. Bununla birlikte doktrinde, hükmün getiriliş amacının avukata kişi olarak değil, mesleki olarak daha güvenli bir ortamın sağlanması olduğundan hareketle, avukatın şüpheli ya da sanık olması durumunda genel hükümlerin uygulanması gerektiği de ileri sürülmüştür⁶²¹.

Yukarıda belirtildiği üzere arama tedbiri elkoyma veya delil araştırma amacıyla yapılabileceği gibi yakalama amaçlı da olabilir. Bu kapsamda şüpheli veya sanığın, müdafinin bürosunda bulunması ihtimalinde ve özellikle suçüstü⁶²² halinin varlığı durumunda yakalama amaçlı yapılacak aramanın hangi koruma tedbirine ilişkin usul ve kurallara tabi olacağı meselesi⁶²³ önem taşımaktadır.

⁶¹⁹ Özbek v.dğr., Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.407.

⁶²⁰ Şen, Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması, a.g.m., s.340.

⁶²¹ Özbek- Bacaksız, a.g.e., s.168.

⁶²² Arama Yönetmeliğinin 8.maddesinin ‘a’ bendinde, hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabi tutuklama kararı bulunan kaçağın yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada da karar veya emir aranmayacağı hükmü hakkında Danıştay 10.Dairesi’nce, önce 2005/6392 sayı ve 19.01.2006 tarihli kararla yürütmeyi durdurma kararı, sonra da 2007/948 sayı ve 13.03.2007 tarihli kararlar iptal kararı verilmiştir. 30.maddenin 1.fikrasındaki: ‘*Haklarında gıyabi tutuklama veya tutuklama kararı ile yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişilerin yakalanması için yapılacak aramalarda, ayrıca arama kararı verilmesi gerekli değildir. Bu gibi hallerde sadece yakalanacak kişiyle ilişkili işlemler yapılabilir. O yerde bulunan diğer kişiler hakkında ayrıca karar verilmemişse, arama yapılamaz.*’ hükmü de yine aynı kararlar iptal edilmiştir. Danıştay 10.Dairesi Yönetmeliğin 30/1.maddesindeki bu düzenlemeyle, Yönetmeliğin 8/a maddesine göre kapsamın, yakalanacak kişiye ait olmayan yerlerde yapılacak aramaları da kapsayacak şekilde genişletildiğini de ifade etmiştir.

⁶²³ Özbek, hakkında gıyabi tutuklama kararı bulunan şahsın avukatın bürosunda yakalanması amacıyla büroda aramanın mümkün olmakla birlikte uygulanmaması gerektiğini, savunma özgürlüğü ve avukata olan güven düşüncesinin buna engel olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Özbek, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, a.g.e., s.92.

Söz konusu yerin müdafinin bürosu yerine bir ev, apartman dairesi, işyeri olması ihtimalinde, doktrinde ayrıca yazılı emir koşulu aranmaksızın, kolluğun o yere girerek o kimseyi arama yetkisinin bulunduğu ve konunun arama kurumu yerine, burada suçüstü haline bağlı yakalama yetkisini düzenleyen hükümler⁶²⁴ nazarında ele alınması gerektiği ileri sürülmüştür.⁶²⁵ Bu duruma ilişkin olarak Arama Yönetmeliği m.8’de “(...) işlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun failinin yakalanması amacıyla takibi sırasında girdikleri araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda, ayrıca bir arama emri veya kararı alınmayacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Arama kapsamında suçüstü ile ilgili olarak ne CMK m.117/3’te yer alan düzenleme ne de m.118/2’de yer alan düzenleme arama emri veya kararına ilişkin istisnai nitelikte değildir. Keza ilki, diğer kişiler bakımından yapılacak aramada aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına istisna getirirken; diğeri aramanın gece yapılamayacağı kuralına istisna getirmektedir.⁶²⁶ Nihayet aramanın yetkili merciin emrini almaksızın yapılması arama bakımından keyfi uygulamalara mahal verebileceği gibi “diğer kişi”nin özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkını kamu güvenliği lehine zedeleyici niteliktedir.

Durum müdafinin bürosu bakımından ele alınırsa; öncelikle avukatın bürosunda aramaya ilişkin ayrıcalıklı düzenlemenin yalnızca delil elde etmeye yönelik olduğundan bahisle elkoymaya öngelen aramayla sınırlı olduğu ve yakalama amacıyla yapılacak aramanın bu kapsamda olmadığı sonucuna ulaşılması söz konusu değildir. Zira bu, hükmün getiriliş amacı ve kanun koyucunun buna ilişkin bir ayrıma yer vermemesinin doğal sonucudur. İlgili hükümde kanun koyucunun aramaya sebep olacak durumlara ilişkin istisnaya yer vermemesi nedeniyle koruma tedbirlerinin varlık koşulu yasallık kapsamında

⁶²⁴ CMK m.90/2 uyarınca; *Kolluk görevlileri, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde; Cumhuriyet savcısına veya âmirlerine derhâl başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptirler.*

⁶²⁵ Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.384. Amerikan Yüksek Mahkemesi Warden /Hayden davasında verdiği kararda, silahlı soygun yapan kişinin beş dakika evvel o eve girdiğinin görüldüğü tanıklar tarafından bildirildiği takdirde, hakim kararını almak için beklemenin sebep olacağı gecikmedeki tehlikenin kolluk memurunun ve üçüncü şahısların hayatları açısından tehlike doğabileceği gerekçesi ile, kolluk memurunun kendiliğinden eve girme yetkisini kabul etmiştir. Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.1076.

⁶²⁶ Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.384.

“suçüstü hali”ne ayrıcalık tanınmasına cevaz verilmesi, “savunmanın bağımsızlığının ve avukatlık mesleğinin onurunun”⁶²⁷ zedelenmesini sonuçlar.

Son olarak, müdafinin sır saklama yükümlülüğü sebebiyledir ki kaçak sanığın adresini bildirmek zorunda değildir. Sanığın adresini öğrenmek için, müdafinin bürosunda yapılacak arama, hukuka aykırı olacaktır.⁶²⁸

(4) Avukatlık Kanunu Kapsamında Müdafie İlişkin Adli Arama

CMK m.130 bağlamında avukatlar hakkında aramanın büroları ile sınırlı olup, avukatın üstü ile yanında taşıdığı eşyayı ve evini kapsamayacağı noktasında özel kanun niteliği taşıyan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesinin uygulanırlığı gündeme gelecektir.⁶²⁹

Av.K. m.58’e göre; avukatların görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia olunan suçlarla ilgili soruşturma yapılabilmesi Adalet Bakanlığının vereceği izne tabidir.⁶³⁰ Ayrı bir soruşturma usulüne tabi tutulmaları, görev aldıkları uyuşmazlıkların taraflarınca yapılacak muhtemel suçlamalara karşı korunmaları ve yine birlikte çalıştıkları adli makam ve mercilerle aralarında çıkabilecek sorunlarda haksız muamelelere maruz kalmamaları içindir⁶³¹. Böyle bir suçun soruşturulması sırasında avukatların bürosunda, konutunda ancak hâkim kararı ile bu kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile arama

⁶²⁷ “Fransa’da 1861 yılında gerçekleşen bir olayda dahi, Paris Baro Başkanlığı bu işlemi kanuna aykırı bulmamakla beraber böyle bir uygulamanın avukat vakarına da ve dolayısıyla Baronun bağımsızlığına aykırı sayarak protesto etti. O tarihten beri Fransa’da, avukatının bürosunda iken hiçbir sanık yakalanmamakta, büroyu terk ettikten sonra zabıta görevini yapmaktadır.” Erem, Meslek Kuralları (Şerh), a.g.e., s.128.

⁶²⁸ Kocaoğlu, a.g.m., s.60.

⁶²⁹ Şen, Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması, a.g.m., s.340.

⁶³⁰ “Bir avukatın görevinden doğan ya da görevi sırasında ağır cezalı suçüstü hariç bir suç işlediği ihbarını alan Cumhuriyet Savcısının soruşturma izni alınıncaya kadar yapılabileceği işler kanutların tespitiyle sınırlıdır. Bu evrede şüpheli avukatın lehine ve aleyhine elde edilen kanutların neler olduğunun saptanarak kaybolmasının önlenmesi ve varsa suç eşyasının korunması gerekir. Belirtilen dönemde işlenen suçla 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, hâkim tarafından sorguya çekilemez, üzeri, konutu ve işyeri aranmaz. Ağır cezalı suçüstü hariç, yakalanamaz, gözaltına alınmaz ve tutuklanmaz.” Y. 4.C.D., E. 2006/3595, K.2006/11718, K.T.: 31.05.2006’dan aktaran Öztürk- Erdem, a.g.e., s.657. Benzer yönde, “(...) Av. ... hakkında ise, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 58 inci maddesinde, avukatların avukatlık görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, soruşturmanın, suçun işlendiği yer Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılacağı hükme bağlandığı anlaşıldığından, (...)” Danıştay 1. Dairesi, E. 2004/531, K. 2005/39, K.T. 11.1.2005, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 02.05.2014.

⁶³¹ Gökcan, a.g.m., s.152.

yapılabilir⁶³². Kanun koyucu, görevden doğan ve görev sırasında işlenen suçlardan dolayı konutta, büroda ve üstte yapılacak aramanın sınırlarını bu düzenlemeyle belirlemiştir.⁶³³

Görevden doğan veya diğer bir ifadeyle göreviyle ilgili işlenen suçlardan ne anlaşılması gerektiği önemlidir. Öncelikle görevin kapsamı belirtilmelidir. Bu bağlamda Av. K. m. 35 “*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 düzenlemenin*” yalnız baroda yazılı avukatlara ait olduğunu hüküm altına almıştır. Bu bağlamda Avukatlık Kanunu kapsamında avukatın görevi sayılan hususlar ile diğer kanunlarda avukat sıfatı sebebiyle yüklenen görevler, kapsamı oluşturmaktadır⁶³⁴. Bu durum yargı görevi yapan ve kamu görevlisi sayılan avukat hakkında da, yargı görevi yapanların ve kamu görevlisinin fail olarak öngörüldüğü suç tiplerinin uygulanması sonucunu doğurur⁶³⁵. Buradan anlaşılması gereken ise, bu durumlarla ilişkili işlenen suçlarda özel yargılama rejimi (Av. K. m.58) söz konusu olacaktır.⁶³⁶ Ayrıca avukatın ve bu bağlamda müdafinin kamu görevlisi olduğu ve yargı görevi yaptığı dikkate alındığında Av. K’da yer verilmiş olan “avukatlık görevinden doğan” ifadesi işin doğası gereği kamu görevlisi olarak işlediği özgü suçları da kapsamaktadır. Av. K’da avukatlara çıkar karşılığı iş getirme ve avukatları bu şekilde aracı kullanma (m.48), aslı olmayan vekâletname veya diğer kağıt ve belgelerin örneğini onaylayan yahut aslına aykırı örnek verme (m.56/3), görevi kötüye kullanma⁶³⁷ (m.62), avukatlık mesleğini yapmak hakkına sahip olmadıkları halde avukatlık yapma (m.63) suç olarak düzenlenmiştir.⁶³⁸

⁶³² “Polis memuru olan sanığın, hakkında savcılıkça yakalama kararı bulunan kişinin kararda gösterilen adresi olması nedeniyle geldiği avukatlık yazıhanesinde, 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 2.5.2001 gün ve 4667 sayılı Yasa ile değişik 58/1.maddesinde belirtilen koşullar bulunmadan izinsiz olarak aldığı anahtarla kilitli avukat odasını açıp araştırması biçimindeki eyleminin özel nitelikli TCY.nun 194 /son maddesinde yer alan suçu oluşturduğu gözetilmeden, aynı yasanın 240/2.maddesiyle hüküm kurulması, (...)bozmayı gerektirmiş, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 02.03.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” Y 4.CD, E. 2003/12636, K. 2005/1576, K.T. 2.3.2005, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 05.05.2014.

⁶³³ Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.385,

⁶³⁴ Gökcan, a.g.m., s.154.

⁶³⁵ A.e., s.156.

⁶³⁶ Mahmutoğlu- Talas, a.g.m., s.33.

⁶³⁷ Av. K. m.62’nin kapsamı; tüm özel ve genel nitelikli görevi kötüye kullanma suçlarını içermeyip, yalnızca genel nitelikli olan 257. maddedeki suçlara ilişkindir. Avukatın kamu görevlisi sayıldığı durumlarda TCK’nın kamu görevlisiyle ilgili ceza hükmü doğrudan uygulanabilmekte, 62. madde bir engel oluşturmamaktadır. Gökcan, a.g.m., s.155.

⁶³⁸ Suçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mahmutoğlu- Talas, a.g.m., s.20 vd.

Avukatlık görevinden doğan suç bağlamında TCK'da "adliye karşı suçlar" bölümünde düzenlenmiş olan yargı görevi yapanı, birlikişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs (m.277); kamu görevlisinin suçu bildirmemesi (m.279); tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme (m.284) suçları müdafii açısından önem taşımakta ve özellik arz etmektedir. Müdafii bir yandan yasal düzenlemelerle birtakım hak ve yetkilerle donatılmış, yükümlülüklerle tabii kılınmış iken; bir yandan da yine yasal düzenlemelerle müdafii yargılama sürecindeki "savunma serbestisi" hak ve yükümlülükleri aleyhine yaptırım tehdidine maruz bırakılmıştır.

CMK'da sadece avukat büroları ile ilgili bir düzenleme yer aldığı halde Av.K.'da avukatın bürosuyla birlikte konutunda yapılacak aramalar için de bir istisna getirmiştir. Ancak bu iki düzenlemenin koruduğu alanlar farklıdır. CMK m.130, avukatın mesleğiyle ilgili olsun olmasın⁶³⁹ bürosunda yapılan aramayı kapsamakta⁶⁴⁰ ve bunun mutlaka mahkeme kararıyla yapılmasını şart koşmaktadır. Av.K. m.58 ise, sadece mesleğinden kaynaklanan soruşturmalara ilişkin bir korumayı ifade etmektedir. Anlaşılabacağı üzere, aramaya sebep suç bakımından CMK hükmü, Av.K. hükmüne göre daha geniştir. Ancak her iki halde de arama Cumhuriyet savcısının gözetiminde, baro başkanı veya görevlendireceği temsilcisinin katılımıyla gerçekleşecektir.⁶⁴¹

Gerek Av.K.'daki düzenlemede gerekse CMK'daki düzenlemede avukatın bürosunda ve konutunda, ancak mahkeme kararıyla ve sadece kararda belirtilen olayla ilgili olarak arama yapılabileceği hükmüne yer verilerek arama işleminin amaçla sınırlı olduğu vurgulanmıştır.⁶⁴² Savunma hakkının önemine binaen kamu otoritesinin dilediği zaman bu mesleği icra edenin meslek ve hatta özel yaşamına giremeyeceğini gösteren önemli bir husustur⁶⁴³.

⁶³⁹ CMK'da yer alan düzenlemenin yalnızca adi suçlara ilişkin olduğu yönünde bkz. Serap Keskin Kızıroğlu, a.g.e., s.146; aksi yönde Recep Gülşen, **Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama**, (çevrimiçi) <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>, erişim tarihi: 08.02.2014.

⁶⁴⁰ Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1992 senesinde Alman Ceza Kanunu'na madde 261 olarak eklenen "kara parayı aklama suçu"nun, müdafilerin aldığı vekalet ücreti bağlamındaki geçerliliği hakkında önüne gelen başvuruda konumuzla bağlantılı olarak dikkat ettiği husus önemlidir: "...Ayrıca savcılık tarafından müdafii hakkında yürütülecek muhtemel bir soruşturma çerçevesinde müdafinin veya bürosunun aranması sırasında, özellikle savunma stratejisine ilişkin evrakın kovuşturma organlarının eline geçmesi ihtimali de, müvekkil-müdafii arasındaki güven ilişkisini olumsuz yönde etkileyecektir. (...)" Osman İfşen, "Müdafinin Vekalet Ücreti ve Kara Parayı Aklama Suçu 30 Mart 2004 Tarihli Alman Anayasa Mahkemesi Kararı", **Ankara Barosu Dergisi**, S.54, 2004, ss.331-333, s.332.

⁶⁴¹ Kunter- Yenisey- Nuhoğlu, a.g.e., s.955; Öztürk- Erdem, a.g.e., s.545.

⁶⁴² Aksoy, a.g.e., s.115.

⁶⁴³ Şen, Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması, a.g.m., s.341.

Avukatları büroları gerek kişisel suçları gerekse de görev suçları bakımından özel düzenlenmeye tabi tutulmuşken konutları sadece görev suçları bakımından özel düzenlemeye tabi tutulmuştur.⁶⁴⁴ Mesleğinden kaynaklanan suçlar dışında yapılacak soruşturmalarda, avukatın konutunun herhangi bir muafiyeti yoktur. (1136 sK. m.58/1)

1136 sayılı Kanun'da avukatın üzerinin aranmasının tek istisna dışında mümkün olmadığı hükme bağlanmıştır. "Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren⁶⁴⁵ bir suçtan dolayı suçüstü hali" adli arama kapsamında avukatın üzerinin aranması konusunda dokunulmazlık zırhını kaldıran bir hal olarak düzenlemiştir. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlardan ne anlaşılması gerektiği konusunda 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun dikkate alınarak açıklama yapmak gerekir. İlgili Kanun'un 12. maddesinde⁶⁴⁶ ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlara yer verilmiştir. Bu suçlardan birinin müdafî tarafından işlenmesi durumunda ki ayrıca suçüstü halinin⁶⁴⁷ olması koşuluyla arama kararı bulunmaksızın bu işlem gerçekleştirilebilecektir⁶⁴⁸. Av. K.'da yer alan ifadeden, avukatın görevinden doğan veya görevi sırasında işlediği suç ayırımına da başvurmaksızın, diğer bir ifadeyle, işlediği iddia olunan suçun adi veya görevle ilgili olup olmadığı fark etmeksizin, şüphesiz ki ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü halleri dışında, avukatın üzerinin aranmayacağı sonucuna ulaşılması mümkündür⁶⁴⁹.

⁶⁴⁴ Aydın, a.g.e., s.81.

⁶⁴⁵ 23/1/2008 tarihli 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 77/e maddesinin gerekçesi şu şekildedir: "Avukatlık Kanununun 58 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan 'ağır cezayı gerektiren suçüstü' terimi 5237 sayılı Kanunda suç karşılığı uygulanacak yaptırımlar arasında ağır hapis cezasına yer verilmediğinden madde metninde yer alan arama işleminin gerçekleştirilmesi bakımından suçun nev'i, niteliği ve ağırlığı dikkate alınarak 5235 sayılı Kanun hükümlerine göre ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suç ölçütü kabul edilmek suretiyle madde yeniden düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, avukatlar hakkında hafif hapis veya hafif para cezası verilemeyeceğine ilişkin düzenleme, duruşmanın inzibatına ilişkin olarak getirilmiş olması nedeniyle bu terimlerin karşılığı Ceza Muhakemesi Kanununda disiplin hapsi olarak belirlenmesi sebebiyle değiştirilmiştir."

⁶⁴⁶ Kanunların ayrıca görevli kaldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmi belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir.

⁶⁴⁷ CMK m.2/1-j) 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.

⁶⁴⁸ Av. K. m. 61 uyarınca, "Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde soruşturma, bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından genel hükümlere göre yapılır."

⁶⁴⁹ Şen, Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması, a.g.m., s.342.

II. EL KOYMA TEDBİRİ

A. GENEL OLARAK

Koruma tedbiri olarak elkoyma,⁶⁵⁰ yetkili merciin kararı üzerine, delil olabilecek veya müsadereye konu olan eşyayı yanında bulunduranın rızasına gerek olmaksızın, eşya üzerindeki tasarruf yetkisinin geçici olarak ortadan kaldırılmasıdır.⁶⁵¹ CMK’da (m.123) ilk olarak, ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerlerinin muhafaza altına alınacağı belirtilmiş; ikinci fıkrada ise yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmemesi halinde bu tür eşyaya elkonulabileceği düzenlenmiştir. Kanun muhafaza altına alma ve elkoyma arasındaki ayrımında “rıza” unsurunu esas almış ve hükme bağlamıştır.

Eşyayı yanında bulunduran kişi “teslim mecburiliği”ne aykırı yönde iradesini açıklaması halinde Kanun ayrıca disiplin hapsinin⁶⁵² uygulanacağını (m.124) hüküm altına almıştır. Bununla birlikte belirtilmelidir ki; gerekçede de açıklandığı üzere dayanağını AY m.38/5’te yer alan “hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı” düzenlemesinden alan CMK m.124/2 uyarınca, şüpheli veya sanık ya da tanıklıktan çekinebilecekler⁶⁵³ hakkında disiplin hapsi uygulanmayacaktır. Kanun bu kişiler bakımından istisnai bir

⁶⁵⁰ CMK’daki elkoyma terimini CMUK’da “zapt” terimi karşılamaktaydı.

⁶⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gökçen, a.g.tz., s.23 vd.

⁶⁵² CMK madde 60/1; *Yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında, bundan doğan giderlere hükmedilmekle beraber, yemininin veya tanıklığının gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verilinceye kadar ve her hâlde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilir. Kişi, tanıklığa ilişkin yükümlülüğüne uygun davranması halinde, derhâl serbest bırakılır.*

⁶⁵³ CMK madde 45; (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 altsoyu. 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. Madde 46 – (1) Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır: a) Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler. b) Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler. c) Malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler.*

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

düzenlemeye daha yer vererek bu kapsamdaki güvenceyi pekiştirmiştir: “Şüpheli veya sanık ile 45 ve 46 ncı maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezdinde buldukça elkonulamaz (m.146).” Bu tür mektuplara ve belgelere elkonulması halinde hukuka aykırı delil söz konusu olacakken; “ilgisinin rızasıyla teslim” (muhafaza altına alma) halinde yasaklama söz konusu olmadığı için, hukuka uygun delil elde edilmiş olacaktır. Kanun burada bu kişilere ilişkin bir zorlamanın mümkün olmadığını kabulle, delil olabilecek şeye” değil; tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanların iradesine ayrıcalık tanımıştır. Belirtilmesi gerekir ki; mektup veya belgeleri yanlarında bulduran bu kişiler soruşturmada şüpheli durumunda olsa bile bu mektup ve belgelere el konulamayacaktır.⁶⁵⁴

Kanunda üç grup eşyaya el konulabileceği düzenlenmiştir: (a) ispat aracı olarak yararlı görülen⁶⁵⁵, emare niteliğindeki eşya, (b) eşya müsaderesine⁶⁵⁶ tabi bulunan mal varlığı değerleri ve (c) kazanç müsaderesinin⁶⁵⁷ konusunu oluşturan mal varlığı

⁶⁵⁴ CMUK Madde 89 – *Maznun ile 47 ve 48 inci maddeler mucibince şahitlikten çekinme hakkı olan kimseler arasında teati olunan mektuplar bu kimseler yanında buldukça ve bunlar tahkikatın mevzuu olan vakalara iştirak etmiş olmak veya yataklık etmek şüphesi altında olmadıkça zaptedilemez.* Eski Kanun döneminde aranan “soruşturmanın konusu olan olaylara iştirak etmiş olmak veya yataklık etmek şüphesi altında olmaması” şartına CMK’da yer verilmemiştir.

⁶⁵⁵ CMUK’da faydalı görülen olarak ifade edilmiş olan “yararlı görülmeden” maksat; eşyada potansiyel olarak delil niteliğinin bulunmasıdır. Bir eşyanın gerçekten delil niteliğine sahip olduğu, delil olarak değerlendirilmesi sırasında anlaşılacağı için, bu eşyaya elkoyma esnasında, yürütülen ceza muhakemesinde olayı aydınlatmak amacıyla kullanılabilmesinin ortaya çıkması yeterlidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gökçen, a.g.tz., s.148.

⁶⁵⁶ TCK madde 54- (1) *İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir.* (2) *Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkansız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir.*

(3) *Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suçta nazaranda daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir.* (4) *Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir.* (5) *Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsaderesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsaderesine karar verilir.*

(6) *Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suçta iştirak eden kişinin payının müsaderesine hükmolunur.*

⁶⁵⁷ TCK madde 55- (1) *Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir.* (2) *Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulmadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir.* (3) (Ek: 26/6/2009 – 5918/2 m.) Bu madde kapsamına giren eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşyayı sonradan iktisap eden kişinin 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun iyiniyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olması gerekir.

değerleri.⁶⁵⁸ Eşya, kelime anlamı olarak; canlı varlığın karşısı olan, cansız varlık, madde, nesne anlamını taşıyan “şey”in çoğulunu karşılarken, hukuki anlamda maddi bir varlığı olup, üzerinde hakimiyet kurulması mümkün olan, sınırlanabilen, insan dışı, ekonomik değer taşıyan, her türlü nesne anlamına gelmektedir.⁶⁵⁹ Ayrıca, 01.06.2005 tarihli ve 8200 sayılı Suç Eşyası Yönetmeliği’nde Kanun hükmüne paralel şekilde *suç eşyası*⁶⁶⁰ kavramı açıklanmış olup, söz konusu kavramın kazancı da içine alacak şekilde ifade edilmesi yerinde olmuştur⁶⁶¹.

Aramada muhatap kişinin şüpheli veya sanık veya üçüncü kişi olması ihtimalleri orantılılık ilkesine uygun olarak farklı şüphe yoğunluğunu gerektirmekle birlikte elkoyma bakımından bu ayrıma gidilmemiş, *delil niteliğinde olan veya müsadereye tabi bulunan bir eşyayı elinde bulunduran*⁶⁶² muhatap kabul edilmiştir. Bu bağlamda elkoymaya maruz kalacak kişi, şüpheli veya sanık olabileceği gibi; suçla hiç ilgisi olmayan kişinin de malik olmasa dahi eşyayı elinde bulundurduğundan dolayı geçici olarak eşya üzerindeki fiili hâkimiyeti sonlanabilecektir. Bu zorunluluk, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıyla sağlanacak olan toplumsal barış sebebiyledir ki aynı zamanda koruma tedbirlerine esas teşkil eden hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur.⁶⁶³

Koruma tedbirleri kapsamında “aramanın takibi niteliğindeki” elkoyma tedbirine Arama Yönetmeliği’nde de yer verilmiştir. Yönetmelik’te de elkoyma’nın tanımı⁶⁶⁴ CMK’daki düzenleme ile paralel iken; Yönetmelik’te ayrıca “koruma altına alma” (m.4) düzenlemesine yer verilmiştir. Belirtilmelidir ki; aralarındaki fark, sürece ilişkindir. Koruma altına alınan, eşyayı zilyedinin kendiliğinden vermesi veya eşyaya el konulana kadar geçici olarak alıkonulmasını karşıladığı kabul edilmiştir.

⁶⁵⁸ Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.1116.

⁶⁵⁹ Gökçen, a.g.tz., s.135.

⁶⁶⁰ “İspat aracı olarak yararlı görülen, suçta kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan, suçtan meydana gelen, üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyayı ifade eder. (m.3)”

⁶⁶¹ Özbek v.dğr., Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.392.

⁶⁶² Öztürk- Erdem, a.g.e., s.606.

⁶⁶³ Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.1117.

⁶⁶⁴ Arama Yön. m.4 uyarınca; “El koyma: Suçun veya tehlikelerin önlenmesi amacıyla veya suçun delili olabileceği veya müsadereye tâbi olduğu için, bir eşya üzerinde, rızası olmamasına rağmen, zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması işlemi, ifade eder”.

B. KAVRAM VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesinde büyük öneme sahip olan delillerin değiştirilmeden veya yok edilmeden mahkemenin incelemesine tabi tutulmasına hizmet eden elkoyma tedbiri, eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerlerine ilişkin de geçici bir zorlama tedbiridir.⁶⁶⁵ Hukuki açıdan koruma tedbiri kapsamında ele alınan elkoyma aramadan bağımsız bir kimliğe sahip olmakla birlikte çoğu zaman tamamlayıcı niteliği haizdir. Nasıl ki; özellikle delil elde edilmesine yönelik her hukuka uygun aramayı devamında elkoyma tedbiri takip ediyorsa, meşru bir elkoymayı önceleyen kurum da aramadır. Zira genellikle elkonulabilecek eşyanın tespiti, aramayla mümkündür.

Elkoymanın bağımsız bir kimliğe sahip olmasının doğal sonucu, salt arama kararına istinaden elkoymanın yapılamamasıdır. Zira yalnızca arama için verilmiş olan karar elkoyma kararını da içermeyeceğinden⁶⁶⁶, bu arama kararına dayanılarak eşyaya elkonulması halinde, elkoyma için ayrı bir karar verilmesini öngören CMK m.127'nin izahı zorlaşmaktadır.⁶⁶⁷

Elkoyma tedbirinin geçici olmasının doğal sonucu olarak, elkonulan eşya muhakemenin sonunda ya müsadere edilir ya da elkoyma sırasında elinde bulundurana iade edilir. Diğer bir ifadeyle, elkoyma kural olarak hükme kadar devam eder, keza hükümden sonra delil saklamak gerekli görülmemektedir.⁶⁶⁸ Elkoymada ayrıca koruma tedbirlerinin “tutucu olma özelliği” mevcuttur⁶⁶⁹. Hakkında elkoyma tedbiri uygulanan

⁶⁶⁵ Öztürk- Erdem, a.g.e., s.601.

⁶⁶⁶ Arama Yön. m.7/5 uyarınca; “*Arama talep, karar veya emrinde; a) Aramanın nedenini oluşturan fiil, b) Aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya, c) Karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi, d) Aranılacak eşyanın elde edilmesi hâlinde el konulup konulmayacağı, açıkça gösterilir.*” düzenlemesine yer verilerek d bendi ile CMK’da düzenlenen arama karar veya emrinde açıkça gösterilecekler (m.119/2) arasında yer almayan unsura yer verilmiştir. Yasada düzenlenmiş olmayan ve temel hak ve özgürlüklere müdahaleye yönelik bu düzenleme Anayasaya ve yasaya aykırılık taşımaktadır. Özbek- Bacaksız, a.g.m., s.179.

⁶⁶⁷ Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, a.g.e., s.249. Her iki koruma tedbirine aynı karar veya emirde yer verebilmek için, 5353 sayılı Kanunla 119. maddenin üçüncü fıkrası değiştirilmiştir. Değişiklik gerekçesi şöyledir: “*119. maddenin üçüncü fıkrasındaki ‘Arama sonucunda bazı eşyaya elkoyma söz konusu olduğunda 127. maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanır’ cümlesi metinden çıkarılmıştır. Bu değişiklikle, arama sonucunda gerçekleştirilecek elkoyma işlemine işlerlik kazandırılması amaçlanmıştır. Böylece, arama sonucunda bazı eşyaya elkoyma söz konusu olduğunda, bunun için ayrıca bir karar veya yazılı emir alınmasına gerek kalmayacak, arama karar veya emrinde, elkoyma yetkisi de verilebilecektir.*”

⁶⁶⁸ Kunter- Yenisey- Nuhoğlu, a.g.e., s.1117.

⁶⁶⁹ İlyas Şahin, “**Türk Ceza Yargılamasında Koruma Tedbiri Olarak Elkoyma**” (Yüksek Lisans Tezi) İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 1991, s.38.

kişinin malvarlığı üzerindeki fiili hakimiyeti eşyanın delil olma niteliğine binaen kısıtlanmakta, adliyenin eli altına alınmaktadır.⁶⁷⁰

Anayasal dayanağa⁶⁷¹ sahip olan ve aynı zamanda özel hayatın gizliliğine müdahale niteliği taşıyan elkoyma, kişinin mülkiyet hakkıyla⁶⁷² doğrudan ilişkili bir koruma tedbiridir. Diğer koruma tedbirlerine kıyasla, kişi özgürlüğü ile ilişkisi dolaylıdır. Kişiye ve özellikle malvarlığına ilişkin bu meşru müdahalenin koruma tedbiri olması sebebiyle taşınması gereken asgari şartların yanında Kanun'da hukuka uygun bir elkoymadan söz edilebilmesi için “usuli” birtakım şartlar öngörülmüştür (CMK m.127). Öncelikle belirtmek gerekir ki; CMK m.127’de arama tedbirindeki ön koşul olan somut delillere dayalı kuvvetli şüpheye yer verilmemiştir. Bununla birlikte kural yine elkoymaya hakim tarafından karar verilmesidir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri, elkoyma işlemini gerçekleştirebilecektir⁶⁷³ (CMK m.127).

C. HUKUKUMUZDA MÜDAFİ AÇISINDAN ELKOYMA TEDBİRİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Türk hukukunun tarihsel gelişimi önemli tarihi kırılma noktaları baz alınarak İslamiyet’ten önceki dönem, Türklerin Müslüman olmalarından sonraki dönem ve Cumhuriyet dönemi şeklinde ayrıma tabi tutularak incelenmekte; çalışma konumuz olan elkoymaya ilişkin İslamiyet’ten önceki döneme ait yeterli kaynağın bulunmayışı sebebiyle değerlendirme yapılamamakla birlikte⁶⁷⁴ Türklerin Müslüman olmalarından sonraki döneme hakim olan İslam Hukukuna ilişkin genel hatlarıyla açıklama yapmak konu bütünlüğünü sağlamak bakımından faydalı olacaktır.

İslam hukukunda muhakemenin sözlü ve halka açık ve başlıca delilin tanık beyanı olmasına paralel, delil amacıyla elkoymaya ilişkin uygulamanın azlığının aksine müsadere amaçlı elkoyma⁶⁷⁵ mevcuttur. Selçuklu ve Osmanlı Devletlerinde uygulama alanına sahip

⁶⁷⁰ Öztürk- Erdem, a.g.e., s.601.

⁶⁷¹ Bkz. Ay m.20, 21.

⁶⁷² AY m.35 – “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. (2) Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. (3) Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.

⁶⁷³ CMK m.127/3 (Değişik: 25/5/2005 – 5353/16 m.) *Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar.*

⁶⁷⁴ Gökçen, a.g.tz., s. 115.

⁶⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. A.e., s. 100

İslam hukuku ve elkoymaya ilişkin önem arz eden gelişme 1879 yılında kabul edilen “Usulü Muhakematı Cezaiye Kanunu Muvakkatı”⁶⁷⁶’dır. Elkoyma bu Kanun’da, 1876 tarihli dönemin anayasası kabul edilen Kanun-i Esasi⁶⁷⁷ ile de uyumlu olmakla birlikte bağımsız olarak ele alınmamış ve aramayla birlikte düzenlenmiş olmanın yanında, Kanun sistematüğinde Savcının görevleri arasında düzenlenmiştir. Bunun, aynı dönemde arama ve elkoyma yetkisini hâkime veren İslam hukukunun uygulanıyor olması sebebiyle, sakınca taşımadığı ileri sürülmektedir.⁶⁷⁸ Savcılık makamı suçta kullanılan her türlü eşya, silah, suçtan husule gelen eşya veya olayı aydınlatmaya yarayacak eşyaya elkoymak ve olayın açıklanmasını sağlamak açısından sanığa göstermek mecburiyetindedir (m. 32). Kanun usuli açıdan elkonulacak şeye ve kime ait olduğuna ilişkin ayrıma gitmeyerek, genel düzenlemeye yer vermiştir. Bu bağlamda tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanların nezdinde bulunan eşyaya ilişkin suçta kullanılmış veya olayı aydınlatmaya yetecek olması sebebiyle elkoyma gerçekleştirilebilecektir.

Cumhuriyet dönemine ilişkin değerlendirmelerin dönemin anayasaları ile birlikte yapılması yerinde olacaktır. 1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, önceki Kanuna nazaran elkoymayı ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Elkoymanın kapsamını daraltarak, elkonulması yasak eşyaya ilişkin hüküm getirilmesi özel hayatın gizliliği açısından olumlu bir gelişmedir. 1921 tarihli Anayasa’nın kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin düzenleme içermemesine karşın, 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun 81. maddesinde elkoyma ile doğrudan ilgili hükme yer verilmiştir. “*Postalara verilen kağıtlar mektuplar ve her türlü emanetler, yetkili sorgu yargıcı veya yetkili mahkeme kararı olmadıkça açılmaz ve telgraf ve telefonla haberleşmenin gizliliği bozulamaz*”⁶⁷⁹

Bu anlamda günümüz anayasasına en yakın düzenleme 1961 Anayasası’nda (m.15) yer almaktadır. “*Özel hayatın gizliliğine dokunulamaz. Adli kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı*

⁶⁷⁶ 1808 tarihli Fransız CMUK’unun kısmen tercüme ve tadili suretiyle yapılmış olan bu geçici Kanun, ülkemizde, 1929 yılında 1412 sayılı Kanunla Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun kabulüne kadar yürürlükte kalmıştır. Bu Kanun, memleketimizde tam ve eşraflı olarak neşredilen ilk kanun olma özelliğini taşımaktadır. Taner Tahir, **Ceza Muhakemeleri Usulü**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 3. bs, İstanbul, 1955, s.15.

⁶⁷⁷ 1876 tarihli Kanun-i Esasi’de konut dokunulmazlığı m.22’de “*Memaliki Osmaniye’de herkesin mesken ve menzili taarruzdan masundur. Kanunun tayin ettiği ahvalden maada bir sebeple hükümet tarafından cebren hiç kimsenin mesken ve menziline girilemez.*” şeklinde düzenlenmiştir.

⁶⁷⁸ Gökçen, a.g.tz., s. 118.

⁶⁷⁹ İsmail Uğuz, “**Ceza Muhakemesinde Bir Koruma Tedbiri Olarak Elkoyma**”, (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2007, s.40.

olmadıkça; millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.” 16. maddede yer alan düzenleme ise konut dokunulmazlığına ilişkin olmakla birlikte, konutta yapılabilecek muhtemel elkoymayla ilgili hakim kararının gerekli olduğuna açıkça yer verilmiştir. 1982 tarihli Anayasa’da yer alan konuya ilişkin düzenlemelere ilgili yerlerde değinilecektir.

Elkoymaya ilişkin yeni düzenlemeler getirmekle birlikte, CMUK bu kapsamda müdafî ile ilgili olarak tek düzenlemeye tanıklıktan çekinebilecek kişiler ile sanık arasındaki yazışmalara elkonulamayacağı (m.89) bahsinde yer vermiştir. Erem, usulde kıyas geçerliği uyarınca bu sonucun mektup dışındaki yazılar için de geçerli olduğunu belirtmiştir⁶⁸⁰. Avukat bürolarında elkoymaya ilişkin düzenlemeye ilk olarak 17 Aralık 2004 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK’da yer verilmiştir.

D. CMK KAPSAMINDA MÜDAFİ AÇISINDAN ELKOYMA

Kanun’un konuya ilişkin sistematığına bakıldığında elkoyma tedbiri “elkonulacak şeye” göre farklı şartlara ve usule tabi tutulmuştur. El koyma, basit el koyma ve özel el koyma olarak ikiye ayrılır.⁶⁸¹ Bu anlamda özel el koymanın içerisine taşınmaz hak ve alacaklara el koyma (CMK m.128), postada el koyma (CMK m.130) ve bilgisayara el koyma (CMK m.134) gibi özel koşulları gerektiren özel el koyma biçimleri girmektedir. Çalışmada CMK kapsamında –Avukatlık Kanunu’nda konuya ilişkin özel düzenleme bulunmadığından- sadece basit el koymadan ve postada el koymadan bahsedilip bu hükümlerin müdafî bakımından uygulanması hallerine değinilecektir.

Genel olarak avukat- müvekkil ilişkisi⁶⁸² bağlamında, elkoyma hakkında getirilen ayrıcalıklar, avukat-müvekkil gizliliğinin bir görünümüdür. Bununla birlikte avukat-

⁶⁸⁰ Erem, Meslek Kuralları (Şerh), a.g.e., s.126.

⁶⁸¹ Öztürk- Erdem, a.g.e., s.602; Gökçen, a.g.tz., s.5 vd. Doktrinde basit elkoyma yerine genel elkoyma terimini kullanan yazarlar da mevcuttur. Bkz. Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, a.g.e., s.249.

⁶⁸² Alman Federal Yüksek Mahkemesi’ne göre; “bir müdafîe karşı gerçekleştirilen ceza muhakemesinde, şüpheli kimsenin müdafîinin şüpheliyle ilgili yazışmalarına Al. CMK 97/1 ve 148/1 uyarınca elkonulabilir ve bunların değerlendirilmesini engelleyen bir husus bulunmamaktadır. (...) Müvekkillik ilişkisi, müdafîinin kendi işlediği suçunu müvekkiline açıklaması durumunda delilin değerlendirilmemesi ve bu surette de ceza sorumluluğuna kaynaklık edemez. Bu iki kişi arasındaki ilişkinin korunması, müvekkil yönündendir. Her ne kadar, Al. CMK 148/1’de şüpheli veya sanık ile müdafîi arasındaki yazılı ve sözlü açıklamaların şüpheli veya sanığın serbestçe savunulması için düzenlendiği ve bu nedenle de, savunmayı engelleyen ve ağırlaştırıcı her sınırlamanın ortadan kaldırılması gerektiği bir vaka ise de, bu, hiçbir surette Al. CMK’nın 148. paragrafının aynı Kanununun 97. paragrafına nazaran genel bir önceliği bulunduğu ve delilin değerlendirilmesi koşullarını geçersiz kıldığını ifade etmez. Müdafîe karşı özellikle

müvekkil gizliliğinin doğrudan Anayasal dayanağa sahip olmaması, bu kapsamda yapılacak arama ve elkoyma bakımından genel kuralın uygulanmasına gerekçe olamaz, zira uluslararası kabul uyarınca avukat- müvekkil gizliliğinin beklentisi makuldür ⁶⁸³ ayrıca düzenlemeyi gerektirir. Belirtilmelidir ki, “*bu ayrıcalık hukuk devletinde avukat ile müvekkil arasındaki ilişkinin temelini oluşturmak ve yurttaşların yasal haklarının korunmasını sağlamak amacıyla düşünülmüş kavramsal bir ilkedir*”⁶⁸⁴.

CMK m.130’a göre; “*avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranır. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur*”. Şüpheli veya sanık ile müdafî arasındaki güven ilişkisinin doğal sonucu olan savunma gizliliğine ilişkin kast olmaksızın belgelerin ifşası şeklinde gerçekleştirilen ihlal, arama ve elkoyma arasındaki kavramsal farktan kaynaklanabileceği gibi bazı durumlarda aramayı yapanların yeterli tedbiri almamasından veya aramanın yapılmasına ilişkin deneyim eksikliğinden kaynaklanabilir. ⁶⁸⁵ Bu nedenle yargılama sùjelerinin elkoyma esnasında bulunmaları, elkoyma işleminin gereği gibi yerine getirilmesi bakımından da şarttır.

Arama sonucunda el konulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir. Bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hakiminden ve kovuşturma evresinde hakim veya mahkemeden istenir. ⁶⁸⁶ 6545 sayılı Kanun’la 5235 sayılı Kanunun ilgili maddesinde yapılan değişiklik uyarınca, sulh ceza hâkimliğinin bu bağlamda karar verme yetkisinin olup olmadığı şüphe taşıyabilir. Ancak Kanun karar verme yetkisi bakımından hâkim veya mahkemeyi yetkili kılmasından ulaşılabilecek sonuç, sulh ceza hâkiminin de yetkisinin olduğudur.

ciddi suç şüphesi var ise, genel yasaklama yerine delillerin değerlendirilmesi ilkeleri karşısında bir değerlendirme yapılması gerekir.” Ünver- Hakeri, a.g.e., s.225.

⁶⁸³ D. McArthur, a.g.m., s. 733.

⁶⁸⁴ Turin İlkeleri, 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Yönetmelikler ve Diğer Düzenlemeler, a.g.e., s.290.

⁶⁸⁵ Goldstock- Chananie, a.g.m., s.1864.

⁶⁸⁶ Bu hüküm ilgililer için bir güvence niteliğindedir. Gerçekten bu incelemenin hakime bırakılması aynı zamanda anayasal bir ilke olan özel hayatın gizliliği ilkesinin de bir gereğidir. Böylece yasa koyucu özel hayatın gizliliği ilkesine verdiği önemi bu şekilde bir kere daha ortaya koymuştur. Özbek, Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Arama, a.g.e., s.142.

Kural olarak, elkonulan belge veya kağıtlar üzerinde hakimin CMK m.122 uyarınca yaptığı inceleme, belgenin veya kağıdın delil olma veya müsadere edilebilme özelliğinin bulunup bulunmadığını tespit için içeriğinin incelenmesidir⁶⁸⁷. Avukat bürolarında el konulan şey hakkında yapacağı inceleme ise, mesleki ilişkiye aitliği hakkındadır. Yetkili hâkim, el konulan şeyin avukatla müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptadığında el konulan şey derhal avukata iade edilir ve yapılan işleme ait tutanaklar ortadan kaldırılır. Burada öngörülen işlemlere ilişkin kararlar yirmi dört saat içinde verilir. Postada elkoyma durumunda ise bürosunda arama yapılan avukat veya baro başkanı veya onu temsil eden avukatın karşı koyması halinde uygulanacak usul büroda elkoyma ile aynıdır.

Söz konusu düzenlemede yer alan, elkoyma kararına hâkim tarafından karar verilmesi, aramanın sıkı şartlara bağlı olarak gerçekleştirilmesi, nihayetinde elkonulmasına karar verilen şeyin avukatın müvekkili ile olan ilişkisine ait olduğu itirazının hâkim tarafından sonuçlandırılması, elkoyma tedbiri ile müdahalede bulunulan hak ve özgürlükler bakımından önemli güvencelerdir. Her ne kadar avukat- müvekkil gizliliğini anayasal hak seviyesine yükseltmese de, adil yargılanma ve bu bağlamda müdafî yardımından yararlanma gibi haklar bakımından anayasal güvencenin anahtarı niteliğindedir⁶⁸⁸.

Bununla birlikte hâkim tarafından yapılacak saptama, doğal olarak elkonulması istenilen şeyin içeriğinin ister mesleki ilişkiye ait olsun isterse kişisel niteliği bulsun, avukat ve müvekkili dışında üçüncü bir kişi tarafından öğrenilmesi anlamına gelir. Müvekkil aleyhine olan hususları içeren belge veya mektubun, mesleki ilişkiye aitliği kriteri kullanılarak elkonulabilirliğinin yargılama makamı tarafından reddi, mektup veya belgenin delil olarak kullanılmasına engel olsa da mesleki sırrın avukat- müvekkil aleyhine ifşa edilmesine engel olamaz.

Müdafîin sır saklama yükümlülüğünün doğal sonucu olarak tanıklıktan çekinme hakkı (CMK m.46/1-a, Av. K. m. 36) tanınmış, diğer kategoride yer alan meslek gruplarından farklı olarak sanığın rızası hilafına tanıklıktan çekinebilme ayrıcalığı kabul edilmiştir. Keza avukatlara ilişkin tanıklıktan çekinme hakkı, sır saklayan kişi vasıtasıyla

⁶⁸⁷ Özbek- Bacaksız, a.g.m., s.199.

⁶⁸⁸ D. McArthur, a.g.m., s.736.

bu yükümlülüğün ihlali durumunda telafisi zor hatta imkansız sonuçları doğurabilecektir.⁶⁸⁹

Bununla birlikte avukat bürolarında elkoyma düzenlemesi, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan müdafie ilişkin düzenlemeyi kapsar niteliktedir. Zira ilgili madde gereğince (CMK m.126); avukat, stajyerleri ve yardımcıları ile sanık veya şüpheli arasındaki yazışmaları oluşturan mektup veya belgelere bu kimselerin nezdinde olduğu sürece el konulamaz. Bu hükümle elkoymaya ilişkin yasak belge ve mektuplarla sınırlı iken; müdafie ilişkin güvence mesleki ilişkiye ait olmak şartıyla her şeyi kapsamına almaktadır. Ayrıca elkoyma yasağı, müdafinin yalnızca şüpheli veya sanıkla arasındaki yazışmalara ilişkindir. Bu anlamda tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan müdafinin örneğin, şüphelinin akrabası ile olan yazışmaları düzenleme kapsamında değildir⁶⁹⁰. Bununla birlikte müdafii, bu yazışmaların bürosunda yapılan arama sonucunda elkonulmasına karar verilenler kapsamında olması ihtimalinde, şüpheli veya sanıkla arasındaki mesleki ilişkiye aitliğini ileri sürüp itiraz edebilecektir. Diğer bir ifadeyle, müdafii açısından m.126'da yer alan güvence, belge veya mektubun içeriği ile sınırlıdır. M.130'da yer alan güvence "mesleki ilişkiye ait olma" ölçütünü kabul ederek, bahsedilen düzenlemeden içerik olarak daha kapsamlı hale gelmiştir.

Müdafii kapsamında elkoyma hükümlerinin uygulanması yalnızca m.130 ile ilişkili değildir. Bu bağlamda şüpheli veya sanıkla müdafii arasındaki yazışma yetkisine ilişkin CMK m.154 hükmü de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu düzenlemelerin uzlaştırılması, kapsamlarının farklı olması sebebiyle sorun oluşturur niteliktedir⁶⁹¹. Belirtilmelidir ki; şüpheli veya sanığın, müdafii ile yazışmalarının denetime tâbi tutulamayacağını (CMK m.154) kanun koyucu mutlak olarak kabul etmiş ve zamansal veya mekânsal bir sınırlamaya gitmemiştir. Nezdinde bulundurma gibi bir şarta da yer vermemesi bu yazışmaların nerede bulunursa bulunsun denetlenemeyeceğini⁶⁹² kabulü gerektirir. Kanun koyucunun denetimden daha ağır bir müdahaleyi karşılayan elkoyma bakımından da yasağı

⁶⁸⁹ Thomas Kapp/ Alexander Roth, "Elkoyma Yasağının Sınırlandırılması Olarak Şüphelinin Muhafazaya Alınması (Öne Geçen Bir Girişim!)", (çev.) Yener Ünver, **Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Yöntemleri**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, ss. 159-166, s.164.

⁶⁹⁰ Aydın, a.g.e., s.157.

⁶⁹¹ Dursun, a.g.m., s.130.

⁶⁹² İlyas Şahin, a.g.tz., s.47.

vurgulaması önemlidir. Müdafinin ceza muhakemesindeki konumu da dikkate alınarak söz konusu düzenlemelerin uyumlaştırılması gerekir.

Nihayet arama tedbiri bakımından Av. K.'da yer alan açık düzenlemenin varlığına rağmen elkoyma tedbiri bakımından herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Av. K.'da yer alan aramaya ilişkin hükümler yukarıda açıklandığı üzere hem konutu hem de avukatlık bürosunu kapsar niteliktedir. CMK kapsamında yer almayan avukatın konutunda yapılacak arama tedbiri sonrası elkoyma tedbirinin hangi koşullar dahilinde uygulanacağı önem taşımaktadır. Av. K.'da konuya ilişkin hüküm bulunmaması, CMK'daki avukat bürolarında elkoymaya ilişkin düzenlemelerin uygulanacağını kabulü gerektirir⁶⁹³. Aksini kabul halinde kural olarak “*hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtlarını inceleme yetkisi, Cumhuriyet savcısı ve hâkime aittir (m.122/1)*”. Bu hüküm dahilinde, avukatın konutunda ele geçen belge veya kâğıtlar hakkında, avukatın, baro başkanı veya onu temsil eden avukatın itirazı üzerine, Cumhuriyet Savcısı'nın inceleme yetkisinin kabulü, savunmanın gizlilik unsurunun ihlalini sonuçlar. Avukatın konutunda elkoymaya konu şey hakkında, avukatla müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye aitliği incelemesi hakim tarafından yapılmalıdır.

1. Müdafî Açısından Elkoyma Tedbirinin Kapsamı

a. Bürosunda Elkoyma

Müdafî açısından elkoyma tedbirinin kapsamı, Kanun maddesine bakıldığında “arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeyler” olarak ifade edilmiştir. Elkoymaya itiraz söz konusu olduğunda “bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak” mühürlenecektir. Kanun hükmünden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu, müdafinin bürosundaki her şeyin, mektup veya belge ile sınırlı olmadan, elkoymaya konu olabileceğini; buna ilişkin tek sınırın müdafî ile sanık arasındaki meslekî ilişkiye aitliğin olduğunu ifade etmiştir. Belirtmelidir ki, “her şeyden” anlaşılması gereken soruşturma veya kovuşturmayla ilişkin yani ilgili muhakeme sürecine ilişkin olan her şeydir. Soruşturma ile ilgisi olmayan kişisel unsurlara⁶⁹⁴ elkonulmasının hukuka aykırılığı

⁶⁹³ Şen, konuya ilişkin “*CMK m.58'de elkoyma ile ilgili hüküm bulunmadığından, avukatlık ofisi dışında kalan avukatlık evinin aranması sonucunda elde edilen delil ve belgeler hakkında elkoyma tedbiri, genel hükümler uyarınca tatbik edilecektir.*” sonucuna varmıştır. Bkz. Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması, a.g.m., s.342.

⁶⁹⁴ “... soruşturma için gerekli olan delilleri seçmek yerine, başvuranın ofisindeki tüm belgelere ve ceza davasıyla ilgili olmayan ona ait şahsi öğelere elkoymuşlardır.(...) Bu koşullar altında AİHM, söz konusu

sonuçlayacağını kabul gerekir. Zira avukat bürolarında gerçekleştirilen arama ve elkoyma tedbirleri bakımından müdahalenin asgari düzeyde tutulması, yalnızca mesleki gizliliği haiz belgeler bakımından geçerli olmaz, bu anlamda daha yoğun müdahaleye maruz kalacak olan kişisel belgeler de bu kapsamdadır⁶⁹⁵.

Bununla birlikte müdafinin yerine getirmekle yükümlü olduğu savunma görevine ilişkin argümanların ifşa edilmemesinin önemine binaen “mesleki ilişkiye ait olma”nın içeriğinin doğru tespiti gerekir. Delil niteliğini haiz olmayan özellikle diğer müvekkillere ilişkin dava dosyalarının, üçüncü kişilere karşı düzenlediği belgelerin⁶⁹⁶ delil olma ihtimaline dayanarak elkoymaya tabi tutulması bu durumu örneklemektedir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında araç olarak kabulü mümkün olan müdafinin bürosunda yapılacak elkoymanın, aynı zamanda yargılama sürecinin temelini oluşturan savunma hakkına müdahalesi de gözetilmelidir.

Müdafinin bürosunda bulunan bilgisayara ilişkin elkoymanın mümkün olup olmadığı bu bağlamda önem arz etmektedir. Arama konusunda belirtildiği üzere, bilgisayarda veya programlarında veya kütüklerinde arama yapılabilmesi “şüphelinin kullanmış” olması ve başka suretle delil elde etme imkanının bulunmaması şartına bağlıdır. Elkoyma bakımından Kanun (m.134/2) ek şarta yer vererek “*bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması*” olmasını aramıştır. Müdafinin bürosunda mahkeme kararı üzerine ve C.Savcısı denetiminde aramayı takiben yapılacak elkoymanın konusunu şüphelinin kullandığından hareketle bilgisayarın oluşturması halinde, hangi düzenlemenin esas alınacağına açıklık getirilmesi gerekir.

Günümüzde müdafinin şüpheli veya sanıkla görüşmesi veya yazışması çoğu zaman bilgisayar üzerinden e-posta yoluyla gerçekleşmektedir. Müdafinin şüpheli veya sanıkla yapmış olduğu bilgisayarda kayıtlı yazışmaların, olası bir elkoyma durumunda alınan tedbir ne kadar sıkı şartlara bağlı olsa da açığa çıkması ihtimali yüksektir. Avukat

müdahalenin, ‘kanuna uygun olduğunun’ ispat edilmediği ve bu nedenle, söz konusu hususta 8. maddenin ihlaline neden olduğu sonucuna varmıştır. (Panteleyenکو/ Ukrayna, 11901/02, 29.06.2006) Tezcan v.dğr., İnsan Hakları El Kitabı, a.g.e., s.78-79.

⁶⁹⁵ D. McArthur, a.g.m., s.748.

⁶⁹⁶ “*Vekil avukatta bulunan ispat araçları bakımından elkoyma yasağı, ancak onun avukatlık mesleğinin icrası çerçevesinde üçüncü kişilere karşı düzenlediği belgeleri kapsar. Vekil avukatın kendi şirketi için faaliyet göstermesi durumunda (örneğin hukuk bölümünün yöneticisi olarak) CMK prg. 53 anlamında bir avukatlık faaliyeti söz konusu değildir.*” (Bonn Eyalet Mah., 29.09.2005, 37 Qs 27/05, Abruf-Nr. 083605) Gercke, Avukat Bürolarında Arama, a.g.m., s.157.

bürolarında arama bakımından geçerli olan gizlilik niteliğini haiz dosyaların ifşa edilme riski, bilgisayarda kayıtlı elektronik haberleşme bakımından da aynen geçerlidir⁶⁹⁷.

Kanun, aşağıda açıklanacağı üzere, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar ile şüpheli veya sanık arasındaki belge ve mektuplara, bunlar ilgili kişilerin nezdinde buldukça el konulamayacağını düzenlemiş olmasına rağmen, söz konusu kişilerle ilgili bilgisayar sistemlerindeki bilgilere ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiştir. İlgili hükmün, bilgisayar sistemlerinde yer alan bilgiler için de geçerli olduğunu ileri sürmek kanunilik ilkesine aykırılık taşıyacağından, bu eksikliğin yapılacak normatif düzenleme ile dayanağa kavuşturulması gerekir. Mevcut düzenlemeler çerçevesinde durum ele alındığında, bilgisayara elkonulması öncesinde arama işlemini gerektirmektedir. Bu bağlamda avukatın bürosunda aramaya ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir. Bununla birlikte arama sonucu elkonulmasına karar verilen bilgisayar hakkında bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bilgisayara hâkim tarafından ilgili durumun doğruluğu saptanana kadar elkonulması halinde sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılacak (CMK m.134/3), bu hükme göre alınan yedekten bir kopya çıkarılarak, “isteyip istemediğine bakılmaksızın”⁶⁹⁸ müdafie verilecektir.

AİHM’in konuyla doğrudan ilgili İliya Stefanov/ Bulgaristan davasında⁶⁹⁹ vermiş olduğu karara ilişkin gerekçe önemlidir. “*Arama sırasında, polisin başvuruçunun bilgisayarını tümüyle –donanımı ve büroda bulunan disketler dahil olmak üzere- taşıması nedeniyle mesleki imtiyaza tabi eşyaya dokunulduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. (...)*”

⁶⁹⁷ D. McArthur, a.g.m., s.747.

⁶⁹⁸ 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanununun 11 inci maddesiyle, 134. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan “İstemesi halinde, bu” ibaresi “Üçüncü fıkraya göre alınan” şeklinde değiştirilmiştir.

⁶⁹⁹ Karar için bkz. Mualla Buket Soygüt Arslan, a.g.m., s.122. AİHM, Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH/Avusturya (16.10.2007) davasında şu gerekçeyle yine ihlal kararı vermiştir: “*Arama ve başvuruçuların elektronik verilerine el konulması “yazışma”larına saygı haklarına müdahale sayılır. Ceza Muhakemeleri Kanunu belgelere el konulmasıyla ilgili açık hükümler taşımakta ve ulusal mahkemelerin içtihatlarına göre, bu hükümler elektronik verilere de uygulanır. Arama ve el koyma suç işlenmesinin önlenmesi meşru amacına yönelikti. Ancak kâğıt üzerindeki belgelerin kopyalanmasında güvencelere uyulmuşsa da, elektronik veriler konusunda bu güvencelere uyulmamıştır. Özellikle, baronun temsilcisi aramanın bu kısmını doğru dürüst izleme olanağı bulamamış, rapor çok geç yazılmış ve ne birinci başvuruçuyu ne de baronun temsilcisi aramanın sonuçları hakkında bilgilendirilmiştir. Ayrıca elektronik veriler el konulan ve sorgu hâkiminin, meslek sırrı kapsamında kaldığı gerekçesiyle, bir kısmını birinci başvuruçuya iade ettiği kâğıt üzerindeki belgelerle aşağı yukarı aynı bilgileri içeriyordu. Dolayısıyla, el konulan elektronik verilerin de meslek sırrı kapsamında kalan bilgiler içerdiğini nesnel olarak varsayabiliriz. Keyfiliği önlemesi ve avukatların meslek sırrını koruması beklenen usul güvencelerinin bir kısmına polis memurlarının uymamasından dolayı, arama ve birinci başvuruçunun elektronik verilerine el konulması ulaşılmaya çalışılan meşru amaçla orantısız olmuştur.*” (çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 17.05.2014.

Uzman kişinin bilgileri ayrıştırmada anahtar kelimeler kullanmış olmasının müdahaleyi bir dereceye kadar sınırlandırdığı doğrudur. Yine de bu, aramadan yani bilgisayar ve disketlerin ayırt edilmeksizin başvuruçunun bürosundan alınmasından günler sonra olmuştur; halbuki arada geçen sürede sabit diskin bütün içeriğinin ve disketlerin incelenmemesi ve kopyalanmamasını sağlamak için herhangi bir güvence mevcut değildir. Bu durum nedeniyle mahkemece, aramanın başvuruçunun meslek sırrını orantısız bir genişlikte ihlal ettiği kanaatine ulaşılmıştır.”

Servis sağlayıcıları, hakkında denetim kararı verilmiş kişinin e-mail mesajları veya diğer şekillerde kurduğu iletişimi üzerinde, müdahalenin ayırt edilebilirliğini ve doğrudan amaçla bağlantılı hususlar hakkında daha fazla bilgi edinmeyi sağlamak amacıyla sadece karara ilişkin bazı anahtar kelime veya ifadeleri içeren filtreleme yöntemini kullanabilir⁷⁰⁰. Bu bağlamda kararda bahsi geçen anahtar kelimeler kullanılarak bilgilerin ayrıştırılması, özel hayata müdahalenin yoğunluğunu azaltan yöntem olmakla birlikte, tam güvenilir değildir

Elkoymanın kapsamına ilişkin müdafinin tanıklıktan çekinebilecek kişilerden olması sebebiyle elkonulması yasak eşyaya da değinilmesi gerekir⁷⁰¹ (CMK m.126). Maddede elkoyma yasağına konu olan eşya bakımından sınırlama yapılmıştır. Bu madde gereğince elkonulması yasak olan şeyler mektup ve belgelerdir. Mektup⁷⁰², başka bir yerdeki kişi ile haberleşmek için yazılan yazı anlamını taşımakta; belge ise, “hukuksal açıdan önem taşıyan ve onu meydana getiren kişinin delil amacıyla belirli bir beyanını içeren yazı parçası”⁷⁰³ olarak kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, kişisel veya mesleki nitelik taşıması, kapalı ya da açık bulunması, düşünsel bir içeriğe sahip yazılı veya basılı bir kağıdın belge niteliğini haiz olması bakımından fark etmeyecektir⁷⁰⁴. Yazılmış ancak henüz gönderilmemiş mektuplar, notlar, plan ve krokiler bu kapsamda

⁷⁰⁰ James X. Dempsey, “Communications Privacy in the Digital Age: Revitalizing the Federal Wiretap Laws to Enhance Privacy”, Albany Law Journal of Science & Technology, (çevrimiçi) <http://www.cdt.org/publications/lawreview/1997albany.shtml>, erişim tarihi: 16.06.2014

⁷⁰¹ “Müdafinin tanıklıktan çekinme hakkından kaynaklanan elkoyma yasağına, üçüncü bir kişinin müdafie savunma amacıyla verdiği vesikalar da dahildir. Bu husus, sanığın aklanmasına hizmet edecek belgeler bakımından da geçerlidir. Bu tür belgelere elkonulmasına ilişkin bir arama kararı hukuka aykırıdır.” (Frankfurt Eyalet Yüksek Mah., 21.06.2005, 3 Ws 499/05, 3Ws 501/05, Abruf-Nr. 083604) aktaran Gercke, a.g.m., s.157.

⁷⁰² Yılmaz, a.g.e., s.441; kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gökçen, a.g.tz., s.182 vd.

⁷⁰³ Tezcan v.dğr., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, a.g.e., s.723.

⁷⁰⁴ Özbek- Bacaksız, a.g.e., s.198.

değerlendirilmelidir.⁷⁰⁵ Belge kavramı bakımından önemli olan belirli bir beyanı içeren yazı parçası olmasıdır. Beyanı içeren yazının kağıt üzerinde olması ya da CD veya taşınabilir bellek içinde bulunması fark etmemeli, bu kapsamda değerlendirilmelidir⁷⁰⁶. Dikkat edilmesi gereken ise, özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilen belgelerin, basılmış kitap veya sanat eseri niteliği taşıyan resim gibi aleniyet kazanmış nitelikte olmaması gerekir⁷⁰⁷.

Kanundaki “nezdinde bulundurma” ifadesi eşya üzerinde fiilen tasarruf etme imkanına sahip olunması şeklinde anlaşılmalıdır.⁷⁰⁸ Diğer bir ifadeyle, yalnız kişinin üzerinde bulunan mektup ve belgelerle sınırlı olmayıp, mektup ve belgelerin konutunda, yerleşim yerinde veya işyerinde bulunması da⁷⁰⁹, “nezdinde bulundurma” kapsamındadır. Örneğin, mektup veya belgenin bir bankanın kiralık kasasına konması da nezdinde bulundurma olarak değerlendirilecektir⁷¹⁰. Mevzu Kanun’da (Alman CMUK) bu husus, “fiilen elinde bulunma” şeklinde belirtilmiştir.⁷¹¹ Bu düzenlemenin amaçlarından biri de kişinin özel hayatının gizli kısmının⁷¹² korunmasıdır. Eğer bu mektup ve belgeler bu kişilerin yanında değilse ya da bir şekilde (örneğin yayınlanarak) aleniyet kazanmışsa bu mektup ve belgelere el konulabilecektir. Doktrinde postaya verilmiş mektup veya belgenin kişinin tasarruf alanından çıkmış olacağı ve artık postada elkoyma hükümlerinin işlerlik kazanacağı⁷¹³ ileri sürülmüştür. Kanun elkoyma yasağını tek taraflı kabul etmiş, ilgili belgelerin şüpheli veya sanık nezdinde bulunmasını yasağın dışında tutarak tanıklıktan çekinme hakkının varlığına sonuç bağlamıştır⁷¹⁴.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus, şüpheli veya sanığın rızası ile sır saklama yükümlülüklerinin son bulması halinde tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlara ilişkin elkoyma yasağının da kendiliğinden son bulup bulamayacağıdır. Konumuz

⁷⁰⁵ Aydın, a.g.e., s.155. CMUK’nın 89. maddesindeki düzenlemede sadece mektuplardan bahsedilmekte iken CMK’nın 126. maddesinde mektubun yanı sıra “diğer belgeler” deyimine de yer verilmesi ile belge niteliğindeki her türlü yazışma yasağın kapsamına alınmıştır.

⁷⁰⁶ Özbek v.dğr., Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.389.

⁷⁰⁷ Özbek- Bacaksız, a.g.e., s.198.

⁷⁰⁸ Aydın, a.g.e., s.158.

⁷⁰⁹ Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, a.g.e., s.250. Tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişinin söz konusu belge ve mektupları bir bankanın kiralık kasasına koymuş olması halinde de nezdinde bulundurma söz konusudur. Gökçen, a.g.tz., s.107.

⁷¹⁰ Aydın, a.g.e., s.157.

⁷¹¹ Gökçen, a.g.tz., s.187.

⁷¹² Ayrıntılı bilgi için bkz., Aksoy, a.g.e., s.40-41.

⁷¹³ Görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek v.dğr., Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.,389.

⁷¹⁴ Aydın, a.g.e., s.157.

bağlamında özellik arz eden ise, müdafî söz konusu olduğunda değerlendirmenin ne şekilde yapılacağıdır. CMUK döneminde avukatlarla ilgili elkoyma özel olarak düzenlenmemiş olduğundan konu tartışmalı olmakla müdafî bakımından Av. K.’nun çekinme hakkını sadece şüpheli veya sanığa bırakmadığı gerekçesine dayanılarak elkoyma yasağının devam ettiği genel kabul gören görüş olmuştur.⁷¹⁵ CMK’da elkoymayla ilgili avukatlara ilişkin düzenlemeye yer verilerek, durum netlik kazanmıştır.

Tedbir bakımından göz önünde bulundurulması gereken bir husus da, avukatın müvekkilinin yararlarıdır. Bu bakımdan, ilgili suçun niteliği ile şüphe derecesi büyük önemi haizdir. Hakeza, ilgili dokümanlara el konulmasının ne ölçüde müvekkilin haklarını ilgilendirdiği ile tedbirden etkilenecek kişi sayısı da mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır.⁷¹⁶

b. Postada Elkoyma

Özel elkoyma hallerinden postada elkoyma, genel anlamda özel hayatın gizliliğine müdahale niteliği taşımakla birlikte spesifik olarak haberleşme özgürlüğüne doğrudan müdahale etmektedir. Herkes açısından haberleşmenin gizliliğini esas alan ve Anayasal dayanağa sahip olan haberleşme özgürlüğü (m.22), kişilerin belli kurum ve kuruluşlar aracılığıyla birbirlerine göndermiş olduğu postaları da kapsamına almaktadır.⁷¹⁷ Haberleşme özgürlüğüne müdahalenin meşruiyetini sağlayan Anayasal sınırlama sebepleri “*millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*” olarak sayılmış ve bunun ancak usulüne göre verilmiş hâkim kararıyla; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle mümkün olacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca yetkili merciin kararının yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması ve hâkimin, kararını kırk sekiz saat içinde açıklamaması halinde, kararın kendiliğinden kalkacak olması olası keyfi uygulamaların önüne geçilmesi bakımından önem taşımaktadır.

Yargılamanın selameti açısından adliyenin eli altında bulunması gerekli delillerin elde edilmesi amacına binaen haberleşme gizliliğinin ihlal edilmesine ilişkin yasal düzenlemelerden konumuzu ilgilendirenleri, CMK’da koruma tedbirleri kapsamında

⁷¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gökçen, a.g.tz., s.192.

⁷¹⁶ Gercke, Avukat Bürolarında Arama, a.g.m., s.156.

⁷¹⁷ Öztürk- Erdem, a.g.e., s.617.

düzenlenmiş olanlarıdır. Anayasal güvencelere ek olarak CMK’da yer verilmiş olan “*elkonulan gönderilerin, ilgili posta görevlilerinin huzuru ile mühür altına alınıp derhâl elkoyma kararını veya emrini veren hâkim veya Cumhuriyet savcısına teslim edilmesi ve işlemi yerine getiren kolluk memurlarının, gönderilerin içinde bulunduğu zarfları veya paketleri açamaması (CMK m.129/2)*” mutlak gözetilmesi gereken güvencelerdir.

Zarf veya paketin açılmayacak olması gönderinin içeriğini yalnızca hakimin veya C.savcısının öğrenebilmesi sebebiyledir. Bu bağlamda zarf veya paket içinde olmasa dahi elkoyma işlemi icra ettiğinden bahisle kolluk görevlisinin gönderinin içeriğini okuyabilmesi haberleşmenin gizliliğini ihlal anlamını taşır.⁷¹⁸ Ayrıca Kanun postada elkoyma bakımından kolluk amirinin emir verme yetkisine dahi meşruiyet tanımamıştır. “*Açılmamasına veya açılıp da içeriği bakımından adliyenin eli altında tutulmasına gerek bulunmadığına karar verilen gönderilerin, hemen ilgililerine teslim olunması (CMK m.129/4)*” postada elkoymanın bir koruma tedbiri olarak özünde bulunan “geçicilik” niteliğinin görünümüdür.

Postada el koyma CMK m.129’ da⁷¹⁹ düzenlenmiştir. Postada bulunan henüz alıcısına ulaşmadan yani posta işlemini yapan kişi ya da kuruluşun elinde bulunduğu sırada el konulmasıdır⁷²⁰. Bu maddeye göre postada bulunan her türlü gönderiye el konulabilmesi için; suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilmesi ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturma aşamasında adliyenin elinin altında bulunma zorunluluğunun bulunması gerekir (CMK m.129/1). Bu tedbirin delil elde etme amacına hizmet ettiği açık olmakla birlikte, basit elkoyma da olduğu gibi müsadere edilecek eşyanın teminine ilişkin araç niteliğini haiz değildir⁷²¹.

Kanun “gönderi” ifadesine yer vermiş ve fakat içeriği konusunda belirlemeye gitmemiştir. Gönderiden ne anlaşılması gerektiği postada elkoymanın kapsamına karşılık

⁷¹⁸ Aksi yönde bkz. İlyas Şahin, a.g.tz., s.89.

⁷¹⁹ CMUK m.91 uyarınca “(1)Maznuna (saniğa) gönderilen mektuplar vesair mersule (gönderilen) ve telgrafların posta ve telgraftanede zaptı caizdir. (2)Maznun tarafından veya ona hitaben gönderildiği bazı hallerden anlaşılın ve tahkikat noktai nazarından münderecatının ehemmiyeti haiz olduğu tayin edilen mektuplar vesair mersule ve telgrafların dahi bu yerlerde zaptı caizdir.” CMK postada elkoymayı genelleştirdi. Şüpheli ve sanıktan soyutlayarak, “gönderinin kendisini” hedef alan bir düzenleme yaptı: “suçun delilini oluşturduğundan şüphe edilen” ve “gerçeğin ortaya çıkarılması için zorunlu olma” ölçütlerini kullandı. Böylece, herkesin gönderisine elkoyma yolunu açtı. Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.1133.

⁷²⁰ Öztürk- Erdem, a.g.e., s.617.

⁷²¹ Bunun bir eksiklik olduğu yönündeki eleştiri için bkz. Aydın, a.g.e., s.170.

gelmektedir⁷²². Posta gönderileri sözlük anlamı olarak mektup postası gönderilerini, diğer basılmış mektup ve kutuları ve kolileri vb.'ni ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.⁷²³ Bu bağlamda postada el koymanın konusu, posta ile gönderilen mektup, belge, yazı ve her türlü belge, paket veya kolidir⁷²⁴. Önemli olan bu eşyaların delil değerinin bulunmasıdır. Belirtilmelidir ki, telgraf aracılığıyla iletişimi sağlayan gönderiler de bu kapsamda değerlendirilecek olup, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi bağlamında ele alınmayacaktır⁷²⁵. Zira Telgraf ve Telefon Kanunu'nda yer alan düzenleme⁷²⁶ uyarınca, telgraf hizmetlerinin telekomünikasyon hizmeti dahilinde ele alınması söz konusu değildir⁷²⁷. Gönderi maddi varlığa sahip olduğundan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim bu kapsamda değerlendirilemez⁷²⁸.

Postada elkoymanın posta hizmeti veren her türlü resmî veya özel kuruluşta bulunan gönderileri kapsayacağı açık şekilde hüküm altına alındığından⁷²⁹, kuruluş bazında ayrıma gidilmeyerek, gerek PTT, gerekse kargo şirketleri ya da seyahat firmalarına⁷³⁰, ne amaçla olursa olsun teslim edilen gönderiler de dahil edilmiştir⁷³¹. Ulaşılabilecek diğer bir çıkarım ise, kişiye teslimin bu bağlamda değerlendirilmeyecek olmasıdır⁷³².

CMK'da CMUK'da yer alan düzenlemenin aksine postada elkoyma tedbirinin muhatabı bakımından sanık ve onunla bu yolla iletişime geçenler şeklinde bir sınırlamaya gidilmemiştir. Posta hizmeti veren her türlü resmî veya özel kuruluşta bulunması, suçun

⁷²² “2001 Tasarısı'nın postada el koymaya ilişkin 96. maddesinde “postada bulunan mektup, telgraf veya elektromanyetik araçlarla” gönderilmiş bilgileri içeren yazı, belge veya diğer gönderilenden bahsedilirken, kanunumuz bu tür el koymanın konusu olarak sadece “gönderiler”i düzenlemiştir. Böylece elektromanyetik araçlarla gönderilmiş yazı, belge ve diğer gönderiler iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine tabi olacaktır. Bu kapsamda faks ve elektronik posta örnek olarak verilebilir.” Hakan Hakeri, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Elkoyma Tedbiri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.60, 2005, ss.97-104, s.99.

⁷²³ Yılmaz, a.g.e., s.551.

⁷²⁴ Öztürk- Erdem, a.g.e., s.617.

⁷²⁵ Aksi yönde bkz. Aydın, a.g.e., s.171.

⁷²⁶ “Posta ve telgraf tesis ve işletmesine ilişkin T.C. Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğüne (PTT), telekomünikasyon hizmetleri ise Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi (Şirket) tarafından yürütülür.” (m.1)

⁷²⁷ Asuman Aytekin İnceoğlu, “Türk Hukukunda Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi”, **Uğur Alacakaptan'a Armağan**, C.1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, ss. 103-126 , s.107.

⁷²⁸ Özbek v.dğr., Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.407.

⁷²⁹ CMK ile getirilen yeniliklerden biri de postada el koyma bakımından resmi kuruluşların dışında, her türlü özel kuruluşta bulunan gönderilere de el konulma olanağının sağlanmış bulunmasıdır. Hakeri, a.g.m., s.98.

⁷³⁰ Özbek, seyahat firmaları aracılığıyla gönderilen şeylerin, seyahat firmaları posta hizmeti vermediği için, postada elkoyma hükümlerine değil, basit elkoyma hükümlerine tabi olacağını ifade etmiştir. Özbek v.dğr., Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.408.

⁷³¹ Aydın, a.g.e., s.171.

⁷³² Hakeri, a.g.m., s.99.

delillerini oluşturduğundan şüphe edilmesi ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu sayılması şartıyla üçüncü kişilerin kendi aralarında⁷³³ gönderdiği mektup veya belgelere de elkonulabileceğini söylemek mümkündür⁷³⁴.

Basit elkoymadan farklı olarak, postada elkoymada işin niteliğinden kaynaklanan iki kademeli bir işlem söz konusudur. Delil niteliği taşıyan gönderilerin tespiti posta idaresinin katılımıyla mümkündür. Zira ilgili kuruluştaki delil olabilecek gönderinin dışında birçok belge, mektup, paket, koli, kutu mevcuttur. Sonrasında gönderiler hakkındaki değerlendirme yetkili makam tarafından gerçekleştirilecektir.⁷³⁵

2. Müdafî Açısından Elkoyma Tedbirinin Şartları

Koruma tedbiri olmasından dolayı diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi (arama da belirttiğimiz) uygulanabilmesi için gerekli temel şartları taşıyacak olmakla birlikte, elkoyma arz ettiği önem sebebiyle müdafî bakımından ek şartların mevcudiyetini de gerekli kılmaktadır. Bununla birlikte elkoymaya öngelen işlem arama olduğu için, ortak paydayı oluşturan şartları da bulunmaktadır. Kanun koyucu özellikle avukat bürolarındaki arama ve elkoymaya aynı maddede yer vermiştir. Belirtilmelidir ki, gerek avukatın bürosunda ve gerekse postada elkoyma tedbiri bakımından, arama tedbirinde olduğu gibi⁷³⁶, kanun koyucu belli suç tipine özgüleme yoluna gitmemiştir. Mevcut yasal düzenlemelere paralel olarak özellik taşıyan bürosunda ve postada elkoyma bakımından gerekli şartlar aşağıda açıklanmaya çalışılacaktır.

a. Bürosunda Yapılacak Elkoyma Bakımından

Basit elkoyma bakımından kural, kararın hâkim tarafından veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından nihayetinde Cumhuriyet savcısına ulaşılmadığı hallerde ise kolluk amiri tarafından verilmesi ve elkoyma işleminin kolluk görevlileri tarafından gerçekleştirilmesidir (CMK m.127). Yasal düzenlemeye bakıldığında elkoyma açısından aramadan farklı olarak elkonulacak şeyin bulunduğu kişinin üstü,

⁷³³ Eski Kanun uygulamasında üçüncü kişilerin kendi aralarında gönderdiği mektuplara ve diğer gönderilere elkonulabilmesi, sanık tarafından veya ona hitaben gönderildiği bazı hallerden anlaşılan ve soruşturma bakımından önemli tayin edilmesi şartıyla mümkündür. (CMUK m.91/2).

⁷³⁴ Kunter- Yenisey- Nuhoğlu, a.g.e., s.1133.

⁷³⁵ Gökçen, a.g.tz., s.35.

⁷³⁶ Bkz. yuk. s.130.

konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler bakımından ayrıma gidilmemiştir. Bununla birlikte avukatın bürosunda olabilecek elkoyma için ayrı düzenlemeye yer verilmiştir.

Müdafinin bürosunda elkoyma genel elkoymadan ayrı düzenlenmekle birlikte, elkoymaya ilişkin usuli şartlar bağlamında arama tedbiri ile içiçe geçmiş durumdadır. Kanun'da “*arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından*” ifadesi, müdafinin bürosunda yapılacak elkoyma için ayrıca hakim kararı gerekmediği gibi bir sonuç çıkarmaya müsait olmakla birlikte, bu işin doğasına aykırıdır. Bu şekilde anlaşılmasının önüne geçmek amacıyla elkonulması, mesleki ilişkiye aitlik sebebiyle yasak olan şeyler bakımından itiraz usulü yasal düzenlemeye bağlanmıştır (CMK m.130/2). Zira elkoyma bakımından avukat bürosunda arama için öngörülen şartlara ek olarak, “itiraz aşaması” söz konusudur.

Belirtilmelidir ki; Kanun müdafinin bürosunda yapılacak elkoyma için gerekli olan şüpheyi de arama bakımından aranan şüpheden farklı zikretmemiştir.⁷³⁷ Bununla birlikte Kanun özel elkoyma hallerinden olan taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma bakımından “somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebinin varlığını” (m.128/1) ararken, müdafinin bürosunda söz konusu elkoyma işlemi için şüpheyeye ilişkin herhangi bir ifadeye yer vermemesi, geçerli olan şüphe şartının basit elkoyma⁷³⁸ bağlamında ele alınmasını gerekli kılar. İlgili yasal düzenlemeye ilişkin lafzi yorumla ulaşılan sonuç bu olmakla birlikte konumuz bağlamında elkoymaya öngelen işlem müdafinin bürosunda yapılacak arama olduğundan arama konusunda geçerli olan somut delillere dayalı kuvvetli şüphenin (m.116/1) elkoyma bakımından da uygulanabilirliğine engel bir durum bulunmamaktadır⁷³⁹.

⁷³⁷ Özbek v.dğr., Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.391.

⁷³⁸ Elkoyma bir koruma tedbiri olarak, olayın durumuna göre, konut dokunulmazlığından basın hürriyetine özel hayatın gizliliğinden mülkiyet hakkına kadar birçok temel hak ve hürriyete sınırlama getirdiğinden basit elkoyma bakımından kural olarak yeterli şüphe aranmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gökçen, a.g.tz., s.129.

⁷³⁹ Bkz. yuk. s.115 vd..

b. Postada Elkoyma Bakımından

Postada el koyma işleminin yapılması kural olarak hakim kararına⁷⁴⁰ bağlıdır. Ancak maddenin birinci fıkrasında gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararı⁷⁴¹ ile de el koyma işlemi yapılabileceği düzenlenmektedir.

Postada elkoyma işleminin yapılabilmesi için soruşturma konusu suçun işlendiğine dair yeterli delilin bulunması gerekmektedir birlikte Kanun ayrıca suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilmesini aramıştır. Bu nedenle basit şüphe ile bu tedbire başvurulamayacaktır⁷⁴². Kanun, ayrıca posta gönderilerinin gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olmasının zorunlu sayılması şartına da yer vermiş, bunu suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilmesi şartına ikame olarak değil, ayrıca aranması gerektiğini hükme bağlamıştır⁷⁴³.

Postada elkoymanın avukat hakkındaki düzenlemesi sorunlu hususları barındırmaktadır. Postada elkoymanın şartları müdafî bağlamında değerlendirildiğinde ilk belirtilmesi gereken husus, CMK m.133/3' te bürosunda arama yapılan avukat ifadesinin kullanılmış olmasıdır. Bu düzenleme bürosunda arama yapılmayan fakat sadece postada el koyma yapılan bir avukatı, koruma dışında tutar görünümündedir. Ancak genel hükümler avukatları da koruduğu için bir hak kaybı söz konusu değildir.⁷⁴⁴

Müdafî bakımından postada elkoyma birden fazla yasal düzenlemenin uygulama alanını oluşturmakta ve şartların bu bağlamda ele alınmasını gerekli kılmaktadır.

Avukat bürosunda aramaya ilişkin usuli şartlar büroda elkoyma da olduğu gibi, postada elkoyma bakımından da geçerlidir. Her ne kadar m.130/3 hükmü, yalnızca 2. fıkra hükmüne gönderme de bulunmuş olsa dahi, 1. fıkrada yer alan tedbir için “mahkeme

⁷⁴⁰ Doktrinde, burada “kararı” ifadesinin yanlış kullanıldığı bunun yerine “emri” ifadesinin kullanılması gerektiği savunulmaktadır Aksoy, a.g.e., s.172.; Öztürk v.dğr., a.g.e., s.448; Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.1131-1132.

⁷⁴¹ Maddede Cumhuriyet savcısının emrinden bahsedilmiş ancak bunun şeklinden bahsedilmemiştir. Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre ise, basit el koymayı düzenleyen CMK m.127/1'de Cumhuriyet savcısının emrinin yazılı verilmesi gerektiği söylendikten sonra, basit el koymadan daha ağır bir koruma tedbiri olan postada el koymanın sözlü emirle yapılabileceği söylenemeyeceğinden hareketle bu emrin yazılı olması gerekir. Ayrıca haberleşme özgürlüğü anayasayla güvence altına alınmış bir haktır ve bunu düzenleyen AY m.22' de ise bunun ancak yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile kısıtlanabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla yazılı olması gerektiğinin kabulü gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, a.g.e., s.172; Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.1132

⁷⁴² Sevük, a.g.m., s.103; aksi yönde Özbek v.dğr., Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.408.

⁷⁴³ Öztürk- Erdem, a.g.e., s.618.

⁷⁴⁴ Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.1136.

kararı” gerekliliği düzenlemesinden ayrı tutulmasını gerektiren makul bir gerekçe bulunmamaktadır. Kanun avukatı “büroda ve postada elkoyma” bakımından genel düzenlemelerden ayrı tutmuş olmakla birlikte, bu iki tedbir arasında aranan şartların farklı olduğuna yer vermemiştir. Bu bakımdan burada da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi avukat bağlamında postada elkoyma tedbirine hükmedilmesi söz konusu değildir. Genel anlamda bu tedbire başvurulabilmesi için gerekli olan “suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilmesi” şartı yerine yukarıda büroda elkoyma tedbiri bakımından ifade edildiği üzere avukat bürosunda arama için geçerli olan “somut delillere dayalı kuvvetli şüphe”nin varlığı aranmalıdır. Bununla birlikte, Kanun hükmüne bakıldığında, avukatlar hakkında postada elkoymaya ilişkin usul açısından CMK m.129/1 hükmünün uygulanabilirliği sonucuna da ulaşmaya elverişlidir. Bu ihtimal, silahların eşitliği ilkesinin, savunma bağımsızlığının ve avukat- müvekkil ilişkisinin gizliliğinin ihlal edilmesini sonuçlar niteliktedir. Hak ve özgürlükleri ihlal edici uygulamalara sebep olabilecek bu belirsizliğin, yasal değişikliğe gidilerek giderilmesi gerekir.

Postada el koymaya konu olan gönderi, avukat tarafından gönderilen veya bir avukata gönderilen bir gönderi ise; CMK m.130/3 gereği söz konusu avukatın veya baro başkanının veya baro temsilcisinin karşı koyması üzerine CMK m. 130/2’de öngörülen usul gereğince işlem yapılmalıdır. Postada elkoyma durumunda itiraz, büroda elkoymaya göre “müdafii hakimiyeti” bağlamında farklılaşmaktadır. Müdafii ile ilişkili gönderinin o an için müdafii elinin altında olmamasından hareketle, itirazın söz konusu olabilmesi için itiraza yetkili kişilerin işlemde haberdar olmaları gerekmektedir. Bununla birlikte müdafii postasına elkonulması durumunda, CMK m.129/3 uyarınca haberdar edilme koşulu olan “soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar verme olasılığı” aranmamalıdır⁷⁴⁵.

⁷⁴⁵ Toroslu- Feyzioğlu, a.g.e., s.252.

III. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

A. GENEL OLARAK

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, delil elde etmek veya şüpheli veya sanığın yakalanmasını sağlamak ya da suç işlenmesini önlemek amacıyla gerekli usuli ve maddi şartları taşınması halinde meşruiyet kazanan ve denetim şekillerinin kapsamını kişinin “iletişiminin içeriği, iletişimin gerçekleşme şekli, süresi, zamanı ve yerinin”⁷⁴⁶ oluşturduğu müdahaledir. Teknolojik gelişmelerle birlikte, bu alanda iletişim kurma şekilleri farklılaşmakla birlikte, denetlenebilirliği de kolaylaşmaktadır; buna paralel yasal düzenlemelerle getirilen müdahale edilebilme koşullarının zorlaştırılması⁷⁴⁷ dengeleyici işlev görmektedir.

Bu koruma tedbiri, yukarıda açıklanan diğer koruma tedbirlerine nazaran daha yoğun müdahaleyi içermekte ve özel hayatın “dokunulmaz alanı”na⁷⁴⁸ daha fazla yaklaşmakta ve hatta iletişimin içeriğinin filtrelenmesi söz konusu olamayacağı için, çoğu durumda dokunulmaz alana da müdahale edilmektedir. Kaldı ki, dokunulmaz alana müdahale, tedbirin türünden bağımsız olarak, her durumda hukuka aykırıdır⁷⁴⁹. Buna dayanak, arama ve elkoyma tedbirlerinden farklı olarak iletişimin denetlenmesinde tedbire maruz kalan kişilerin “hakkında tedbirin uygulanmasını bilmiyor”⁷⁵⁰ olmaları

⁷⁴⁶ Adem Sözüer, “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.55, S.3, 1997, ss. 65-110, s.70.

⁷⁴⁷ Dempsey, a.g.m., s.14.

⁷⁴⁸ Özel hayatın dokunulmaz alanını belirleme konusunda Alman Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen kuşak teorisi uyarınca; özel hayat, mutlak olarak korunan gizli alan, devlet müdahalelerine açık olan özel alan ve korunmaya değer bir yanı bulunmayan sosyal alandan oluşmaktadır. Yine Alman Anayasa Mahkemesi özel hayatın dokunulmaz alanını 1995 yılında vermiş olduğu bir kararda “... bireyin, içinde gözetleme altında olmaksızın istediğini yapmakta özgür olduğunu veya özel güvenini kazanmış bir kişi ile, toplumsal davranış beklentilerine aldırış etmeksizin ve devlet yaptırımlarından korkmaksızın ilişkiye geçtiği alan...” olarak ifade etmiştir. Erdem, a.g.e., s.232.

⁷⁴⁹ Jens Puschke/ Tobias Singelstein, “01.01.2008 Tarihli Yeni Düzenlemelere Göre Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’ndaki Telekomünikasyonun İzlenmesi, Kullanılan Verilerin Kaydedilmesi ve (Diğer) Gizli Araştırma Yöntemleri”, (çev.) Yener Ünver, **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, ss.177-194, s.180.

⁷⁵⁰ CMK 137/4 uyarınca; “*Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma evresinin bitiminden itibaren, en geç onbeş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi verir*”. AİHM’in konuyla ilgili 6.9.1978 tarihli Klass ve diğerleri/Almanya davasında telefon konuşmalarının ulusal güvenlik, suçların önlenmesi ve kamu düzeni gerekçeleriyle gizli dinlemeye tabi tutulabileceğini bu nedenlerle başvuru gizli dinleme faaliyetinin AİHS m.8’e aykırı olmadığını ancak tedbirle ulaşılmak istenen amaç tehlikeye düşmeyecek ise gizli dinlemeye ilişkin olarak ilgiliye sonradan haber vermenin önemi vurgulanmıştır. Tezcan v.dğr., İnsan Hakları El Kitabı, a.g.e., s.406. Greuter/Hollanda kararında, Mahkeme açıkça devletin hakkında kovuşturma açılmayan kişiye telefonunun dinlendiğini bildirmemesinin diğer güvencelerin bulunması durumunda Sözleşme’yi ihlal etmeyeceği sonucuna ulaşmıştır. (Başvuru No. 40045/98, 19 Mart 2002)

gösterilebilir. Bu tür gizli denetimler, sadece özel hayatın gizliliğine ağır saldırı oluşturmamakta, yeri geldiğinde değinileceği üzere, temel anayasal haklara tecavüz bakımından da potansiyele sahiptirler⁷⁵¹.

Gerekli güvenceler sağlanmadan keyfi uygulamalarla kötüye kullanımı mümkün olabilecek telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine CMUK'da yer verilmemişti. Telefon, teleks, faks gibi araçlarla yapılan haberleşmenin denetlenmesi kıyas yoluyla postada elkoymaya ilişkin düzenlemelere tabi tutulmaktaydı. AİHM Türkiye hakkında verdiği bir kararında, “*CMUK'nun 91 ve 92'nci maddelerinde sözü edilen ileti türlerinin telefon dinlemeyi içermemesi nedeniyle, benzetme yoluyla genişletilmiş yorumlara dayandırılan Hükümetin görüşlerini yerinde bulmamıştır.*” Dolayısıyla Mahkeme, yasal dayanağı bulunmayan telefon dinleme işleminin, Sözleşme'nin 8'inci maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir.⁷⁵²

Söz konusu tedbir, CMK'da 135 vd. maddelerinde ayrıntılı bir şekilde⁷⁵³ düzenlenmiş olup, usul ve şartları belirlenmiştir. Bu maddede belirlenen esas ve usuller

tarifli kabul edilemezlik kararı)'ndan aktaran Kerem Altıparmak, “Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.63, 2006, ss.29-66, s.52.

⁷⁵¹ Goldstock- Chananie, a.g.m., s. 1866.

⁷⁵² Mehmet Şirin Ağaoğlu-Türkiye davası, 2005 tarihli ve 27310/95 sayılı karardan aktaran İrem Yazıcıoğlu, “Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Yeni Ceza Hukuku Mevzuatı Çerçevesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması”, **Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008, ss.231-290, s.257. Doktrinde de eleştirilen bu uygulama, CMK döneminde ilgili düzenlemelerin kabulüyle son bulmuştur. Eleştiriler için bkz. Gökçen, a.g.tz., s.35 vd.; Cihan- Yenisey, a.g.e., s.199-200; Sözüer, a.g.m., s.77-78; Ersan Şen, “Türk Hukuku'nda Telefonların Gizlice Dinlenmesi Sebebiyle Gündeme Gelen ‘Hukuka Aykırılık Sorunu ve Kişi Haklarına Keyfi Müdahaleler’”, **Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No: 8, İstanbul, 1999, ss.723-736, s.733.

⁷⁵³ AİHM, HUVIG ve Kruslin davalarında, Fransız mevzuatında, iletişimin denetlenmesi ile ilgili yeterli garantilerin yer almadığına dikkat çekmiştir. Mahkemeye göre; “*yargısal bir kararla telefonların dinlenmesi muhtemel insan kategorileri, iletişimin denetlenmesini gerektirecek suçlar, tedbire ilişkin süre, hakime verilecek yetki, tedbir konusu diyalogları içeren özet raporlar, kayıtların silinmesi veya bantların imha edilmesine ilişkin haller, kamu görevlilerine tanınan yetki net bir şekilde belirlenmemiştir. Konuyla ilgili tek metin Ceza Usul Kanunu'nun eski 81. maddesidir ki, bu madde de birtakım belirsiz ve kesin olmayan hükümler içermektedir ve öngörülebilirlik koşulunu karşılamamaktadır.*” Yardımcı, a.g.e., s.133, dn.776. Müdahalenin meşruluğu için aranan kanunla düzenlenmiş olma şartı bağlamında erişilebilirlik ile ilgili kriterler hakkında Khan/ Birleşik Krallık davası için bkz. Inceoğlu, a.g.e., s.291. Raducu/ Romanya davasında da, davacının “kanunda öngörülmeleyen savcının izniyle özel servis aracılığıyla telefon dinlemenin ve kaydetmenin Sözleşmenin 8/2. maddesine aykırı olduğunu, Kanunda keyfiliğe karşı teminatların olmadığını, dinlemelerin kaydedilmesi iznini veren savcının bağımsız yargılama içinde herhangi bir kontrole tabi tutulmadığından Sözleşme'den oluşan içtihat uyarınca ortaya konulan yargıç kavramı içinde değerlendirilemeyeceğini” belirtmiş; Hükümetin, “davacının özel hayatının ihlal edildiğini inkar etmemekle birlikte bu müdahalenin 8/2. maddede öngörülen hallerine uygun olduğu” savunması üzerine; AİHM, “...*Kamu güçleri tarafından yapılan gizli izleme kavramı içinde iç hukukun, 8. maddenin koruduğu bireysel hakların kullanılmasına engel teşkil edebilecek keyfi müdahaleye karşı bir koruma getirmek zorunda olduğu, ... Romanya'da telefon konuşmalarının*

dışında⁷⁵⁴ hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz (CMK m.135/8).

CMK m.135'e göre, "şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi, soruşturma veya kovuşturma aşamasında⁷⁵⁵, suç işlendiğine dair⁷⁵⁶ somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı⁷⁵⁷ halinde ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması⁷⁵⁸ durumunda, ağır ceza mahkemesi veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla⁷⁵⁹ tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararının derhal mahkemenin onayına sunulması ve mahkeme tarafından bu kararın en geç 24 saat içinde onaylanması gerekir. Sürenin dolması veya mahkeme tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Bu fıkra uyarınca alınacak tedbire ağır ceza

dinlenmesine ilişkin yasal düzenlemelerin demokratik bir toplumda asgari düzeyde olması gereken yasal korumaya sahip olmadığı" gerekçesiyle Sözleşmenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Pınar Memiş, "Koruma Tedbirlerine İlişkin AIHM'nin Örnek Bir Kararı Romanya'ya Karşı Raducu Davası", **Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Önlemleri, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, ss.19-37, s.35.

⁷⁵⁴ Bu tedbirler usulüne uygun uygulanmazsa, gizlilik ihlal edilmiş olacak, TCK m.132 vd. maddelerinde düzenlenmiş haberleşmenin gizliliğini ihlal hükümleri, keza TCK 'da 285. maddede düzenlenmiş gizliliğin ihlali hükümleri ve nihayet TCK m.258 göreve ilişkin sırrın açıklanması hükmü uyarınca cezai sorumluluk doğacaktır. İlhan Polat, **Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi**, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2009, s.83.

⁷⁵⁵ 25.05.2005 tarih ve 5353 sayılı Kanununun 17. maddesi ile CMK'da değişiklik yapılmadan önce sadece bir suç nedeniyle yapılan soruşturmalarda bu tedbire başvurulabilmekteydi. Veli Özer Özbek vdğ., a.g.e., s.416.

⁷⁵⁶ "Suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ibaresi ile kastedilen, suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesi değil, şüpheli veya sanık tarafından suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığı olarak anlaşılmalıdır. Sadece suçun işlendiğine ilişkin kuvvetli suç şüphesinin yeterli görülmesi, bu suçu işleme ihtimali basit şüpheye dayalı olanlar hakkında dahi iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasını mümkün kılar ki, bireyin özel hayatına yönelik bu genişlikte bir müdahale kabul edilemez." Ersan Şen, **Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhabir**, 2.bs, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s.68.

⁷⁵⁷ İletişimin denetlenmesi tedbiri bağlamında kuvvetli şüphe hakkında ayrıntılı bilgi ve doktrinde yer alan görüşler hakkında bkz. Mehmet Saydam, **Ceza Muhakemesi Kanununa göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s.109 vd.

⁷⁵⁸ Yönetmelik m.4/c uyarınca; "Başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması hâli: 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 olmasını, ifade eder".

⁷⁵⁹ Tedbire ilişkin karar yazılı olmalıdır. Kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir (CMK m.135/4). Ayrıca 21/2/2014 tarihli 6526 sayılı Kanun'un 12 maddesi ile getirilen ek 2. fıkra uyarınca, "Talepte bulunulurken hakkında bu madde uyarınca tedbir kararı verilecek hattın veya iletişim aracının sahibini ve biliniyorsa kullanıcıyı gösterir belge veya rapor eklenir".

mahkemesince oy birliğiyle karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır.”

21/2/2014 tarihli 6526 sayılı Kanun’un 13. maddesi ile getirilen değişiklik ile tedbire başvurulabilmesi için kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı tek başına yeterli olmayacak, bunun somut delillere dayanması aranacaktır. Keza tedbir için hakimden karar alınmış olması halinde hukuka uygun bir denetim söz konusu olmayacak, ağır ceza mahkemesinin oybirliği ile karar vermiş olması gerekecektir. Kanun gerekçesinde bu durum, “*Bununla kişi hürriyeti ve güvenliği, özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyeti gibi temel insan hak ve özgürlüklerinin daha güvenceli hale getirilmesi amaçlanmaktadır*” şeklinde ifade edilmiştir. Tedbir için gerekli şartlar önceki düzenlemeye⁷⁶⁰ nazaran ağırlaştırılmış, tedbirin uygulanabilirliği sınırlandırılmıştır.

CMK m.135/1 düzenlemesinde anlaşılacağı üzere, mobil telefonun yerinin tespit edilmesi’ne yer verilmemiş olup, ilgili düzenleme beşinci fıkrada ayrıca ele alınmıştır. “Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir”. Bu denetim yoluna başvurulabilmesi için, diğer denetim yollarından farklı olarak somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebinin varlığı ve başka surette delil elde edilmesi şartları aranmamıştır.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulama alanı CMK’ nın 135. maddesinin yedinci fıkrasında sayılan suçlarla⁷⁶¹ sınırlı tutulmuştur. Kanun

⁷⁶⁰ *Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir.(...)*

⁷⁶¹ *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),*

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. *(Ek: 21/2/2014 – 6526/12 md.) Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (madde 148, 149)*

7. *Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188)*

8. *Parada sahtecilik (madde 197)*

9. *(Mülga: 21/2/2014 – 6526/12 m.) Kanun gerekçesi: “Türk Ceza Kanununun 220 nci maddesinde düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun maddenin altıncı fıkrasında düzenlenen katalogdan çıkarılması suretiyle, bazı soruşturmalarda sırf bu tedbirin uygulanabilmesi için*

Koyucu iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği suçları CMK m.135/7’da katalog halinde belirlemiş, bu suretle denetimin kapsamını suçların nitelikleri ve işlenme şekillerine göre tespit etmiştir⁷⁶². Bu suçların teşebbüs aşamasında kalması veya iştirak halinde işlenmesi tedbirin uygulanması bakımından önem taşımaz. Dolayısıyla bu suçların hazırlık hareketi aşamasında bu tedbire başvurulması olanaksızdır.⁷⁶³ Bununla birlikte iletişimin denetlenmesi ile ilgili “belli suç tipleri için geçerli sınırlama” her denetleme şekli bakımından geçerli değildir. CMK m.135/6’da “dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi” düzenleme kapsamına alınmış; iletişimin tespiti⁷⁶⁴ ve mobil telefonun yerinin tespiti kapsam dışı bırakılmıştır. Açıktır ki; bu denetim yolları bakımından suç bazında bir ayırım söz konusu olmamakta, tüm suç tipleri bakımından uygulanabilirliği sonucuna ulaşılmaktadır.

Kanun’da sayılan bu suçlar CMK m.138/2’de düzenlenmiş olan tesadüfen elde edilen deliller açısından da önem arz eder. Zira “*telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135 inci maddenin yedinci fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse*” bu kaydın kullanılması söz konusu olabilecek⁷⁶⁵; bununla birlikte Kanun’da yer alan suçların dışında⁷⁶⁶ bir suça ilişkin şüphe uyandıran bir delil elde edilirse kullanılmayacaktır.

soruşturmanın suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu kapsamında başlatılıp yürütülmesi uygulamasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır”.

10. (Ek: 25/5/2005 – 5353/17 m.) Fuhuş (madde 227)

11. İhaleye fesat karıştırma (madde 235)

12. Rüşvet (madde 252)

13. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282)

14. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315)

15. 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) (Ek: 25/5/2005 – 5353/17 m.) 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.

⁷⁶² Seydi Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.148. Hangi suçlar bakımından iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanacağı konusunda karşılaştırmalı hukukta, önerilen çözüm modellerinin neler olduğu ve bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem, a.g.e., s.309 vd.

⁷⁶³ Öztürk v.dğr., a.g.e., s.472.

⁷⁶⁴ Kanun koyucunun sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi bakımından katalog suçlar belirlemesi, aynı uygulamayı iletişimin tespitinde göz ardı etmesi hatalı bir düzenleme olmuştur. Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhabir , a.g.e., s.63.

⁷⁶⁵ “Dosyada kanıt olarak kabul edilen telefon konuşma tutanakları incelendiğinde, bu görüşmenin haklarında dinleme kararı bulunmayan üçüncü kişiler arasında geçtiği açıktır. Bu konuşmada tesadüfen

B. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KAVRAMI

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim⁷⁶⁷, “telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektro manyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyaller, yazılar, resimler, görüntü veya sesler ve diğer nitelikteki verilerle, işaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer sistemler vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması” şeklinde ifade edilmektedir.⁷⁶⁸ Diğer bir ifadeyle, *araya bir vasıta sokulmak suretiyle gerçekleştirilen her türlü iletişimin dinlenmesi, gerektiğinde kayda alınması ve tespiti*⁷⁶⁹ şeklinde açıklamak mümkündür. Dolayısıyla bu kapsamda değerlendirilebilecek tüm araç, cihaz, materyale ilişkin iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilir. Kavrama ilişkin tanım genel olarak verilmiş, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimde kullanılan araçlara, verinin çeşidine ve iletim şekline ilişkin sınırlamaya gidilmemiştir. Örneğin, iletişim telefon, teleks, faks bu koruma tedbirine konu olabilecekken aynı zamanda elektronik mektupla

elde edildiği kabul edilen suç kanıtının değerlendirilebilmesi konusunda 442 sayılı Yasa’da herhangi bir hüküm bulunmadığına göre bu konuşma tutanağı yasa dışı elde edilmiş delil niteliğindedir. Kaldı ki, 5271 sayılı Yasa’nın 138. maddesine göre de tutanağa yasal bir kanıt değeri verilmesi olanaksızdır. Zira, tesadüfen elde edilen bu kanıt, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ile ilgili olup, bu suç 135. maddede sayılan katalog suçlar arasında yer almadığından, yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Yasa dışı elde edilen bir kanıtın ise soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır. Yasaya aykırılığı saptanan bu kanıt dışlandığında dosyada isnat olunan suçu sübuta erdirecek başkaca kanıt bulunmadığı görülmektedir.” YCGK, E.2006/4.MD-122, K.2006/162, K.T.: 13.06.2006’dan aktaran Yurtcan, CMK Şerhi, a.g.e., s.346.

⁷⁶⁶ Ünver- Hakeri; böyle bir durumda kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı olarak öğrendiği suçun söz konusu olacağını ve TCK m.279’da düzenlenmiş suçu bildirme yükümlüğünün doğacağını, bu nedenle her ne kadar CMK m.138’de tesadüfen elde edilen delillerin ancak bu katalog suçlarla ilgili olması halinde kullanılabilmesi belirtilmekteyse de, bu bildirim yapılması zorunluluğunu kaldırmayacağını ileri sürmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.416; aynı yönde Ali İhsan Erdağ, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2011, S.92, ss.31-61, s.43. Şahin ise; böyle bir durumda CMK 138/2. maddesindeki düzenlemeyi, TCK’nın 279. maddesi bakımından özel bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Cumhuriyet Şahin, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi –Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XI, S.1-2, Yıl 2007, ss.1095-1112, s.1112.

⁷⁶⁷ Bu koruma tedbirine ilişkin kullanılan terimler ve hakkındaki eleştiriler için bkz. Özbek v.dğr., a.g.e., s.410 vd.

⁷⁶⁸ Bu konuda bkz. 10/11/2005 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 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 Yönetmeliğin 3. maddesi (çevrimiçi) <http://www.tib.gov.tr>, erişim tarihi: 18.07.2013.

⁷⁶⁹ Erdem, a.g.e., s.99

haberleşme, cep telefonlu ya da videolu konferans sistemleri de telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesine konu olabilecektir⁷⁷⁰.

Belirtilmelidir ki, yalnızca dinlenebilir nitelikteki veriler değil, okunabilir veya izlenebilir veriler de kapsama dahildir. Posta veya kargo yoluyla yapılan haberleşme ile bir karışıklığa sebebiyet verilmemesi bakımından kanunda "iletişim" kavramına yer verilmiştir⁷⁷¹. Bu anlamda iletişim aracının sabit veya taşınabilir olması, iletişimin içeriğine ilişkin kayıtların özel ya da resmi iletişim kuruluşunca tutulması⁷⁷², iletişimin yurt içinden veya dışından gerçekleştirilmesi (26434 sayılı Yön.m.7/3), iletişimin konuttan veya işyerinden⁷⁷³ ya da kamuya açık bir yerden gerçekleştirilmesi kural olarak iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamındadır.

İletişimin denetlenmesi kavramı da açıklamaya muhtaçtır. İletişim; bilgi, düşünce, inanç ve tutumların ortak semboller sistemi aracılığı ile kişiler veya gruplar arasında değiş tokuş edildiği süreci ifade ederken⁷⁷⁴ denetim; bir görevin yolunda yürütülüp yürütülmediğini anlamak için yapılan araştırma, denetim, kontrol”⁷⁷⁵ anlamına gelmektedir. İletişimin denetlenmesi, ceza muhakemesinde telekomünikasyon yoluyla iletişime ilişkin veriler üzerinde uygulanan tedbirleri ifade etmektedir. Tedbirlerin neler olduğu ise kanun koyucu tarafından CMK'nın 135. maddesinde belirtilmiştir. Maddeye göre, iletişimin denetlenme şekilleri; iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun tespitidir⁷⁷⁶.

⁷⁷⁰ Fatih Selami Mahmutoğlu, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi”, (çevrimiçi) <http://www.istanbul.edu.tr/hukuk/ceza/ders-gerecleri/cmh/makale/iletisimindenetlenmesi.doc>, erişim tarihi: 02.06.2014.

⁷⁷¹ Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.414.

⁷⁷² Yardımcı, a.g.e., s.177.

⁷⁷³ Bir devlet kurumu olan Carmarthenshire Kolejinde müdür yardımcısı olarak çalışan başvurusunun telefon, email ve internet kullanımını, görünüşte kolej teçhizatının aşırı şekilde şahsi amaçla kullanımını denetlenmek için izlenmesi olayında (Copland/ Birleşik Krallık- 03.04.2007) AİHM; “2000 tarihli Amann/İsviçre ve 1997 tarihli Halford/Birleşik Krallık kararlarında, işyerinden yapılan telefon çağrılarının ilk bakışta, 8. madde anlamında ‘özel yaşam’ ve ‘haberleşme’ kapsamında kaldığının tespit edildiğini hatırlatmış ve emailler ile internet kullanımının izlenmesinin de benzer şekilde korunması gerektiğini” belirtmiştir. Tezcan v.dğr., İnsan Hakları El Kitabı, a.g.e., s.240.

⁷⁷⁴ Kayıhan İçel (Kitle Haberleşme Hukuku)’den aktaran Gümüşay, a.g.tz., s.7.

⁷⁷⁵ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, (çevrimiçi) <http://www.tdk.org.tr>, erişim tarihi:05.05.2014.

⁷⁷⁶ Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.406.

İletişimin tespiti⁷⁷⁷, “iletişimin içeriğine müdahale etmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri”⁷⁷⁸; iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması⁷⁷⁸, telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri; sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi⁷⁷⁹, “iletişimin 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 etmektedir. Bu bağlamda sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine esas teşkil eden veriler, kişisel veriler niteliğini haiz değildir⁷⁸⁰.

Mobil telefonun tespitine⁷⁸¹ ilişkin Yönetmelik’te tanıma yer verilmemiş olup, “sanık veya şüphelinin kullanmakta olduğu mobil telefonun yerinin tespit edilerek, şüpheli veya sanığın bulunduğu yerin tespit edilmesi”⁷⁸² şeklinde ifadesi mümkündür. Mobil telefonun yerinin tespitinin ayrı bir denetim yolu olması konusunda doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Bir görüşe⁷⁸³ göre, diğer denetim yolları, mobil telefonlar aracılığıyla yapılan iletişimi de kapsadığı için iletişimin tespiti, mobil telefonu da içine almakta ve bu gerekçeyle ayrı bir denetim yolu olarak düzenlenmesinin yerinde olmadığı ifade edilmektedir. Diğer bir görüş⁷⁸⁴ ise, bu denetim yolunun taşıdığı amaç (şüpheli veya sanığın yakalanması) gözetilmeli ve Kanun sistematigi açısından ayrı bir düzenlemede yer verildiğinden diğer denetim yollarından farklı olduğu, bu sebeplerle ayrı bir koruma tedbiri olarak düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Bununla birlikte bu tedbirin ayrı bir

⁷⁷⁷ 14/2/2007 tarihli ve 26434 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m.4/f

⁷⁷⁸ 26434 sayılı Yön. m.4/e

⁷⁷⁹ 26434 sayılı Yön. m.4/1

⁷⁸⁰ Aytekin İnceoğlu, a.g.m., s.109.

⁷⁸¹ Alman Ceza Muhakemesi Kanununda 14.02.2002 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik ile cep telefonunun bulunduğu yerin belirlenmesi, kart ve telefon numarasının tespiti telefonun bağlantı kurması şartıyla mümkün olmuştur (StPO 100g/ III). Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.801.

⁷⁸² Özbek v.dğr., a.g.e., s.414.

⁷⁸³ A.e., s.414.

⁷⁸⁴ Sevük, a.g.m., s.112

iletişimin denetlenmesi çeşidinden ziyade, iletişimin tespiti ile sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin özel bir uygulama biçimi olabileceği⁷⁸⁵ de ileri sürülmektedir.

İletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti açısından “tespiti” yüklenen anlamın, bütünleştirici yorumla, hem şüpheli veya sanığın yerinin tespiti, hem de iletişim ile ilgili içeriği hariç olmak üzere teknik bilgileri içeren kayıtlar şeklinde değerlendirilmesi⁷⁸⁶, kavram kargaşasının önüne geçmeye elverişli bir çözümdür.

C. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Anayasamızın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği, 22. maddesinde haberleşme hürriyeti⁷⁸⁷ ve gizliliği temel hak ve hürriyet olarak düzenlenmiştir. Böylelikle haberleşme dahilinde kamuya kapalı olarak mektup, telefon, telefaks, çağrı cihazı, elektronik posta ve bilgisayar ile yapılan her türlü kişisel iletişim anayasal koruma kapsamında değerlendirilecektir⁷⁸⁸. İlgili düzenlemelerin devamında bu hak ve hürriyetlerin hangi amaçla sınırlanacağı belirtilmiştir.

Haberleşme hürriyetinin kapsamını özel haberleşmenin gizliliği ve posta dokunulmazlığı oluşturmakta; gazete, televizyon ve radyo gibi araçlarla yapılan kitle haberleşmesine ilişkin hürriyetler Anayasa m.22 kapsamında değerlendirilmemektedir⁷⁸⁹. İletişimin denetlenmesi bağlamında haberleşmenin gizliliği hakkı, doktrinde “*kişilerin bir iletişim aracıyla duygu ve düşüncelerini, başkalarının öğrenilme ve kayıt altına alınma endişesi taşımadan iletebilmesi*”⁷⁹⁰ olarak ifade edilmektedir.

Uluslararası düzlemde İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 12. maddesi ve Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin 17. maddesinde “Hiç

⁷⁸⁵ Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu I, a.g.e., s.265.

⁷⁸⁶ AYTEKİN İNCEOĞLU, a.g.m., s.109.

⁷⁸⁷ (1)Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. (2) 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. (3) İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.

⁷⁸⁸ YARDIMCI, a.g.e., s.166.

⁷⁸⁹ YAZICIOĞLU, a.g.m., s.234.

⁷⁹⁰ ÖMER ANAYURT, “Strasbourg İçtihatlarında, Türk ve Fransız Hukuklarında Telefon Dinlemeleri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, s.4, 1996, ss. 523-536, s.523.

kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir” şeklinde düzenlenmiştir. Yine AİHS’nin 8. maddesinde “herkesin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu⁷⁹¹ ve hangi hallerde sınırlanabileceği⁷⁹², müdahale edilebileceği” belirtilmiştir. Özellikle organize suçlulukla mücadele eden devletlerin iletişimin denetlenmesi gibi imkanlara sahip olmalarının olağan olduğunu bununla birlikte bu imkanın sınırsız olmadığını, kamu güçlerince kötüye kullanımının önüne geçecek teminatların da sağlanması gerektiğini belirten AİHM, aynı zamanda özel hayat hakkının sınırlarının tespitinde genişletici ve bu hakka ilişkin sınırlamaları belirlerken de daraltıcı yorumu benimsemiştir⁷⁹³. AİHM’ne göre bir hayat olayının veya bir kişisel değerın özel hayat kapsamında değerlendirilmesinde, *bulunulan*

⁷⁹¹ “Telefon konuşmaları, Sözleşmenin 8. maddesindeki “özel yaşam” ve “haberleşme” kavramlarının kapsamına girdiğinden, kabul edilen izleme işlemi Sözleşmenin 8/1. fıkrasında başvurusunun güvence altına alınmış bir hakkını kullanmasına “bir kamu makâmı tarafından” müdahale oluşturmuştur. (...) Polisin sayıçlama bilgisi oluşturulması ve kendisine verilmesi talebini Posta İdaresinin kendi iradesiyle yerine getirmesini hukuka aykırı sayan herhangi bir iç hukuk kuralı yoktur. (...) Mahkemenin önündeki delillere göre, basit bir yasak bulunmamasından da öte, kamu makamlarının yararlandığı takdir yetkisinin kapsamı ve kullanılma usulüyle ilgili herhangi bir yasa hükmünün bulunmadığı görülmektedir. Sonuç olarak, iç hukuk bakımından hukuka uygun olsa da, söz konusu uygulamanın varlığından kaynaklanan müdahale Sözleşmenin 8/2. fıkrası anlamında hukuka uygun değildir.” AİHM Malone/Birleşik Krallık Kararı, 2.8.1984, Strazburg, 8691/79’dan aktaran Yaşar, a.g.e., s.682. Bu kararın en önemli özelliği, bu karardan sonra Birleşik Krallığın 1985 yılında ‘Interception of Communications Act’i çıkarmış olmasıdır. Parlamento, Malone kararına atıf yaparak bu kanunu hazırlamıştır. Thomas Wong, “Regulation of Interception of Communications in Selected Jurisdictions”, s.4, <http://legco.hk/yr04-05/english/sec/library/0405rp02e.pdf>, erişim tarihi: 06.06.2014. Ayrıca AİHM, beş Alman hukukçunun 13 Ağustos 1968 tarihli “Mektup, Posta ve Uzaktan Haberleşme Gizliliğinin Sınırlanmasına Dair Kanunun” AİHS’e aykırı olduğuna dair yaptıkları başvuru ile ilgili davada (Klass Davası) özel haberleşmenin devlet tarafından denetlenmesi hakkındaki ilkelere açıklık getirmiştir. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sözüer, a.g.m., s.75-76. Bununla birlikte AİHM, 15 Haziran 1992 tarihli kararında, uyuşturucu madde kaçakçılığı yapan “Ludwig Ludi” adlı kişinin telefon konuşmalarının mahkeme kararı ile polis tarafından dinlenmesini ve ceza yargılamasında ses kayıtlarının mahkemeye delil olarak sunulmasını “uyuşturucu madde kaçakçılığı gibi toplum düzenini yakından ilgilendiren bir suçun ortaya çıkartılmasında, yetkili ve görevli mahkemenin kararı ile sanığın telefon konuşmalarına, konutuna ve özel hayatına müdahale eden polis davranışlarının ve elde edilen delillerin hukuka ve AİHS’ne uygun olacağı” gerekçesiyle 8. maddeye aykırı bulmamıştır. Ersan Şen, “Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerine Dair Sözleşme’de Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı ve Türk Hukuku”, *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, S.3, İstanbul, 1993, ss.141-172, s.144.

⁷⁹² Madde 8/2 uyarınca; “Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir”.

⁷⁹³ AİHM, Lambert/ Fransa davasında, müdahaleye cezai soruşturmayla ilgili delillerin ortaya çıkarılması amacıyla başvurulduğunu ifade ederek, bu tedbirleri kamu düzeninin sağlanması amacıyla uygun yöntemler olarak yorumlamıştır. Yardımcı, a.g.e., s.138.

yer, makul saygı beklentisi, fail ve mağdurun statüsü, hak sahibinin iradesi gibi bir çok kriter önem arz etmektedir⁷⁹⁴.

Mahkeme haberleşme kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda, teknolojideki gelişmelere paralel olarak yalnızca posta yoluyla gönderilen haberleşme malzemelerini değil, telefonla iletişim ve teleksi de dahil etmiştir⁷⁹⁵. Haberleşme kavramının, teknolojik gelişmelerle birlikte dikkate alınması, Sözleşme'nin *günün şartlarında yorumlanması ilkesi* ile de uyumludur⁷⁹⁶. Bu kurallar uyarınca iletişim araçlarıyla yapılan haberleşme de özel hayat kapsamında ve gizlidir.

Nitekim AİHM, hukuk bürosunun birine hakaret etmiş olan kişinin kimliğini belirleyebilecek belgeler bulmak amacıyla savcı ve polis tarafından arandığı 16.12.1992 tarihli Almanya'ya karşı Niemietz davasındaki "*Özel hayat kavramını, bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir iç alanla sınırlamak ve dış dünyayı bu alandan tümü ile hariç tutmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşım olurdu. Özel hayata saygı, başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da belirli bir dereceye kadar içermelidir. Ayrıca insanların birçoğunun dış dünyayla ilişki kurma fırsatı önemli ölçüde, hatta belki de çoğunlukla iş hayatı sırasında ortaya çıktığına göre, "özel hayat" kavramından, ilkesel olarak, mesleki veya iş dünyasıyla ilgili faaliyetleri hariç tutmanın bir nedeni yok gibi görünmektedir.*"⁷⁹⁷ açıklamasıyla özel hayat kavramının dar yorumlanmaması gerekliliğini vurgulamıştır. Kamusal alanlarda dahi olsa, gizli kayıt vb. fiiller, özel hayatın korunması hakkına yönelik saldırılar olup, bu konuda ancak yasal düzenlemelere uygun ve gerekli diğer şartlar dahilinde yapılacak müdahaleler meşru sayılabilecektir⁷⁹⁸. Bunu destekleyici nitelikte vermiş olduğu P.G. ve J.H.- Birleşik Krallık kararında, "*... bir kişinin evinin veya özel mülkünün dışında alınan önlemlerin, kişinin özel*

⁷⁹⁴ Ayhan Bozlak, "Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması: ABD Federal Yüksek Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması Arasında Mukayeseli Bir İnceleme", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.109, 2013, ss.55-92, s.84.

⁷⁹⁵ Kilkelly, a.g.e., s.19.

⁷⁹⁶ Öncü, a.g.e., s.200.

⁷⁹⁷ Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhabir, a.g.e., s.32. Bununla birlikte Mason locasına üye olan bazı yargıçlar hakkında disiplin davasının açıldığı ve ilgili tarafların en azından bir kısmının adlarının basında yayınlandığı N.F./İtalya davasında(02.08.2001), AİHM, özel alanın bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü de kapsadığı gözleminde bulunmuştur. Ancak, ifşa edilen bilgilerin kolayca erişilebilme özelliğine dikkat çekerek bir müdahale olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Dutertre, a.g.e., s.288. Bununla birlikte Mahkeme, Stes Colas Est ve diğerleri/Fransa (2002) kararında *yasal izin bulunmadan bir şirketin merkezine veya ona ait diğer şubelere ya da herhangi bir mekana girmenin, izinsiz şekilde eve girmekten bir farkının bulunmadığına karar verilmiştir*. Bozlak, a.g.m., s.86.

⁷⁹⁸ A.e., s.69.

hayatına dahil olup olmadığının belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken birkaç unsur vardır. İnsanlar bazen kamuya açık bir biçimde kaydedilebilen veya rapor edilebilen faaliyetlere bilerek veya kasten dahil olabildikleri için, kişinin mahrumiyet hakkındaki makul beklentileri, kararı belirleyen etken olmasa da, önemli olabilir. Sokakta yürüyen bir kişi, kaçınılmaz olarak orada bulunan diğer kişiler tarafından görünür olacaktır. Teknolojik yöntemlerle aynı kamusal mekanın izlenmesi de benzer özelliكتedir. Ancak kamu alanındaki bu tür bilgilerin düzenli veya kalıcı olarak kaydı söz konusu olunca, özel hayatla ilgili konular ortaya çıkmaktadır”⁷⁹⁹ gerekçesiyle kamusal alandaki davranışların kayıt cihazları ile kaydedilmesi ve dosyalanması halinde, bu işlemin gizli ve müdahaleci bir yöntemle yapılmamış olsa bile, 8. maddenin ihlali anlamına geldiğini vurgulamıştır⁸⁰⁰.

Keza A- Fransa davasında, hükümetin bir cinayetin planlanmasıyla ilgili görüşmelerin kaydedilmesinin özel hayat kapsamına girmediğini iddia etmesi üzerine Komisyon, bir görüşmenin kamu çıkarını ilgilendirmesinin, görüşmenin özel olma özelliğini yitirmesine neden olmadığını belirtmiş, Mahkeme de bu görüşü kabul etmiştir⁸⁰¹. Mahkeme, görüşmenin özel olmadığı durumlarda dahi, örneğin haberleşmenin mesleki nitelikte olması halinde, görüşmenin haberleşmeye saygı hakkı korumasından yararlanacağını avukatla haberleşme eksenli davalarda madde 8’in uygulanamayabileceği olasılığına dahi değinmeyerek göstermiştir⁸⁰².

Ulusal ve uluslararası düzenlemeler de dikkate alındığında, koruma tedbiri olarak telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, kişilerin çeşitli araçlarla kamuya kapalı olarak yürüttüğü duygu, düşünce ve bilgi alışverişine⁸⁰³ 3. kişilerce müdahale edilmesidir. İletişimin denetlenmesi koruma tedbiri olduğundan⁸⁰⁴ taşınması gereken asgari şartları bünyesinde barındırmakla birlikte, müdahalenin meşruluğunun sağlanabilmesi için

⁷⁹⁹ Dutertre, a.g.e., s.290.

⁸⁰⁰ Yardımcı, a.g.e., s.115. “Diğer yandan davacının sivil havacılıkta kullanılan bir radyo kanalını kullandığı durumda, söz konusu görüşme diğer kullanıcıların da erişebileceği bir dalga boyunda yapıldığı için, haberleşmeye yapılan müdahale özel hayata müdahale sayılmamıştır ve özel haberleşme olarak nitelendirilmemiştir.” 21353/93, 27.02.1985 tarihli AİHM kararından aktaran Kilkelly, a.g.e., s.11.

⁸⁰¹ A.e., s.11.

⁸⁰² Öncü, a.g.e., s.201.

⁸⁰³ Sözüer, a.g.m., s.71.

⁸⁰⁴ İletişimin denetlenmesinin koruma tedbiri niteliğinde olmayıp, son çare ilkesi gereği mahkûmiyet kararını gerektirecek son delile ulaşmak için başvuru özel ve gizli bir araştırma aracı oldu olduğu yönünde bkz. Nur Centel/ Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı**, 2.bs, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s.285.

Kanun'da öngörülen şartları da taşır. Bu bağlamda konuyla ilgili CMK'da yer alan düzenlemeler Anayasa'da belirtilen sınırlama sebeplerine paralel olmakla birlikte; bu tedbir bakımından yapılan son değişiklik uyarınca Anayasa'daki “*usulüne göre verilmiş hakim kararı*” ağır ceza mahkemesi kararı olarak kabul edilecektir.

Delillere ve sanıklara diğer koruma tedbirleri uygulanarak ulaşılabildiğinde, bu maddenin uygulanmazlığı, koruma tedbirinin yedek norm⁸⁰⁵ olmasının sonucudur. Alman doktrininde dinlemenin “tali” niteliği olarak adlandırılan bu duruma göre, kanunda sayılan bir suçun delillerini veya failerin suç yeri olarak kullandıkları mahallerin başka şekilde tespiti yapılamıyorsa dinleme tedbirine başvurulacaktır⁸⁰⁶. Diğer bir ifadeyle, oranlılık ilkesinin bir sonucu olarak değerlendirilebilecek bu düzenleme gereği başka şekilde delil elde etme olanağı bulunmasına rağmen yine de bu tedbire başvurulmuşsa, artık bu deliller hukuka aykırı delil kapsamında değerlendirilecek ve yargılamada kullanılması söz konusu olmayacaktır⁸⁰⁷ (CMK m.217/2). Koruma tedbirleri arasında öncelik-sonralık olarak ifade edilen bu durum, temel hak ve özgürlüklere en az müdahale oluşturan tedbir hangisi ise, ona başvurulmasını sonuçlayacaktır⁸⁰⁸. En az müdahaleye ilişkin değerlendirme, uygulanan tedbirin ilgililere ve kamuya getirdiği dezavantajın karşılaştırması şeklinde yapılacak⁸⁰⁹ olmakla birlikte; tedbirler arasındaki müdahale yoğunluğunun mutlaka tedbire başvurulması sonucu tespit edilmesi gerekli olmayıp, ilgili tedbire başvurulduğunda sonuç alınamayacağı konusunda bir beklentinin varlığı yeterlidir⁸¹⁰.

İletişimin denetlenmesi şeffaflık gereğini yerine getiren⁸¹¹ arama ve elkoymadan farklı olarak “gizlilik”⁸¹² niteliğini haizdir. Zira bu yolla delil elde edilebilmesi, ilgili kişinin iletişiminin denetlendiğini bilmemesini gerektirir. Nitekim AİHM, bu bağlamda müdahalenin meşruluk tespitinde kullandığı “yasayla düzenlenmiş olma” ölçütü

⁸⁰⁵ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, a.g.e., s.372.

⁸⁰⁶ A.e., s.375.

⁸⁰⁷ Özbek v.dğr., a.g.e., s.417.

⁸⁰⁸ Tezcan v.dğr., İnsan Hakları El Kitabı, a.g.e., s.481.

⁸⁰⁹ Yardımcı, a.g.e., s.148.

⁸¹⁰ Mustafa Ruhan Erdem, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, (çevrimiçi) www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc, erişim tarihi: 08.05.2014. Aksi yönde bkz. Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhabir, a.g.e., s.60.

⁸¹¹ Björn Gercke, “Ceza Muhakemesi Hukukunda İletişimin Denetlenmesi: Ceza Muhakemesi Kanunu Prg.110a vd.’nin Yeni İçeriğinin Etkisi”, (çev.) Pınar Bacaksız, **Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Yöntemleri, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, ss.167-175, s.167.

⁸¹² CMK m.135/6 uyarınca; “Bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur”.

bağlamında *öngörülebilirliği*, iletişimin denetlenmesi bakımından tedbirin mutlaka ilgisine haber verilmesini sağlamak değil; yasal düzenlemenin, belirli şartların oluşması durumunda, iletişimin denetlenebileceği hakkında fikir vermesi olarak ele almaktadır⁸¹³. Benzer şekilde Mahkeme, *dinlemenin sona erdiği anda kişiye dinlendiğine ilişkin bilgi verilmemesinin tek başına ihlal doğuramayacağını, çünkü dinleme önleminin etkili olmasını sağlayan olgunun bu olduğunu*⁸¹⁴ ileri sürmüştür. Bununla birlikte göz ardı edilmemelidir ki; gizli araştırma önlemlerinde geçerli olan temel hakların korunması açısından yüksek gerekliliklerin dikkate alınması, iletişimin denetlenmesi bakımından da geçerlidir, zira bu tedbir de yukarıda ifade edildiği üzere özel hayatın çekirdek alanının mutlak korunmasına yönelik tehlike oluşturmakta, hakkın ihlali bakımından diğer koruma tedbirlerine nazaran daha sık karşılaşılır bir tablo ortaya koymaktadır⁸¹⁵.

Bununla birlikte, bu durum hakka müdahalenin varlığının ispatlanması aşamasında da sorunludur. Buna rağmen AİHM uygulamasında, müdahalenin gerçekleşmiş olma ihtimalinin ispatlanması dahi yeterli kabul edilmektedir⁸¹⁶. Halford/ Birleşik Krallık davasında AİHM, “... *Bayan Halford’un bürosunda yaptığı telefon görüşmelerinin, polis aleyhine açılan cinsiyete dayalı ayrımcılık davasında savunmada yardımcı olması için Merseyside polisi tarafından dinlendiği yönünde makul bir olasılık olduğuna yönelik deliller vardır. Bu dinleme, 8/2. madde anlamında Bayan Halford’un özel hayatına ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına ‘bir kamu otoritesinin müdahalesi’ anlamına gelmektedir*”⁸¹⁷ gerekçesiyle makul olasılık olduğunu gösterir delillerin varlığını hakkın ihlali sonucuna varmak için yeterli bulmuştur.

Bu tedbir, anılan tedbirlerden farklı olarak geçici olmakla birlikte belli bir süreci kapsamaktadır. Örneğin, arama kararına istinaden arama yapılacak yerde aranılan şeyin bulunmaması halinde, bir sonraki arama ayrı karar alınmasını gerektirirken, iletişimin denetlenmesi bunun aksine saatlerce veya günlerce ya da aylarca devam edebilir⁸¹⁸. Nitekim CMK m.135/4 uyarınca; “*Tedbir kararı en çok iki ay için verilebilir*”⁸¹⁹; bu süre,

⁸¹³ Yardımcı, a.g.e., s.136.

⁸¹⁴ Kerem Altıparmak, a.g.m., s.51.

⁸¹⁵ Puschke- Singelstein, a.g.m., s.177.

⁸¹⁶ Yardımcı, a.g.e., s.120.

⁸¹⁷ Dutertre, a.g.e., s.305.

⁸¹⁸ Dempsey, a.g.m., s.18.

⁸¹⁹ Örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar söz konusu olduğunda, buna ilave olarak, birer ayı geçmemek üzere, birden çok defa süre uzatılabilmekte ve burada bir üst sınır bulunmamaktaydı.

*bir ay daha uzatılabilir*⁸²⁰. 6526 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikle, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirinin üç ay olan süresi iki ayla, üç aylığına uzatılmasına ilişkin süre de bir ayla sınırlandırılarak, toplam altı ay olan süre üç aya indirilmiştir. Mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri bu bakımdan da ayrı düzenlemeye tabidir ve değişikliğe uğramıştır. Mevcut uygulamada üç ay süreyle verilebilen bu tedbir, iki aya indirilmiş, üç aylığına uzatılabileceğine ilişkin mevcut hüküm ise bir ayla sınırlandırılmıştır. Diğer bir ifadeyle, altı ay süreyle başvurulabilen bu tedbire, değişiklikle en fazla üç ay süreyle başvurulabilecektir. Kanun gerekçesinde bu durum “*Kişi temel hak ve özgürlüklerinden olan özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyeti kapsamında özgürlükler ve suçlulukla mücadele arasında orantı sağlanması amacıyla bu tedbirin uygulanması bakımından azami bir süre öngörülmektedir.*” şeklinde ifade edilerek, orantılılık vurgusu yapılmıştır.

Belirtilmelidir ki; bu tedbire bir ceza soruşturmasında sadece delil elde etme, yani maddi gerçeğe ulaşma amacıyla ve Kanun’un açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere yalnız şüpheli veya sanık⁸²¹ hakkında başvurulur.⁸²² Şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi halinde tedbirin uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhal son verilir (CMK m.137/3). Şüpheli veya sanığa ilişkin bu tedbirde denetimin yapılması bakımından telekomünikasyon yoluyla iletişimin gerçekleştirildiği aracın kime ait olduğu⁸²³ veya nerede bulunduğu önem taşımamaktadır. Diğer bir ifadeyle, iletişim aracının şüpheli veya sanığın adına kayıtlı olması aranmayıp, fiilen kullanması yeterlidir⁸²⁴. Bununla birlikte hakkında tedbir kararı verilmiş şüpheli veya sanık adına

21/2/2014 tarihli 6526 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik ile CMK m.135/4’te “toplam üç ayı geçmemek üzere uzatılmasına” ibaresine yer vererek üst sınır getirilmiştir.

⁸²⁰ Alman hukuku üst sınır koymamış fakat her bir uzatmanın en çok 3 ay olabileceğini hükme bağlamıştır (StPO 100/3). Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.807.

⁸²¹ “...Ancak, CYY’nın 135/1. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca, yalnızca şüpheli veya sanığın iletişiminin tespiti, kayda alınması, dinlenilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi olanaklıdır. Başka bir deyişle ancak CYY’nın “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin (a) ve (b) bentleri anlamında “şüpheli” ve “sanık” sıfatı bulunan kişiler hakkında iletişimin tespiti isteminde bulunulması mümkündür.(...) Y4. CD, E. 2007/8700, K. 2007/8903, K.T. 6.11.2007, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>; erişim tarihi: 09.05.2014.

⁸²² Özbek v.dğr., a.g.e., s.417. Alman Ceza Usul Kanununun 100a maddesi uyarınca şüpheli dışındaki kişiler bakımından da (şüpheliye yöneltilmiş olan haberleri, bilgileri veya şüpheliden kaynaklanan iletişim içeriğini algıladıkları veya naklettikleri şüphesi, belirli olgular ile somutlaşmış biçimde ortaya çıkması koşuluyla) denetleme kararı verilmesi mümkündür. Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.793.

⁸²³ Vahit Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, 2.bs, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s.576.

⁸²⁴ Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, a.g.e., s.271; 26434 sayılı Yön. m.7 uyarınca; İletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirine şüpheli veya sanık bakımından karar verilir. (2) Birinci fıkrada sayılan tedbirler, hakkında tedbir uygulanacak kişinin üzerine kayıtlı veya kullanmakta olduğu iletişim araçlarının tümü hakkında uygulanabilir. Hakkında karar verilen kişi ile iletişim araç sahibinin farklı kişiler olması hâlinde bu durum talep ve kararda açıkça belirtilir. (3)

kayıtlı olmayıp fiilen kullanım halinde bu durumun talep ve kararda somut olgulara dayalı olarak açıkça belirtilmesi gerekir⁸²⁵. Belirtilmelidir ki; bu tedbirin uygulanması teknik anlamda iletişimin karşılıklılığı sebebiyle yalnızca şüpheli veya sanıkla sınırlı kalmamakta iletişim kurulan kişi de söz konusu denetim yollarına maruz kalmaktadır⁸²⁶. İletişimin denetlenmesi tedbirinin kapsamına dahil olmaları, suç şüphesi altında olmalarından veya kendileriyle ilgili verilmiş tedbir kararından olmayıp; salt şüpheli veya sanıkla bağlantılı olmaları sebebiyledir.

Sahip olduğu bu özellikler sebebiyle, iletişimin denetlenmesi tedbirine iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi söz konusu olduğunda ancak Kanun'da yer verilmiş suçlar bakımından ve yine tüm denetim yollarına, mobil

İletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kararı kişilerin yurt dışı bağlantılı iletişimini de kapsar.(...)

⁸²⁵ Mustafa Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.85. AİHM'in önüne gelmiş Lambert/ Fransa (24.08.1998) davasına konu olay, özetle telefonu dinlendikten ve birkaç konuşması kaydedildikten sonra, telefon hattının sahibi olmayan ve hat sahibini aramış olan başvurunun, çalıntı malların kötüye kullanımıyla itham edilmesine üzerine, kişinin telefon dinlenmesinin geçersiz olduğunu iddia etmesi, temyiz başvurusunun 3. kişiye ait telefon hattının hangi şartlarda dinlendiğini eleştirecek bir konumda olmadığı dayanağından yola çıkılarak reddedilmesi ve bu kararın Yargıtay tarafından onanmasına dayanmaktadır. AİHM, "...Ancak kabul etmek uygun olur ki, Yargıtay'ın yürüttüğü mantık, çok sayıda kişinin, yani kendisine ait bir hattan başka bir hat ile telefon görüşmesi yapan kişilerin, yasanın korumasından mahrum kalmasına neden olacak kararlara yol açabilir. Bu, uygulamada koruma mekanizmasının içeriğini büyük ölçüde boşaltabilir. Kimin telefonunun dinlendiği konusunda ayırım yapmayan ulusal kanunun korumasından etkin bir biçimde faydalanamayan başvuru da bu durumdadır" gerekçesiyle başvurunun hukukun üstünlüğünün gerektirdiği gibi ve söz konusu müdahaleyi 'demokratik toplumda zorunlu' olacak kadar sınırlandırılmasını mümkün kılan 'etkin bir kontrolden' faydalanmadığı sonucuna varmış ve 8. maddenin ihlal edildiği yönünde karar vermiştir. Dutertre, a.g.e., s.308.

⁸²⁶ "...İtiraz konusu kural ile iletişimin denetlenmesi kararının ancak şüpheli ya da sanık hakkında verilebileceği vurgulanmıştır. İletişimin denetlenmesi kapsamında başvuru tedbirlerinden en önemlisi, telefonların dinlenmesi ve görüşmelerin kaydedilmesidir. Dinleme kararı her ne kadar şüpheli ya da sanık hakkında verilmiş olsa da telefonla yapılan iletişimin, en az iki kişi arasında gerçekleştiği dikkate alındığında, uygulamada iletişimi yasal olarak dinlenen kişi ile iletişim kuran üçüncü kişilerin iletişimlerinin de dolaylı olarak dinlenmesi kaçınılmaz olmaktadır. İletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasını gerektiren suçların niteliği, özellikle örgütlü suçların organize bir şekilde işlenmesi dikkate alındığında, iletişiminin dinlenmesine ve kayda alınmasına karar verilen şüpheliyi/sanığı arayan kişi ya da kişilerle, şüpheli veya sanık arasındaki iletişimin, tamamen özel hayatı ilgilendirdiğinin ve suçla ilgisi olmadığının, dinleme sırasında bir anda tespit edilmesi mümkün değildir. Ayrıca bu görüşmelerin kolluk kuvvetleri tarafından değerlendirilerek özel hayatın gizliliği kapsamında kaldığı gerekçesiyle kayda alınmaması, delillerin bizzat Cumhuriyet savcısı ya da hâkim tarafından maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını engelleyebilir. Suçla ilgisi olmayan üçüncü kişilere ait görüşmelerin dinlenmesi ve kaydedilmesiyle ortaya çıkan bu durumun telafisi, bu görüşmelerin ancak Cumhuriyet savcısı ya da hâkim tarafından değerlendirilmesinden sonra, suçla ilgisi olmadıklarının tespit edilerek imhasına karar verilmesi ile mümkün olacaktır. Bu nedenle, haklarında dinleme kararı verilmeyen üçüncü kişilerin iletişimlerinin dolaylı olarak dinlenmesi, itiraz konusu kuraldan değil, iletişimin dinlenmesi tedbirinin uygulanmasıyla ilgili bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 13., 20. ve 22. maddelerine aykırı değildir." AYM Kararı, E.2009/1, K. 2011/82, Karar Günü: 18.5.2011'den aktaran (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 04.05.2014.

telefonun yerinin tespiti hariç, ancak somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde başvurulabilecektir.

D. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Telekomünikasyon yoluyla kurulan iletişim, kitlesel iletişime ve posta hizmetleri aracılığıyla kurulan haberleşmeye nazaran eski bir tarihe sahip değildir. Zira posta yoluyla kurulan iletişimin örneklerine İlkçağ'da rastlandığı söylenmekle birlikte, telgrafın ve telefonun icadıyla önem kazanan telekomünikasyon yoluyla iletişimin temeli 18. yüzyıla dayanmaktadır.⁸²⁷ Belirtilmelidir ki, müşterek hukukta haberleşmenin gizliliğine ilişkin bilinen en eski imtiyaz ise, avukat- müvekkil gizliliğidir⁸²⁸.

Telekomünikasyon yoluyla kurulan iletişimle bağlantılı olan haberleşmenin gizliliğine müdahaleye ilişkin Cumhuriyet öncesi dönemde geçerli İslam hukukunda kaynak bulunmamakla birlikte özel hayatın gizliliği ve korunması, *başkalarının gizli ve ayıp sayılan hallerinin araştırılması, sahibinden habersiz öğrenilmesi ve açıklanması (tecessüs) yasağının* kıyasen uygulanması ile mümkün olmuştur⁸²⁹. Bu kapsamda dolayısıyla haberleşmenin gizliliği de kabul edilmiştir⁸³⁰. Haberleşme hak ve özgürlüğünün kısıtlanması, konut dokunulmazlığında olduğu gibi, zaruret halinde mümkün olabilir⁸³¹.

İletişimin denetlenmesi tedbirinin tarihsel gelişimi incelenirken, doğrudan ilgili olduğu haberleşme hürriyetinin de Anayasal bağlamda ele alınması önem taşımaktadır. İslam Hukuku'nun geçerli olduğu Osmanlı döneminde 1876 tarihli Kanunu Esasi'nin 10. maddesi "*Hürriyeti şahsiye her türlü taarruzdan masundur. Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebep ve suretten maada bir bahane ile mücazat olunamaz.*"⁸³² hükmüne yer vermiştir. Haberleşme hürriyeti, 1921 Anayasası'nda düzenlenmemiş olmakla birlikte, 1924 Anayasası'nın 81. maddesinde "Postalara verilen evrak, mektuplar ve her nevi emanetler salahiyyetkar müstantik ve mahkeme kararı olmadıkça açılmaz ve telgraf ve telefon ile vaki olan muhaberatın mahremiyeti ihlal olunamaz.", şeklinde düzenleme ile haberleşmenin

⁸²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Türkmen, **İslam İletişim Hukuku**, Ensar Yayınları, İstanbul, 2014, s.63 vd.

⁸²⁸ D. McArthur, a.g.m., s.734.

⁸²⁹ Türkmen, a.g.e., s.421.

⁸³⁰ Hasan T. Fendoğlu, "Mevzuatımızda ve Önceki Hukukumuzda Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 6, 1993, ss.103-127, s.106.

⁸³¹ A.e.,s.123.

⁸³² A.e., s.105.

gizliliğine açıkça yer verilmiştir⁸³³. 1961 Anayasası'nın 17. maddesinde ise “(1)Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. (2) Haberleşmenin gizliliği esastır. Kanunun gösterdiği hallerde, hâkim tarafından kanuna uygun olarak verilmiş bir karar olmadıkça, bu gizliliğe dokunulamaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

1961 Anayasası 1982 Anayasası'nda yer alan düzenlemeden farklı olarak, haberleşme hürriyetinin yalnızca hakim tarafından sınırlandırılabilmesine cevaz vermiş ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merci tarafından verilecek sınırlandırma kararına geçerlilik tanımamıştır⁸³⁴.

765 sayılı TCK'da haberleşme hürriyetiyle ilgili düzenlemeler bulunmakla birlikte, kişilerin yapmış oldukları özel konuşmalar bakımından kanunda öngörülen koşullar oluşmadan ve hakim kararı olmaksızın haberleşmenin gizlice dinlenip kaydedilmesi şeklinde ortaya çıkan haberleşme hürriyetine müdahale açıkça suç olarak düzenlenmiş değildir⁸³⁵.

CMUK'ta bu tedbirle ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olmakla birlikte 2001 CMUK Tasarısının 107. maddesinde, “sinyalleri, yazılanları, resimleri, görüntü veya sesleri veya diğer nitelikteki bilgileri kablo, radyo veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alan veya ileten araçlar”dan bahsedilmiş ve ilgili bölümün başlığı ise “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Haberleşmeye Girme” şeklinde belirlenmişti.⁸³⁶ O dönemde tedbir 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu⁸³⁷'nda düzenlenmişti⁸³⁸. İlgili tedbir sadece Kanun'da yer alan örgütlü suçlar bakımından uygulama alanına sahipti⁸³⁹ ve yine sadece

⁸³³ Uğur Aydın, “**Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**”, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2006, s.22.

⁸³⁴ Polat, a.g.tz., s.17.

⁸³⁵ Yardımcı, a.g.e., s.171.

⁸³⁶ Hakan Hakeri, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması”, (çevrimiçi) http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=16&Itemid=35, s.1, erişim tarihi: 04.05.2014.

⁸³⁷ Kanun, 5320 sayılı CMK Yürürlük Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁸³⁸ Madde 2: “*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 telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri ve diğer nitelikteki bilgileri dinlenebilir veya tespit edilebilir. Tespit edilenler mühürlenerek yetkililerce zapta bağlanır.*”

⁸³⁹ Bu kanunda çıkar amaçlı suç örgütünü tanımlayan 1. madde belirlilik ilkesinin gereklerine uygun olmadığı için, bu tedbirin uygulanabileceği suçları önceden kesin biçimde ortaya koyma olanağı söz konusu olmadığından ve bu nedenle de düzenlemenin hem kanunilik ilkesine aykırı olması, hem de bu

denetlenme yollarından dinleme ve tespit edilmeye cevaz verilmişti.⁸⁴⁰ İlgili maddenin uygulama alanının kıyas yoluyla genişletilmesi söz konusu olmamakla birlikte⁸⁴¹, tanıklıktan çekinebilecek kişiler ile ilgili bu tedbir bakımından özel bir düzenlemeye yer verilmemiş⁸⁴², yardım etme, aracılık etme ve yataklık etme kuşkusu altında bulunan herkesin telefonunun dinlenebileceği hükme bağlanmıştı⁸⁴³. Bu kapsamda sanık ile müdafî arasındaki iletişime ilişkin olarak da istisnai bir hükme yer verilmiş değildi. Bununla birlikte Kanunda tedbir kararı verilebilmesi için kuvvetli belirtilerin⁸⁴⁴ varlığı aranmış; tali norm olduğu, tedbire başvurulabilmesi için “başka bir tedbirle faillerin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesinin mümkün olmaması” şartına bağlanması ile kabul edilmiştir⁸⁴⁵.

Tedbir kararı verebilecek olanlar m.2/5’te düzenlenmişti. “*Dinleme veya tespite 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.*” Kanun uyarınca tedbire en fazla 3 ay için başvurulabilecek, en çok iki defa daha üçer aydan fazla olmamak üzere uzatılabilecekti⁸⁴⁶.

CMK’da telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi şeklinde adlandırılan 5. bölümde (m.135-138) düzenlenmiş olan tedbirle ilgili denetim yollarına madde 135’de yer verilmiştir. Ayrıca 10.11.2005 tarihinde resmi gazetede yayımlanan “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”le iletişimin denetlenmesine ilişkin hususlar düzenlenmiştir.

şekilde ve amaçla işlenen tüm suçları kapsamına alması nedeniyle eleştirilmiştir. Nur Centel, “Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu 2000 Tasarısına Eleştirel Yaklaşım”, **Mahmut Tefik Birsal’e Armağan**, İzmir 2001, ss. 495-520, s.508.

⁸⁴⁰ Özbek v.dğr., a.g.e., s.410.

⁸⁴¹ Aytakin İnceoğlu, a.g.m.,s.105.

⁸⁴² Mustafa Ruhan Erdem/ Veli Özer Özbek, “4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, ss. 249-304, s.272

⁸⁴³ Polat, a.g.tz., s.83.

⁸⁴⁴ 4422 sayılı ÇASÖMK’nda “şüpheli” kavramı ile “belirti” kavramı kesin çizgilerle ayrılmış, dışarıdan algılanabilen kuvvetli belirtilere bağlı somut bulguların varlığı öngörülmüştü. Taşkın, a.g.e., s.101.

⁸⁴⁵ Yardımcı, a.g.e., s.173.

⁸⁴⁶ Yazıcıoğlu, a.g.m., s.258.

E. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN AMACA GÖRE TÜRLERİ

Hukukumuzda yukarıda açıklanmaya çalışılan arama ve elkoyma tedbirlerinde olduğu gibi iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından da adli ve önleyici iletişimin denetlenmesi ayrımı vardır. İletişimin denetlenmesi, suçların aydınlatılması amacıyla başvurulabilen bir koruma tedbiri olarak CMK’da düzenlenmiş olmakla birlikte; önleyici amaçlı veya istihbarat amacıyla başvurulabilen bir tedbir olarak açıkça düzenlendiği bir kanun olmasa da mevzuatta ilgili kanunlarda yer almıştır⁸⁴⁷.

Önleyici amaca yönelik iletişimin denetlenmesine “yasal olarak”⁸⁴⁸ 3.7.2005 tarih ve 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁸⁴⁹ ile 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu’nun ek 7. maddesi, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu’nun ek 5. maddesi ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu’nun 6. maddesine ek 1. fıkrası’nda yer verilmiştir.⁸⁵⁰ İlgili düzenlemeler incelendiğinde, önleme amaçlı iletişimin tespiti, “suç işlenmeden”⁸⁵¹ önce ve

⁸⁴⁷ Şahin, a.g.m, s.1097.

⁸⁴⁸ Danıştay’ın, Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu’nda görevli müfettişler hakkında iletişim tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi yolunda karar alan yargıçlar hakkında adli ve disiplin soruşturması yapılması için yapılan başvuruya cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemin iptalinde belirttiği gerekçe önemlidir: “ İletişimin dinlenmesi, özel bir ceza yargılaması koruma önlemidir. Bu önleme, ancak demokratik kurumları korumak bakımından mutlak zorunluluk bulunması koşuluyla başvurulabileceği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında yerini almış bulunmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu’nda bu önlemin uygulanması, bir suçtan ötürü ceza soruşturması yapılması koşuluna bağlı tutulmuştur. Bilindiği üzere ceza yargılaması açısından bu yetki delil elde etmek amacıyla, halen işlenmiş bir suçun kovuşturulmasıyla sınırlıdır. Anılan Yasanın 135 ve izleyen maddelerinde getirilen düzenleme ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 06.12.2005 tarihli Ağaoğlu-Türkiye kararında aradığı "yasaya dayalı olma" koşulu yerine getirilmiş ve yönetmelikle yapılan düzenleme yerini yasa maddelerine bırakmıştır. Ceza yargılaması dışında, önleyici olmak ve istihbari bilgi toplamak amacıyla iletişimin dinlenmesi yetkisinin, ancak yasayla tanınması halinde olanaklı olacağı da açıktır. Nitekim, 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla; Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu’na, Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu’na, Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu’na eklenen maddelerle, bu kurumlara bu konuda yasal dayanak sağlanmıştır. 5397 Sayılı Yasa ile bazı kurumlara tanınan iletişimin dinlenmesi yetkisinin, Adalet Bakanlığı müfettiş ya da başmüfettişlerine de tanınmış olduğu yolunda bir yasa hükmü bulunmamaktadır. 2802 Sayılı Yasada böyle bir düzenlemeye yer verilmediği gibi, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihinden sonra, 2802 Sayılı Yasa ile ilgili değişiklikler arasında böyle bir yetki tanınması yoluna da gidilmemiştir.” Danıştay 5D., 2009/5240, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 12.05.2014.

⁸⁴⁹ “Bu Kanun, henüz bir soruşturma başlamadan da telekomünikasyon yoluyla iletişimin dinlenmesi, tespit edilmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine imkan vermek suretiyle 135. maddeyi büyük ölçüde uygulanamaz hale getirdiği gibi, önleme dinlenmesi suretiyle elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilirliği bakımından da tartışmalara yol açacak niteliktedir.” Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s.379. Kanun hakkında eleştiriler için bkz. Kerem Altıparmak, a.g.m., s.47 vd.

⁸⁵⁰ Özbek v.dğr., a.g.e., s.412.

⁸⁵¹ Belirtilen yasal düzenlemelerde “4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin

tedbir bakımından karar vermeye yetkili olan kişi kural olarak hâkim olsa da, acele hallerde kurum amirlerinin⁸⁵² yazılı izni ile de başvuru bir tedbir olarak ifade edilmiştir. Cumhuriyet Savcısına ise bu bakımdan yetki tanınmamıştır. İdari yetkililerin iletişimin denetlenmesine ilişkin vereceği karara meşruiyet tanıyan bu düzenlemeler, yasal görünüm altında haberleşme özgürlüğünün özünü zedeleyecek niteliktedir⁸⁵³.

Koruma tedbiri niteliğindeki iletişimin denetlenmesinden farklı olarak bu tedbire başvurulması için gerekli olan şüphenin yoğunluğu konusunda herhangi bir ifadeye yer verilmemesi⁸⁵⁴ müdahalenin keyfilikliğini sonuçlayabilecekken, bu şekilde elde edilen verilerin ceza muhakemesinde kullanılamaz⁸⁵⁵ oluşu “dengeyi sağlayan” önemli bir

önlenmesi amacıyla” tedbire başvurulacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte CMK’nın 250. maddesi, 6352 sayılı kanunun 105. maddesi ile ilga edildiğinden, önleyici amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri, söz konusu kanunun ek 2. maddesinin 7. fıkrası gereğince TMK’nın 10. maddesinde sayılan suçlar bakımından mümkün olacağı belirtilmişti fakat 21/2/2014 tarihli 6526 sayılı Kanunun 19. maddesi ile TMK 10. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. 2937 sayılı Kanunda ise bu tedbire “Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak” başvurulabileceği belirtilmiştir.

⁸⁵² Kurum amiri, 2803 sayılı Kanun bakımından “Jandarma Genel Komutanı veya istihbarat başkanı”; 2937 sayılı Kanun bakımından “MİT Müsteşarı veya yardımcısı”; 2559 sayılı Kanun bakımından “Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanı”ni karşılamaktadır.

⁸⁵³ Şen, Türk Hukuku’nda Telefonların Gizlice Dinlenmesi Sebebiyle Gündeme Gelen ‘Hukuka Aykırılık Sorunu ve Kişi Haklarına Keyfi Müdahaleler’, a.g.m., s.731.

⁸⁵⁴ Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhabir, a.g.e., s.36 vd.

⁸⁵⁵ Özbek v.dğr., a.g.e., 2012, s.414; Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, a.g.e., s.264; “ (...)5271 sayılı CMK.nun, casusluk suçları hariç 250. maddesinin 1. fıkrasının (a), (b)ve (c)bentlerinde yazılı suçları işlenmesinin önlenmesi amacıyla, 2559 sayılı Kanunun ek 7 ve 2803 sayılı Kanunun ek 5. maddeleri uyarınca Emniyet Genel Müdürlüğü ile Jandarma Genel Komutanlığı, 5271 sayılı CMK.nun 135 ila 138. maddeleri ile sınırları belirlenen çerçevede ve sadece kendi sorumluluk alanları ile sınırlı olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması yönünde hakim kararı alabilir veya sonradan hakim onayına sunulmak üzere yazılı emir verebilirler. Amacı ne olursa olsun hiçbir kuruma demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyetinde yaşayan insanlar şüpheli görülerek ülke genelini kapsayacak şekilde yetki verilemeyeceği, anılan kanunların ilgili maddeleri gereğince talepte bulunan kolluk birimlerinin buldukları yerler itibarıyla yetkili olan ve 5271 sayılı CMKnun 250. maddesinin 1. fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesi üyelerinin kendi yargı çevreleri ile ilgili karar vermeleri gerektiği, sınırsız bir yetki verilmesi suretiyle iletişimin tespit edilerek dinlenilmesine karar verilemeyeceği, yasa koyucunun amacının da bu olduğu açıktır.” Y.9.CD, E.2008/874, K.2008/7160, K.T.4.6.2008, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 09.05.2014. “Usulüne uygun olarak yapılan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bulguların bir ceza soruşturması başlatılmasına dayanak oluşturabileceğinde duraksama bulunmamaktadır. Duraksama, bu tedbir yoluyla elde edilen bulguların bir ceza soruşturması veya kovuşturmasında delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı noktasında toplanmaktadır. 5271 sayılı CYY’de düzenlenen koruma tedbirleri arasında yer alan ve işlenmiş ya da işlenmekte olan bir suça ilişkin delil elde etme amacını güden iletişimin denetlenmesi ile 5397 sayılı Yasayla getirilen önleme amaçlı iletişimin tespiti arasında her zaman kesin bir ayırımı varmak olanaksızdır. Her iki düzenleme arasındaki en önemli fark; 5271 sayılı Yasayla düzenlenen iletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayda alınmasının amacının, işlenmiş veya işlenmekte olan bir suça ilişkin delil elde etmek olmasına karşın, 5397 sayılı Yasayla getirilen önleme amaçlı iletişimin tespiti ve denetlenmesi sonucunda ulaşılan bulguların, 2803 sayılı Yasanın ek-5. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, yalnızca bu Yasanın 7. maddesinde düzenlenen “emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak, korumak ve kollamak,

güvencedir. Yine de, önleyici amaçlı iletişimin denetlenmesi konusunda getirilen yasal düzenlemelerin, söz konusu tedbire ancak tedbirin kötüye kullanılmasına karşı etkili ve uygun garantiler öngörülmesi ve şartlarının kanunda açıkça düzenlenmesi koşuluyla başvurulabileceğini belirten AİHM kararlarına uygun olduğu sonucuna varmak zordur⁸⁵⁶.

Adli yani delil elde etme amaçlı iletişimin denetlenmesi ile önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi arasında çalışma bağlamında özellik arz eden bir farklılık daha bulunmaktadır. Kanun koyucu koruma tedbiri olan iletişimin denetlenmesini müdafî açısından “yasak” koyarak güvence altına almış, bununla birlikte önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinde tedbire maruz kalan kişi bakımından istisnaya yer vermemiştir⁸⁵⁷. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine zamansal olarak bakıldığında savunma hakkına yönelik ihlalden bahsedilmesi mümkün değildir. Zira adli amaçlı iletişimin denetlenmesinde müdafî bakımından tanınan ayrıcalık, şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla. Önleme amaçlı denetimde önlenecek suç olduğu için işin doğası gereği henüz soruşturma ve kovuşturmadan ve dolayısıyla savunmadan bahsedilemez.

F. CMK KAPSAMINDA MÜDAFİ AÇISINDAN TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

1. Genel Olarak

Şüpheli veya sanık ile müdafî arasındaki iletişimin denetlenmesi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135/2 ve 136. maddelerinde ve ayrıca 14.02.2007 ve 26434 sayılı Yönetmelik'te düzenlenmiştir.

CMK'nun 135. maddesinin ikinci fıkrasının ele alınması müdafîin tanıklıktan çekinebilecek olmasından dolayıdır. İlgili hüküm uyarınca, şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle⁸⁵⁸ arasındaki iletişimin kayda alınamayacağından, kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması halinde ise alınan kayıtların derhal

kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek, suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin dış korumalarını yapmak" şeklinde sayılan mülki görevlerin ifası amacıyla kullanılabilir. 5397 sayılı Yasa uyarınca önleme amaçlı iletişimin tespiti ve denetlenmesine, ancak suç işlenmesinin ve kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi amacıyla başvurulabilecek ve önleme amacıyla yapılan iletişimin tespiti ve denetlenmesi sonucunda ulaşılan bulgular da, yasanın öngördüğü amaçlar dışında ve bu arada bir ceza soruşturması veya kovuşturmasında delil olarak da kullanılamayacaktır." YCGK, E. 2011/9-93, K. 2011/95, K.T. 17.5.2011, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 15.05.2014.

⁸⁵⁶ Sözüer, a.g.m., s. 76.

⁸⁵⁷ Zeki Vatan, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s.122

⁸⁵⁸ Tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar için bkz. yuk. s.80, dp.304.

Cumhuriyet savcısının önünde yok edileceğinden bahsedilmektedir. Ancak tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişinin tedbire konu “suçun şüphelisi veya sanığı olduğu”⁸⁵⁹ o konuşmanın dinlenmesi sırasında anlaşılırsa devam eden konuşmaların dinlenebilmesi için, söz konusu kişi hakkında ayrıca tedbir kararı alınması gerekir.⁸⁶⁰

Tedbire başvurulduğu sırada şüpheli veya sanığın karşısındaki kişinin tanıklıktan çekinme hakkına sahip olup olmadığının belli olmaması tedbire başvurmayı engellemez. Ancak sonradan bu durumun ortaya çıkması halinde bu tedbirin uygulanmasına devam edilmez ve o ana kadar elde edilmiş delillerin derhal yok edilmesi gerekir.

CMK m.136’ da ise şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulamayacağı düzenlenmiştir.

Yönetmeliğin 7/5. maddesinde, “*Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla suç şüphelisi olmayan müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci madde hükmü uygulanamaz*” hükmü düzenlenmiştir. Yönetmelik’te dikkat çeken husus, CMK’da bulunmayan “suç şüphelisi olmayan müdafii”⁸⁶¹ kavramına yer verilmiş olmasıdır.

⁸⁵⁹ 14.02.2007 tarih ve 26434 sayılı Yönetmeliğin 7/4 hükmü uyarınca; “*Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınmaz. Kayda alma gerçekleştirildikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl imha edilir ve bu husus bir tutanağa bağlanır. Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesinde belirtilen yasal şartlar varsa, suç işleme şüphesi altındaki tanıklıktan çekinme hakkı olan şahıslar hakkında da hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla bu tedbire başvurulabilir.*” Bu düzenlemenin son cümlesi 30.4.2009 tarihinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından şu gerekçeyle yerinde görülmemiştir ve düzenleme hakkında Danıştay 10. Dairesinin 14.10.2008 tarihli, E. 2007/2795 sayılı yürütmenin durdurulması kararını onamıştır: “...Adalet Bakanlığının böyle bir yönetmelik çıkarmaya yetkili olmadığı ve Anayasa’nın kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkına ilişkin 17. özel hayatın gizliliğinin korunmasına ilişkin 20. haberleşme hürriyetine ilişkin 22. düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine ilişkin 26. maddeleri gibi birçok temel hak ve hürriyetle ilgisi olan iletişimin denetimi kapsamındaki faaliyetlerin özellikle yönetmelikle düzenlenmesini öngörmediği ve bu konuları, yasada ayrıntılı olarak düzenlemeyi tercih ettiği vurgulanarak, CMK’nın 135. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen iletişimin kayda alınması yasağının yönetmelikle ‘suç işleme şüphesi altındaki’ gibi muğlak, ne anlaşıldığı belli olmayan ve kanunun hükmünü bertaraf ederek denetimi yasak olan kişiler hakkında da iletişimin kayda alınmasına neden olacak bir ifade kullanılması (...)”. Saydam, a.g.e., s.134-135.

⁸⁶⁰ Öztürk v.dğr., a.g.e., s.471.

⁸⁶¹ Bu ibarenin yürütmesi CMK’nın 135. maddesinin 2. fıkrası ile 136. maddesinin 1. fıkrasına aykırı olarak iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulama alanının genişletildiği gerekçesiyle Danıştay 10. Dairesinin 14.10.2008 tarihli, E. 2007/2795 sayılı kararı ile durdurulmuştur. Ancak daha sonra Adalet Bakanlığı durdurmanın kaldırılması için Danıştay İdari Dava Daireleri Kuruluna başvurmuş ve bu merci 30.4.2009 tarihinde bakanlığın istemini reddetmiştir. Kararda öncelikle Adalet Bakanlığının böyle bir yönetmelik çıkarmaya yetkili olmadığı ve özel hayatın gizliliği hakkı ile haberleşme hürriyetinin ihlaline neden

Avukatlara ilişkin getirilen düzenleme, hem iletişimi dinleme tedbirinin istisnai bir tedbir olmasının getirdiği bir sonuç⁸⁶² hem de savunma hakkının gereği gibi yerine getirilmesi için gerekli ve fakat yeterliliği tartışılır bir ayrıcalıktır.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri en çok telefon dinlenmesi şeklinde ortaya çıkmakta ve Mahkeme kararlarına konu olmaktadır. Bu kapsamda AİHM'in önüne de gelmiş olan Kopp/ İsviçre kararı, Mahkeme'nin avukat bürolarının dinlenmesinin mümkün olup olmadığı ve dinlemenin hangi hallerde hak ihlaline neden olacağı tespitinde kullandığı ölçütler ve kabul ettiği gerekçeler çerçevesinde önem arz etmektedir. Davaya konu olay⁸⁶³ özetle, Kopp'un avukatlık bürosunun üçüncü kişi olarak İsviçre Federal Savcılığı'nın talebi ve Federal Mahkeme'nin kararı üzerine dinlenmesi, buna ilişkin tutanakların ceza hukuku bakımından önemsiz görülüp yok edilmesidir. Davayı AİHS 8. madde kapsamında değerlendirmeye alan Mahkeme, telefon görüşmelerinin dinlenmesi AİHS m.8/2 anlamında "kamusal güç ile ihlal" niteliğinde olup, bu ihlalin hukuka uygun olup olmadığı değerlendirmesinin ve bu değerlendirmenin de "kanuna uygunluk", "2. bentte sayılan amaçların hedeflenmesi" ve "demokratik bir toplumda gerekli olması" çerçevesinde yapılmasının önem arz ettiğini belirtmiştir⁸⁶⁴. Nihayet Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede şu gerekçeyle 8. maddenin ihlaline karar vermiştir: "...Her ne kadar uygulama mesleki ayrıcalığın sadece avukat ile müvekkili arasındaki ilişkiyi kapsadığına yönelik bir ilke geliştirmiş ve bu ilke genel olarak da kabul edilmekte ise de; kanun nasıl, hangi şartlar altında ve kim tarafından, özel olarak avukatın danışma işi ile bağlantılı olan veya bunun dışındaki işlerle ilgili olan faaliyetler arasında ayırım yapılacağını açıkça belirtmemiştir"⁸⁶⁵.

2. Müdafinin Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişiminin

Denetlenememesinin Kişi Bakımından Kapsamı

Kanun kişi bakımından iletişimin denetlenmesi konusundaki güvenceyi, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatına tanımış olup, müdafinin

olabilecek bir konunun yönetmelikle düzenlenmesinin hukuka uygun olmayacağı vurgulanmıştır. Saydam, a.g.e., s.138-139.

⁸⁶² Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, a.g.e., s.374.

⁸⁶³ Hans Heiner Kühne, "Avukat Telefonlarının Dinlenmesi (AİHM Kararları Değerlendirmesi)", (çev.) Hakan Hakeri, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, ss.99-108, s.99.

⁸⁶⁴ A.e., s.100.

⁸⁶⁵ A.e., s.103.

mahkemece barodan görevlendirilmiş olması veya şüpheli veya sanık tarafından ihtiyari atanmış olması arasında ayrıma gitmemiştir.⁸⁶⁶ Güvence müdafii nasıl belirlendiğine ilişkin olmayıp, müdafilik görevinin yerine getirilmesine ilişkindir. Müdafilik ancak avukat olanlar tarafından icra edilebildiğinden işin doğası gereği bu kişinin avukat olabilme şartlarını haiz olması gerekir.

Bu madde itibariyle getirilen koruma, sadece müdafilik sıfatının taşındığı süre içerisinde, o suçtan dolayı müdafii olan avukatla kurulan iletişim hakkında geçerlidir. Dolayısıyla başka bir davada kendisini temsil eden avukatla kurduğu iletişimin denetlenebileceği kabul edilmektedir.⁸⁶⁷ Zira kanun koyucu tüm avukatların iletişiminin denetlenmesi bakımından ayrıcalık getirmek isteseydi, müdafii yerine arama ve elkoyma tedbirlerinde olduğu gibi müdafii yerine “avukat” ifadesine yer vermesi gerekirdi.

Bununla birlikte, m.135/3 düzenlemesi yalnızca müdafii değil; avukatlar, stajyerleri ve yardımcılarını (m.46/1-a) da kapsamaktadır. Bu durumda başlangıçta henüz müdafilik sıfatı yokken herhangi bir şekilde daha sonra müdafilik sıfatını kazanan bir avukatın, şüpheli ya da sanığın vekâletini almadan, şüpheli veya sanık ile gerçekleştirdiği telekomünikasyon yoluyla iletişimi yalnızca kayda alma denetimi bakımından koruma alanında olacak olup, m.136 düzenlemesine tabi olmayacaktır. Mevcut düzenleme çerçevesinde mümkün olmasa da, savunma sürecinin bütünlüğünün sağlanması amacıyla avukatlık hizmeti veren bütün avukatların iletişimlerinin denetlenmemesi gerekir.⁸⁶⁸ Nitekim AİHM, Kopp/ İsviçre kararıyla, bir avukatın kural olarak müvekkil ile olan bütün ilişkilerinin değil, yalnızca müdafii olarak savunmaya ilişkin müvekkili ile olan iletişiminin koruma altına alınmasını eleştirilmesi gereken bir husus olarak değerlendirmiştir.⁸⁶⁹

Belirtilmelidir ki; müdafii CMK m.135/7’ de sayılan suçlardan birini bizzat işlemekte ise veya bir üçüncü kişi ile veyahut müdafii olduğu kimse ile birlikte işlediği iddia olunan bir suç isnadına maruz kalmışsa iletişimin denetlenmesine her zaman karar verilebilir.⁸⁷⁰ 136. maddenin gerekçesinde de ifade edildiği üzere avukatın kendisi suç işleme şüphesi altındaysa ve diğer dinleme koşulları varsa müdafilik görevi yapan kişinin

⁸⁶⁶ Şenol, a.g.m., s.1675.

⁸⁶⁷ Polat, a.g.tz., s.91; Saydam, a.g.e., s. 139; Meran, a.g.e., s.96.

⁸⁶⁸ Süheyl Donay, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi-Tanık Koruma Yasası İle Birlikte**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s.222.

⁸⁶⁹ Kühne, a.g.m., s.108.

⁸⁷⁰ Polat, a.g.tz.,s.92; Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.432.

iletişiminin denetlenebileceği⁸⁷¹ belirtilmiştir. Zira buradaki genel hükme tabiiyet, kişinin sahip olduğu müdafilik sıfatından bağımsız, bir suçun şüphelisi olduğu ve hakkında soruşturma yürütüldüğü içindir⁸⁷². Diğer bir ifadeyle, müdafii bulunduğu kimseye ilişkin bir suç isnadı dolayısıyla değil, kendisinin şüphelisi olduğu bir suç dolayısıyla iletişimin dinlenmesi veya kayda alınması ya da tespit edilmesi denetimine maruz kalmaktadır⁸⁷³.

Buraya kadar yapılan açıklamalar, müdafinin şüpheli veya sanık ile telekomünikasyon araçlarının vasıtasıyla kurduğu iletişim hakkındadır. Bununla birlikte Kanun hükmünde müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki iletişim aracına ilişkin denetim yasağının kapsamı, şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla belirlenmiştir. Bu bağlamda denetim yasağı bakımından müdafii ile kimin iletişime geçtiği konusu belirsizdir. Yasağın konuluş amacı şüpheli veya sanık ile müdafinin arasındaki güven ilişkisinin ve meslek sırrının korunması olduğundan, denetim yasağının taraflarının da şüpheli veya sanık ile müdafii olduğu açıktır. Ancak Kanun ifadesi, görüşmenin müdafii ile kimin arasında geçerse geçsin kapsama dahil olduğu sonucunun çıkarılmasına müsaittir, hükmün konuluş amacını aşar niteliktedir.⁸⁷⁴ Bununla birlikte nasıl ki, avukat bürolarının aranmasında savunmaya ilişkin gizlilik içeren dosyaların tespitine kadar büroda bulunan tüm dosyaların ifşası makul karşılanamazsa, müdafinin gerçekleştirdiği tüm iletişimin avukat- müvekkil gizliliği kapsamında olduğunu tespiti kadar dinlenmesi makul kabul edilemez⁸⁷⁵.

3. Müdafinin Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişiminin Denetlenememesinin Konu Bakımından Kapsamı

İletişimin denetlenmesi tedbiri ile ilgili yukarıda genel olarak belirtilen CMK m.135/3 ve m.136, konu bakımından kapsamın belirlenmesinde önem taşır. Diğer bir ifadeyle kapsamın belirlenmesinde Kanun çerçevesinde hareket edilecek olup, iletişimin denetlenmesi yolları çıkış noktası kabul edilecektir.

⁸⁷¹ 1136 sayılı Kanunda öngörülen, avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan ya da ağır cezalı suçüstü haline ilişkin suçlarından dolayı soruşturmanın C.savcısı tarafından yapılması gerekmektedir (m.58, m.61). Dolayısıyla, avukatların CMK'nın 135/7. maddesinde öngörülen kataloğtaki suçları nedeniyle yapılacak iletişimin denetlenmesi işlemleri C.savcılar tarafından yürütüleceği söylenebilir. Meran, a.g.e., s.96.

⁸⁷² A.e., s.126.

⁸⁷³ Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.432.

⁸⁷⁴ Erdem, a.g.e., s.332, dn.161.

⁸⁷⁵ D. McArthur, a.g.m., s. 747.

CMK m.135/3, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar bakımından herhangi bir ayrıma gitmemiş olup, bu hakka sahip olan herkes bakımından iletişimin denetlenmesi tedbiri ile ilgili istisnai düzenlemeye yer vermiştir. Tanıklıktan çekinme hakkı, kişinin şüpheli veya sanıkla olan kişisel ilişkisinden kaynaklanabileceği gibi (CMK m.45), mesleği ve sürekli uğraşısından (m.46) da kaynaklanabilir ki müdafî bu bakımdan m.135/3 düzenlemesinin kapsamına girmektedir.

Maddeye göre, şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler arasındaki iletişimin denetlenmesine yönelik olarak getirilen yasak, sadece “kayda alma”⁸⁷⁶ bakımındandır (CMK m. 135/3). Bu hüküm (m.136 düzenlemesi olmasaydı), müdafî ile şüpheli veya sanık arasında yapılan iletişimin dinlenmesinin veya tespitinin, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin mümkün olabileceğini ortaya koyar. Diğer bir ifadeyle mevcut düzenleme çerçevesinde anılan kişiler arasındaki iletişime ilişkin olarak kayda alma dışındaki denetim yollarına başvurulmasında yasal bir engel bulunmamaktadır.⁸⁷⁷ İletişimin kayda alınması, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan konuşmalardaki ses veya görüntüler açısından söz konusu olduğu gibi, elektronik posta yoluyla yapılan iletişimin içeriği hakkında da uygulanabilir⁸⁷⁸.

İletişimin dinlenmesi⁸⁷⁹, telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmaların kayda alınmadan duyu organları aracılığıyla takip edilmesidir.⁸⁸⁰ Yani bu tedbir telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan konuşmalar bakımından söz konusu olabilir⁸⁸¹. İşin doğası gereği, çıplak kulakla yapılan ses dinlemesi “iletişimin dinlenmesi” olarak değerlendirilemeyecektir⁸⁸².

⁸⁷⁶ Kayda almaya ilişkin doktrindeki tanımlar için bkz. Saydam, a.g.e., s.88.

⁸⁷⁷ Vatan, a.g.e., s.77.

⁸⁷⁸ Yaşar, a.g.e., s.677.

⁸⁷⁹ Kanunun yasalaşması döneminde Bilim komisyonunda yapılan tartışmalar sırasında hükmün amacı gereği, söz konusu kişiler arasındaki iletişiminin dinlenememesi gerektiği belirtilmesine rağmen dinleme sırasında konuşan kişilerin tanıklıktan çekinme hakkı olup olmadığının tespitinin fiilen mümkün olamayacağı gerekçesi ile bu yönde bir yasak maddeye konulmamıştır. Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.473.

⁸⁸⁰ Şahin, a.g.m., s.1099.

⁸⁸¹ Adalet Komisyonu Raporu’ndan nakleden Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, a.g.e., s.377; Yaşar, a.g.e., s.677.

⁸⁸² Kunter- Yenisey- Nuhoğlu, a.g.e., s.797.

İletişimin tespiti⁸⁸³ ise, iletişimin içeriğine müdahale etmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yöneliktir.⁸⁸⁴ Bu bağlamda bir suça ilişkin yapılan soruşturmada ilgili GSM firmasından⁸⁸⁵ fatura dökümünün alınarak işlem yapılması⁸⁸⁶ bu denetime karşılık gelir. İletişimin içeriğine müdahale olmasa dahi, telefon kayıtlarının bu şekilde kullanımı diğer bir ifadeyle iletişim bilgilerinin ayrıntılı dökümünün çıkarılması da AİHM tarafından belirtildiği üzere, normal kullanılma alanından farklı bir amaçla kullanıldığında özel hayatın ihlali anlamına gelecektir⁸⁸⁷ ve hâkim kararıyla korunması yerindedir⁸⁸⁸.

Nitekim AİHM'in konuya ilişkin Malone (02.08.1984 tarihli karar) davasında dayandığı gerekçe önemlidir: "... telefon kayıtlarının izlenmesi, doğası gereği, bir gerekçesi olmazsa demokratik bir toplumda gayrimeşru ve arzu edilmeyen bir uygulama olan haberleşmenin dinlenmesinden ayrı tutulmalıdır. Ancak hangi şartlarda veya amaçla olursa olsun, telefon kayıtlarını izleyerek elde edilen bilgilerin kullanılmasının 8. madde kapsamında sorun yaratmayacağı kabul edilemez. Telefon kayıtları, özellikle aranan numaralar gibi, telefonla haberleşmenin önemli bir unsuru olan bilgiler içerir. Bunun sonucu olarak, abonenin rızası olmadan söz konusu bilgilerin polise verilmesi de 8. madde kapsamında teminat altına alınan hakka yapılan bir müdahaledir."⁸⁸⁹

Keza CMK m.135'e 5353 sayılı Kanunla eklenen sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi de kapsamını kişinin telefon numarası, telefonun seri numarası, görüşmenin olduğu yer bilgisi, aranan kişilerle ilgili bilgilerin oluşturduğu sinyal bilgisinin

⁸⁸³ Yönetmeliklerde yer alan iletişimin tespiti tanımının eksik olduğu, telekomünikasyon araçları vasıtasıyla iletilen bilgi ve mesajların okunması ve değerlendirilmesinin de bu kapsamda düzenlenmesi gerekliliği hakkındaki eleştiri için bkz. Aytekin İnceoğlu, a.g.m., s.109.

⁸⁸⁴ Saydam, a.g.e., s.85; "...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 telefonda kimlerle, ne zaman görüşüldüğüne dair "tespit" CMK'nun 135/1. maddesi uyarınca hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C.Savcısının kararıyla mümkün olacaktır." Y5CD, E.2005/14969, K.2005/20489, K.T. 03.10.2005; (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 01.05.2014.

⁸⁸⁵ Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, Telekomünikasyon Kurumu'nda yer alan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı aracılığıyla yürütülmekte olup (5397 sayılı Kanun m.1), iletişimin denetlenmesine ilişkin karar, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına iletilmekte telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşlara gönderilmemektedir. Bu kurum ve kuruluşlar ile ilişkiler Başkanlık çalışanları tarafından kurulmaktadır (Yön. m.14).

⁸⁸⁶ Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, a.g.e., s.267.

⁸⁸⁷ Yardımcı, a.g.e., s.125.

⁸⁸⁸ Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s..800.

⁸⁸⁹ Dutertre, a.g.e., s.309.

içeriğine girilmeksizin değerlendirme yapılmasıdır.⁸⁹⁰ Ağır ceza mahkemesi veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının kararıyla ilgili GSM firmasından, firmanın sinyal bilgilerini faturalama işlemi ile çevirdiği fatura bilgilerini alan kolluk, bu bilgileri bir program aracılığıyla kişiler arasındaki iletişim trafiğini izlemek suretiyle şüpheli veya sanığı tespit için kullanmaktadır.⁸⁹¹ İletişimin tespitinden farklı olarak elde edilen fatura bilgilerinin yetkili kişilerce tekrar değerlendirmeye tabi tutulmasıdır.

İletişimin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri arasındaki farka ilişkin YCGK'nun değerlendirmesi ise şu şekildedir: *“Belli bir zaman diliminde, belli bir yerde yapılan tüm görüşmelere ilişkin detayların temin (belli zaman diliminde ve belli bir yerde yapılan tüm görüşmelere ait tüm arama – aranma saati ve sürelerine ilişkin bilgiler ile arayan – aranan abonelerin tümünün kimlik ve adres bilgileri ...)edilip, görüşme yapanlar arasında sabıkalı var mı? irtibatta buldukları kişiler kimler? vb. diye eleme yapma ve bu 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.”*⁸⁹²

İletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasının konusu iletişimin içeriği iken, iletişimin tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespiti denetim yollarının ortak özelliği ise, iletişimin içeriğine müdahale edilmemesidir.

Doktrinde tanıklıktan çekinme hakkına sahip kimselerin iletişiminin dinlenmesinin Anayasa'da dayanağını bulan “kimsenin kendisini ve kanunda sayılan yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı” düzenlemesi ve susma hakkı nedeniyle hukuka aykırı olduğu, bu nedenle yasal olarak denetim yapılabilse bile bu yolla elde edilen delillerin yasak delil kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁸⁹³

⁸⁹⁰ Şahin, a.g.m., s.1100.

⁸⁹¹ Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, a.g.e., s.267.

⁸⁹² YCGK, E. 2011/6-140, K. 2011/222, T. 15.11.2011, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 03.06.2014.

⁸⁹³ Doğan Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s.269; Nur Centel, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan**, C. 1, İstanbul, 2010, ss.161-192, s.178.

İletişimin denetlenmesi yolları, özellikle dinleme ve kayda alma aslında birbirini takip eden bir sıralamadır. Zira iletişimin dinlenmeden kayda alınması pek mümkün gözükmemektedir. Birbirini kapsar şekilde ortaya çıkan bu denetim yollarının kayda alma dışında yasağa tabi olmaması, hukuka aykırı delil elde edilmesine hizmet eder gözükmekte olsa da iletişimin dinlenmesi üzerine elde edilen verilerin kayda alınması yasak olduğu düşünüldüğünde, delil olarak kullanılması teknik olarak söz konusu olamaz ve fakat dinleme işlemini yapan yetkili 3. kişinin duruşmada tanıklık yapmasına ilişkin⁸⁹⁴ yasal bir engel bulunmasa da tanık olarak dinlenmesi delilin elde ediliş yöntemi düşünüldüğünde mümkün değildir⁸⁹⁵. Bu durumda dinleme denetiminin teknik olarak yasaklanması mümkün değilse, dinleme üzerine edinilen bilgilerin delil olarak kullanılması da mutlak olarak delil yasağı kapsamında değerlendirilmelidir. Delil olarak kullanılıp kullanılamayacağına ilişkin varılan sonuç ne yazık ki kişinin özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğüne yapılan saldırı ve konumuz bağlamında müdafinin “meslek sırrının ifşa edilmesi” bakımından geçerli değildir. Zira avukat- müvekkil gizliliği bağlamında görüşmelerin ifşa edilebilirliğine maruz kalacak olan yalnızca olaya ilişkin bilgiler değil, aynı zamanda savunma stratejisine ilişkin tartışmalardır⁸⁹⁶.

Bununla birlikte delil elde etmek bakımından iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması arasındaki içiçelik, iletişimin tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespiti bakımından aynı durumu sonuçlamamaktadır. Bununla birlikte örneğin iletişimin tespiti açısından sanığın iletişimi tespit edildiği anda doğal olarak karşı tarafın da iletişimi tespit edilmiş olacağından önlenmesi imkansızdır⁸⁹⁷. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinde ise durum daha farklıdır. Bu denetim yolu için şüpheli veya sanığın ilgili iletişim aracılığıyla anılan kişiler ile iletişime geçmesi şart değildir. Mobil telefonun yerinin tespit edilmesi bakımından ise vurgulanması gereken önemli bir değişiklik bulunmaktadır. Kanunda “*Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, mobil telefonun yeri*” ifadesine yer verilmiş olup, daha önceki halinde var olan “*kullanmakta olduğu*” ibaresi 25/5/2005 tarihli ve 5353 sayılı Kanununun 17. maddesiyle⁸⁹⁸ madde metninden çıkarılmıştır.

⁸⁹⁴ Saydam, a.g.e., s.135.

⁸⁹⁵ Vatan, a.g.e., s.77.

⁸⁹⁶ D. McArthur, a.g.m., s.738.

⁸⁹⁷ Özbek v.dğr., a.g.e., s.418.

⁸⁹⁸ 01.06.2005 tarih 25832 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5353 sayılı Kanun’un değişiklik gerekçesinde “*CMK m.135/4’de mobil telefonun yerinin tespitine yönelik özel düzenleme yapılmasının amacının, kişi bakımından herhangi bir sınırlama yapılmaksızın mobil telefonun yerinin tespiti suretiyle şüpheli veya sanığa ulaşmayı sağlamak olduğu*” ifade edilmiştir.

Bu haliyle tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanların da ve hatta mağdurun dahi⁸⁹⁹ mobil telefonunun yerinin tespitinin, şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için önü açılmıştır⁹⁰⁰.

İletişimin tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonunu yerinin tespitinde içeriğe ilişkin bir denetim söz konusu olmadığı için, bunlara ilişkin serbesti, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar bakımından getirilmiş olan istisnai düzenlemenin amacı düşünüldüğünde bu şekilde tanığın kendini veya yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunması söz konusu olmayacağı için⁹⁰¹ amaca ters düşmeyi sonuçlamayacaktır.

Kanun tanıklıktan çekinebilecek olanlar açısından telekomünikasyon araçlarının nerede bulunduğuna ilişkin sınırlamaya yer vermemiştir. Bu bağlamda ilgili araç konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde bulunmasa dahi eğer kişi tanıklıktan çekinme hakkına sahipse ve görüşme şüpheli veya sanık ile ise kayda alınması mümkün gözükmemektedir.

CMK m.135'e göre, tedbirin konusuna şüpheli ve sanığın telekomünikasyon araçları dahildir. Bu tedbirin, şüpheli ve sanık dolayısıyla doğrudan müdafinin telekomünikasyon araçları hakkında uygulanması söz konusu değildir. Bununla birlikte şüpheli veya sanığın iletişiminin denetimi dolayısıyla müdafii ile iletişiminin denetiminin olabilirliği yüksektir.⁹⁰² Müdafinin telekomünikasyon aracının nerede olduğu veya taşınabilir olup olmadığı bu bakımdan fark etmeyecektir.

Müdafinin iletişiminin denetlenmezliği ile doğrudan ilgili hüküm, CMK m.136 düzenlemesidir. Müdafinin şüpheli veya sanık ile arasındaki iletişimin denetlenmesi tedbiri açısından müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerinde bulunan telekomünikasyon araçları hakkında, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanamayacağı belirtilmiştir⁹⁰³.

⁸⁹⁹ Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, a.g.e., s.271.

⁹⁰⁰ Saydam, a.g.e., s.137; Sevük, a.g.m., s.112; Kaymaz, a.g.e., s.129. Aksi yönde bkz. Aytekin İnceoğlu, a.g.m., s.112.

⁹⁰¹ Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, a.g.e., s.272.

⁹⁰² Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.414.

⁹⁰³ Almanya'da avukatların iletişimlerinin denetlenmesi konusunda kanundan kaynaklanan bir sınırlama bulunmamaktaydı. Bununla birlikte, Alman Ceza yargılamasında avukatın iletişiminin dinlenebileceğine ilişkin Alman Anayasa Mahkemesinin 1971 yılında verdiği bir karar ile kabul edilmiş ve Anayasa'ya aykırı olmadığı belirtilmişti. Daha sonra bu görüş yerini dinlemeyi yapan görevlinin telefon görüşmesinin müdafii ile yapıldığını fark ettiği anda dinlemeyi sona erdirmesi gerekeceği görüşüne bırakmıştı. Yardımcı, a.g.e., s.213, dn.1172. 2002 öncesinde telefon dinlemeyi düzenleyen StPO 100a maddesinde avukatla ilgili bir istisna tanınmadığı için, şüpheli avukatını ararsa, avukatın konuşmaları da hukuka uygun dinlemenin kapsamına girer ise de, aynı konuyu düzenleyen 148/1 maddesi (müdafii ile şüpheli

CMK m.136'da müdafinin şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla iletişiminin denetlenemeyecek olması hükmüne bağlanmış; müdafinin şüpheli veya sanığa yüklenen suç dışında, şüpheli veya sanıkla olan iletişimi koruma dışında bırakılmıştır. Bu durumda ilgili kişiler arasındaki iletişimin içeriği, denetime tabi olup olmamayı belirleme açısından önemli olacaktır. İletişimin içeriğinin, denetim yasağının kapsamına girmemesi halinde, müdafinin aynı zamanda tanıklıktan çekinme hakkına sahip olduğundan, CMK m.135/3'teki düzenlemeye tabi olacaktır. Sanık veya şüphelinin müdafii ile telekomünikasyon yoluyla kurduğu iletişimin neye ilişkin olduğu ve hangi aşamadan itibaren yüklenen suç dolayısıyla kurulduğunun tespiti zordur. Kanun koyucu şüpheli veya sanık ile müdafinin yüz yüze yapacağı görüşme bakımından görüşmenin "konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda" (m.154) olmasını kabul ederek savunma hakkının önemini vurgularken, görüşmenin telekomünikasyon araçlarıyla gerçekleştirilmesi halinde içeriğe ilişkin kriter kabul etmesini anlamak güçtür.

CMK m.136'daki yasak bütün iletişimin denetlenmesi yolları bakımından geçerlidir.⁹⁰⁴ Bununla birlikte bu genelleme, müdafinin ile şüpheli veya sanık arasındaki iletişimin denetlenmesinde mekân ve kullanılan araç bakımından öngörülmemiştir. Diğer bir ifadeyle, müdafinin iletişiminin denetlenmeyeceği yerlerin isimleri tahdidi olarak

veya sanık arasında sözlü görüşmelerin sınırsız bir şekilde korunması) karşısında dinlememe yönteminin uygulanması gerektiğine karar verilmişti. 14.08.2002 tarihinde yürürlüğe giren 100h/II, tanıklıktan çekinme yetkisine sahip bulunan kişilerin telefonları dinlenemez ve elde edilen bilgiler duruşmada delil olarak değerlendirilemez, kuralını koymuştur. Kunter- Yenisey- Nuhoğlu, a.g.e., s.816, dn.52. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yeni 160a hükmü müdafilere, din görevlilerine ve temsilcilere mutlak bir hukuki koruma sağlamıştır. Bu kişilerin tedbire maruz kalması halinde ilgili veriler yok edilecek olup, aksi uygulama delil yasağını sonuçlayacaktır. Gercke, Ceza Muhakemesi Hukukunda İletişimin Denetlenmesi: Ceza Muhakemesi Kanunu Prg.110a vd.'nin Yeni İçeriğinin Etkisi, a.g.m., s.174.

⁹⁰⁴ Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.433. CMK m.136'da, müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında 135. madde hükmünün uygulanmayacağını ifade edilmesi, şüpheli ve sanık ile müdafinin arasındaki iletişimin kayda alınmayacağını göstermeye yöneliktir. Ancak, CMK m.135/2 uyarınca tanıklıktan çekinebilecek kişiler ile şüpheli ve sanık arasındaki iletişimin kayda alınmayacağı belirtildikten sonra böyle bir düzenleme gereksizdir. Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.414

sayılmıştır⁹⁰⁵. Yani bu yasak mekansal ve araçsal⁹⁰⁶ bir sınırlamaya tabi tutulmuştur. Bu durumda taşınabilir iletişim araçları maddenin kapsamı dışında kalmaktadır.⁹⁰⁷

Doktrinde de bu açıdan görüş farklılığı mevcuttur. Bazı yazarlar⁹⁰⁸, maddenin taşınabilir iletişim araçları ile yapılan iletişimi de kapsadığını savunmaktadır. Bu görüşe göre, hükmün getiriliş amacı, müdafinin şüpheli veya sanık ile arasındaki iletişimin denetlenemeyeceğini belirtmektir. Kaldı ki, müdafinin sahip olduğu ve CMK m.154'ü de kapsamına alan “savunma dokunulmazlığı” uyarınca şüpheli veya sanığın müdafii ile yaptığı görüşmenin denetlenememesi istisnasız kabul edilmelidir⁹⁰⁹. Bu nedenle maddede taşınabilir iletişim araçlarından bahsedilmeyerek sadece müdafinin konutu, bürosu ve yerleşim yerindeki iletişim araçlarından bahsedilmiş olsa da, madde taşınabilir araçları da kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Aksi yöndeki görüş⁹¹⁰, maddede hatalı da olsa taşınabilir iletişim araçlarından bahsedilmediği için, bu araçların madde kapsamında olmadığını savunmakta; müdafinin taşınabilir iletişim araçları ile yapılan görüşmeleri hakkında CMK'nın 135. maddesinin 3. fıkrasındaki hükmün uygulama alanı bulması gerektiğini ileri sürmektedirler.

Diğer bir açıdan ele alınması gerekirse, m.135/3 ve m.136 düzenlemeleri kapsam ve hakkında tedbir uygulanabilecek kişiler bakımından farklı içeriğe sahip olsa da kesişme noktasını müdafii oluşturmakta ve bu sebeple müdafinin söz konusu olduğu durumlarda hükümlerin uygulanırlığı sorun teşkil edecek niteliktedir.

Kanun metni esas alınarak durum değerlendirildiğinde, müdafii ile sanık veya şüpheli arasındaki iletişimin kayda alınması her halükarda yasaklanmıştır. Müdafii ister sabit iletişim aracıyla isterse taşınabilir iletişim aracıyla iletişime geçmiş olsun keza

⁹⁰⁵ Kaymaz, a.g.e., s.186.

⁹⁰⁶ AİHM, Halford/ Birleşik Krallık davasında, “kendisine iki telefon tahsis edilen ve bunlardan biri özel kullanımına bırakılan Halford'a bu telefonlarla ilgili hiçbir sınırlama getirilmemiş ve bu konuda herhangi bir rehberlik bilgisinin de verilmemesi olayında o zamanki Birleşik Krallık kanunlarına göre, bir kamu iletişim aracı ile yapılan görüşmesine müdahale etmek suç sayılmasına rağmen, kamu iletişim araçları dışında yapılan görüşmelere ilişkin herhangi bir sınırlama bulunmamasını” 8. maddenin ihlali saymıştır. Yardımcı, a.g.e., s.138.

⁹⁰⁷ Polat, a.g.tz., s.93.; Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.433.; Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.815.

⁹⁰⁸ Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhabir, a.g.e., s.164; Toroslu-Feyzioğlu, a.g.e., s. 254; Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s. 414; Özbek v.dğr., a.g.e., s.419; Sevük, a.g.m., s.119; Aytekin İnceoğlu, a.g.m., s.114; Kocaoğlu, a.g.m., s.65.

⁹⁰⁹ Kunter- Yenisey- Nuhoglu, a.g.e., s.794.

⁹¹⁰ Nur Centel, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, a.g.m., s.179; Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.485; Kaymaz, a.g.e., s.186.

iletişim kurduğu esnada ister bürosunda, konutunda, yerleşim yerinde bulunsun isterse başka bir yerde bulunsun iletişiminin kayda alınması söz konusu olmayacaktır.⁹¹¹ Bu belirlilik iletişimin denetlenmesi yollarından yalnızca kayda alma bakımındandır. Zira açıklamanın devamında değinileceği üzere diğerleri bakımından sorunlu noktaların bulunduğu açıktır.

CMK m.136 düzenlemesinde sayılan yerlerde bulunan iletişim araçlarının sabit olduğunun kabulünde mobil telefonun yerinin tespiti denetimi bakımından teknik olarak uygulanma olanağı yoktur. Taşınabilir iletişim araçları söz konusu olduğunda ise, müdafinin iletişimi nerede gerçekleştirmiş olduğu ancak denetimin yapılmasıyla mümkün olduğundan bu bakımdan da yasağın uygulanabilirliği kalmamış olacaktır.⁹¹² Kaldı ki, mobil telefonun yerinin tespiti denetimi her ne kadar yasak tüm denetim yolları açısından kabul edilmiş olsa da uygulama alanı bulamayacağından ve bu denetim m.135/2 düzenlemesi uyarınca da kapsamın dışında kaldığından müdafii yasal olarak başka surette delil elde edilmesi kriteri aranmaksızın ve yine basit bir şüphenin varlığı halinde ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C.Savcısının kararıyla bu tedbire maruz kalabilecektir.

İletişimin dinlenmesi denetim yolu bakımından durum incelendiğinde, ilgili yerlerde kurulan iletişim yasak kapsamında değerlendirilecek, bununla birlikte bu yerlerin dışında müdafinin iletişime geçmesi halinde ise -her ne kadar kayda alınmadığı için delil olarak kullanılması söz konusu olmayacak ise de- CMK m.135/2 düzenlemesi devreye girecek ve bu düzenleme yalnızca kayda almayı yasakladığı için dinleme denetim yolu mümkün olacaktır. Görüldüğü üzere, m.136'nın koruması yetersiz kaldığında müdafii açısından tamamlayıcı bir düzenleme⁹¹³ olarak kabul edilen ve “arkasına dolanma imkanı”⁹¹⁴ sağlayan m.135/3 hükmü uygulansa dahi güvence yetersiz kalacaktır. Müdafinin iletişiminin dinlenmesinin önüne ,“koruyucu alanlarda” bulunmadığı sürece yasal düzenleme gereği usuli gereklere uyulması halinde meslek sırrının gizliliği veya savunma hakkının ihlal edilip edilmeyeceği gözetilmeden, geçebilecek bir engel bulunmayacaktır.

İletişimin dinlenmesi tedbiri ile ilgili sorun teşkil edecek bir diğer husus tesadüfen elde edilen delil bakımındandır. CMK m.138/2 uyarınca “*Telekomünikasyon yoluyla*

⁹¹¹ Şenol, a.g.m., s.1689.

⁹¹² Polat, a.g.tz., s.93.

⁹¹³ Meran, a.g.e., s.125.

⁹¹⁴ Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.458; Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhabir, a.g.e., s.91.

yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135 inci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.” Tesadüfen ele geçirilen delilden söz edebilmek için kişi hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanıyor olması gerekir. CMK m.136 düzenlemesi uyarınca ise, ilgili yerlerdeki telekomünikasyon araçları hakkında iletişimin denetlenmesine şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla cevaz verilmemiştir.

Bakıldığında, müdafî açısından tanınan delil değerlendirme yasağının kapsamı gerek doğrudan iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması suretiyle ele geçen deliller bakımından gerekse dolaylı olarak yani tesadüfen edinilen deliller bakımından geçerli olmalıdır⁹¹⁵. İlgili iletişimin şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla olup olmadığı yine iletişimin dinlenmesi üzerine anlaşılabilir bir durumdur. Aslında müdafî açısından getirilen güvence, elde edilen verilerin delil olarak kullanılamayacak olmasıdır⁹¹⁶. Zira şüpheli veya sanığın müdafîi ile kurduğu iletişim müdafîlikten başka örneğin suç ortaklığına yönelikse ve bu durum elde edilen kayıtların delil olarak kullanılabilceğini⁹¹⁷ sonuçluyorsa, müdafî teknik zorunluluk gereği iletişimin dinlenmesi tedbiri bakımından, kurala tabidir. Bununla birlikte doktrinde, müdafîin fail veya şerik olduğu yönünde şüphe bulunması halinde dahi iletişimin denetlenmesinin, öncelikle müdafîlik görevinden yasaklanması ve sonrasında iletişimin denetlenmesi kararının verilmesi ile mümkün kılınması önerilmektedir⁹¹⁸.

Kanun koyucunun yasağın uygulanması açısından şüpheli veya sanık ve müdafîi arasındaki iletişimin gerçekleştiği yere ve bunun için kullanılan araca üstünlük tanınması ve kriter olarak almasının izahı güçtür. Makul bir gerekçe barındırmayan bu farklılığın bahsi geçen hak ve özgürlüklere müdahalesinin yanında uygulamada da belirsizliklere ve dolayısıyla keyfiliğe yol açabileceğinin de unutulmaması gerekir.

⁹¹⁵ Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.433.

⁹¹⁶ Kunter- Yenisey- Nuhoğlu, a.g.e., s.816

⁹¹⁷ Saydam, a.g.e., s.138; Meran, a.g.e., s.126.

⁹¹⁸ Kunter- Yenisey- Nuhoğlu, a.g.e., s.816, dn.52.

Nitekim AİHM’de haberleşme özgürlüğüne getirilebilecek sınırlamanın meşruiyet koşullarından olan “kanunla⁹¹⁹ düzenlenmiş olması” kapsamında Kanun’un belirsizlik ve karmaşıklık içermemesi; bu bağlamda farklı yorumlara yol açacak ifadelere yer verilmemesini aramakta, aksi uygulamanın özgürlüğün ihlalini sonuçlayacağını belirtmektedir⁹²⁰. Yine Mahkemenin yerleşik içtihatlarına göre, AİHS m.8/2 ihlallerin hukuka uygunluğunun öncelikle yasal dayanağa sahip olduğunu belirtmekle birlikte, bu yasal düzenlemelerin avukatın 3. kişi olarak dinlenmesinin söz konusu olması halinde, daha açık ve kapsamlı niteliği haiz olmaları gerektiğini vurgulamaktadır⁹²¹.

Tüm bu bilgiler ışığında, koruma tedbirleri bakımından kıyas yasağının⁹²² geçerli olduğu da dikkate alındığında müdafî bakımından kabul edilen düzenlemenin yeniden ele alınmaya muhtaç olduğunu söylemek gerekecek ve yasağın bulunulan yerlere ilişkin sınırlamaya gitmeksizin genellenmesi hukuka uygun olacaktır. Konumuz bağlamında, önemli olan müdahalenin asgari düzeyde tutulması değil, istisnai haller hariç sanık veya şüpheli ile müdafî arasındaki iletişime müdahalenin hiç gerçekleştirilmemesidir⁹²³. Bunun dayanağını, yasağın konuluş amacında aramak gerekir. Zira bu yasakla ayrıcalık tanınan, şüpheli veya sanık ile müdafî arasındaki iletişimin içeriğidir. Bu iletişimin telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmesi esas olup, iletişim aracının türü önem arz etmemektedir. Müdafîin savunma görevini yalnızca bürosunda, konutunda veya yerleşim yerinde yerine getirdiğini kabul savunma hakkını ihlal edici niteliktedir.

Avukatın, konumuz bağlamında müdafîin, mesleki sırrı saklama yükümlülüğü bölünebilir nitelikte değildir. Yerine getirdiği yargı görevi sebebiyle edindiği bütün sırlar ve bu sırları edinme yolları, hakkın kötüye kullanılması hali hariç olmak üzere, özellikle şüpheli veya sanıkla haberleşmesi de meslek sırrına dahildir.⁹²⁴

⁹¹⁹ Mahkeme, Kanun ile anlaşılması gerekenin bu kavramın geniş yorumlanarak ulusal düzeyde geçerli, uygulanabilir ve erişilebilir hukuk metinleri olduğunu benimsemiştir. Müdahalenin bu anlamda bir kanuna dayanmaması halinde AİHM, davayı sonlandırmakta ve 8. maddeden kaynaklanan hakka ilişkin bir kısıtlama söz konusu olduğunda müdahalenin meşru bir amaç gütmesi ve müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu olması ölçütlerini incelemeye gerek görmeden ihlal kararı vermektedir. Kil Kelly, a.g.e., s.25.

⁹²⁰ Yardımcı, a.g.e., s.131.

⁹²¹ Kühne, a.g.m., s.107.

⁹²² Ünver- Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., s.468.

⁹²³ Donay, a.g.e., s.222.

⁹²⁴ Erem, Meslek Kuralları (Şerh), a.g.e.118.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRMELER

Müdafie özgü düzenlenen koruma tedbirlerinin nedeninin, amacının ve kapsamının anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla ilk bölümde açıklanmaya çalışılan müdafilik, ceza muhakemesinde “sınırlı adalet organı” niteliğini haiz bir kurumdur. Yargılama sürecinde sahip olduğu çifte rol sebebiyle, ne salt şüphelinin veya sanığın temsilcisi, ne de salt şüpheli veya sanığın yardımcısıdır. Zira müdafii, suç şüphesi altında bulunan kişinin lehine savunmada bulunma, ona ilişkin sırları ifşa etmeme şeklinde yardımcı olmakla birlikte; sanığın lehine olduğundan bahisle hukuka aykırı muhakeme işlemlerinde bulunmamakla da yükümlüdür. Müdafinin muhakeme sürecine ilişkin görevi ve katkısı bunlarla sınırlı olmayıp, aynı zamanda maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına da hizmet etmektedir.

Müdafinin savunma görevini gereği gibi yerine getirebilmesi, bir yandan hak ve yetkilerle donatılmış olmasına, bir yandan da yükümlülükler yüklenmiş olmasına bağlıdır. Yetkilere sahip olması gerekir ki, silahların eşitliği bağlamında yargılamanın diğer süjelerine karşı denge sağlanabilsin ve özellikle savunma bağımsızlığı ve dokunulmazlığı korunabilsin. Yükümlülükleri bulunması gerekir ki, şüpheli veya sanığı bütün yargılama sürecinde layığıyla savunabilsin ve özellikle mesleği sebebiyle öğrendiği şeylerin savunduğu kişi aleyhine kullanılması önlenabilsin. Çalışmada, ikinci bölümde yer alan konularla da bağlantıları olması sebebiyle, hak ve yetkileri kısmında müdafinin bağımsız olması, özellikle 2014 yılında getirilen değişiklik de dikkate alınarak dosya ve belgeleri inceleme, şüpheli veya sanıkla görüşme ve yazışma, hazır bulunma, soru sorma, kanun yollarına başvurma ve geri alma yetkileri incelenmiştir. Yükümlülükleri kısmında ise; savunma, sır saklama ve bu bağlamda tanıklıktan çekinme hakkı, maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasına yardım, dürüst davranma ve sadakat yükümlülükleri ele alınmıştır.

Adil yargılanma hakkı bağlamında müdafii yardımından yararlanma hakkı yalnızca kovuşturma aşamasında sanığın haklarını kapsamaz. Aynı zamanda soruşturma aşamasında şüphelinin haklarını da kapsar. Çalışmada, ceza yargılamasının sistematigi de dikkate

alınarak, ilgili bölümlerde şüpheli veya sanığın yargılamadaki konumları, müdafii ile olan ilişkileri ayrı ayrı ele alınmıştır. Adil yargılanma hakkı, delillerin dürüstçe ve tarafsızca toplanmasını, temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi gerektiren tedbirlerin yasal ve makul sebeplere bağlı olarak orantılı biçiminde gerçekleştirilmesini öngörmekle birlikte; şüpheli veya sanığın müdafii ile olan yüz yüze veya iletişim aracı vasıtasıyla kurduğu iletişim hakkı da adil yargılanma hakkının doğrudan bir sonucudur. İletişim ne şekilde gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin, gizli olması gereği şüpheli veya sanık ile müdafii arasında kurulan güven ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Şüpheli veya sanıkla müdafii arasındaki savunma hakkının uzantısı olarak değerlendirilebilecek görüşme ve yazışmanın gizliliğine getirilecek kısıtlama, hak ve yetkinin kötüye kullanıldığına ilişkin makul sebeplerin varlığını gerektirir. AİHM içtihatları ve Yargıtay uygulaması dikkate alınarak makul sebepten anlaşılması gereken ise, objektif olarak hak ve yetkinin istismar edildiğini gösterir olay ve olgulardır. Şüpheli veya sanık ile müdafii arasındaki güven ilişkisinin bir diğer görünümü, sır saklama yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük gereği, müdafii mesleği sebebiyle şüpheli veya sanık hakkında edindiği sırları açığa çıkarmama mecburiyeti altındadır. Bununla birlikte ceza yargılamasında “meslek sırrının mutlaklığı”nın kabulü, şüpheli veya sanık lehine maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacına aykırı düşüyorsa, sanığın rızası bulunmasa da müdafii hala bu mecburiyete bağlı kılmak, yerine getirdiği savunma göreviyle bağdaşmaz. Sır saklama yükümlülüğü yargılamanın gidişatına göre aynı zamanda şüpheli veya sanık ile müdafii arasındaki yazışmaların, şüpheli veya sanık hakkında bilgilerin bulunduğu belgelerin de, gizli kalmasını gerektirebilir. Şüpheli veya sanık ile ilgili delil elde etmek amacıyla, temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanması sonucunu doğuran koruma tedbirlerinin savunma görevini yerine getiren müdafii bakımından “genel kurula tabiyet” şeklinde uygulanması birçok hak ihlaline neden olacak sorunları da beraberinde getirecektir. Bu nedenle kanun koyucu, yasal düzenlemeler ile müdafie uygulanması bakımından genel düzenlemeden ayrı olarak özel bazı koşullara ve usullere yer vermiştir. Bu düzenlemelerin öncelikli amacı; müdafinin görevini gerektiği gibi yerine getirebilmesinin sağlanması için uygun koşulları oluşturmak ve tabi ki savunma dokunulmazlığını korumaktır.

Kural olarak hukuka uygun bir arama için, arama yapılacak yere ve zamana göre şartlar farklılaşsa da genel olarak somut delillere dayalı kuvvetli şüphenin bulunması, aramaya hakim tarafından (gecikmede sakınca bulunan hallerde yetkili merciin emrinin)

karar verilmiş olması, kanunda belirtilen kişilerin arama esnasında hazır bulunması (CMK m.120) şartlarını taşımalıdır. Aramaya maruz kalan kişi müdafî olduğunda ise, aramanın yapılabilmesi bazı ek güvencelerin sağlanmış olmasını gerektirecektir. Nitekim CMK m.130 uyarınca, avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilecek, baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulacaktır. Kanunda sayılan, hazır bulunması gereken bu kişilerin yokluğu aramayı hukuka aykırı hale getirecektir. CMK yalnızca avukat bürolarının aranması bakımından istisnai düzenlemeye yer vermiş olup, bu bağlamda avukatın yaşadığı yeri yani konutu kapsam dışı tutmuştur. Bununla birlikte, Avukatlık Kanunu ise hem konutun hem de bürosunun aranmasının aynı usule tabi olduğunu hükme bağlamıştır. CMK, göreviyle ilgili olsun ya da olmasın avukat bürolarının aranmasını “sebeple” sınırlamazken, Av. K. istisnai düzenlemenin yalnızca avukatların görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia olunan suçlarla ilgili olması halinde geçerli olabileceğini düzenlemiştir. Birbirini tamamlar nitelikte olan farklı kanun hükümlerinin, uygulamada yeknesaklığın sağlanması açısından uyumlu hale getirilmesi gerekir.

Yetkili merciin kararı üzerine, delil olabilecek veya müsadereye konu olan eşyayı yanında bulunduranın rızasına gerek olmaksızın, eşya üzerindeki tasarruf yetkisinin geçici olarak ortadan kaldırılması olarak ceza muhakemesinde ifadesini bulan elkoyma bakımından da tedbire maruz kalan kişi müdafî olduğunda, uygulanan usul farklılaşacaktır. Avukat bürosunda aramaya ilişkin kurallar çerçevesinde ortaya çıkan elkonulacak şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenecektir. Bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden ve kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenecek; yetkili hâkimin el konulan şeyin avukatla müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptaması halinde el konulan şey derhal avukata iade edilecek ve yapılan işleme ait tutanaklar ortadan kaldırılacaktır. Müdafî özelinde elkoymaya hâkim olan kural bu olmakla birlikte, dikkate alınması gereken bir düzenleme de müdafîin aynı zamanda tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar kategorisinde yer alması sebebiyle, , CMK m.126 hükmüdür. Bu bağlamda konuyu değerlendirirsek şüpheli ve sanık ile 45 ve 46. maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektup ve belgelere bu kimseler nezdinde bulunduğu

sürece el konulamaz. Avukat bürosunda elkonulmak istenen şey, Kanun'da belirtilen kişiler arasındaki mektup veya belge ise, bu durumda yasaklayıcı açık hüküm gereği, hiçbir kayıtla elkonulamaması gerekir. Zira Kanun, bu belge veya mektubun belirtilen niteliği haiz olup olmadığını saptama konusunda yetkili bir merci belirtmemiştir. Bununla birlikte, elkonulmak istenen şey, şüpheli veya sanıkla müdafî arasındaki mektup veya belge kapsamında değilse, müdafî nezdinde bulunsa dahi elkonulamama hali, ilgili mektup veya belgenin aralarındaki mesleki ilişkiye aitliğinin, hâkim tarafından saptanmış olması koşuluna bağlıdır. Yasal düzenlemeler çerçevesinde ceza yargılamasında müdafîin özel konumu nedeniyle sahip olduğu ayrık haller ile aynı zamanda tanıklıktan çekinme hakkına sahip olduğundan dolayı kapsamında bulunduğu düzenlemelerin çakışması halinde, adaletsiz sonuçlar ortaya çıkmaktadır.

Postada el koyma ise henüz alıcısına ulaşmadan yani posta işlemini yapan kişi ya da kuruluşun elinde olduğu sırada el konulması şeklinde tanımlanmıştır. Ancak 126. madde de el konulmasının yasak olduğu ifade edilen mektup ve belgelere ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Yani bu belgeler postada olduğu zaman bunların üzerinde bu kişilerin fiilen tasarruf yetkisi ortadan kalkmış olduğu kabul edilmiş görünmektedir. Bu da 126. maddeyi postada el koyma bakımından uygulanamaz hale getirmektedir. Burada gönderi bu sığata sahip alıcıya gönderilmek üzere verildiği andan itibaren alıcının bunlar üzerinde tasarruf etme imkânına sahip olduğu kabul edilmeli ve el konulamamalıdır. Bu hüküm müdafî bakımından ayrıca düzenlenmiş ve mesleki ilişkiye ait olduğuna kanunda belirtilen kişilerce itiraz olduğu hallerde, bunun tespiti hakkında karar vermesi için hâkime gönderilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak bahsettiğimiz gibi bir düzenlemenin varlığı halinde bu itiraz gerek kalmadan müdafî ile şüpheli veya sanık ve tanıklıktan çekinme hakkına sahip diğer kimseler arasındaki bu gizliliğin korunması sağlanmış olacaktır. Ayrıca bu hükmün uygulanmasında posta işlemini yapan kuruluşun özel hukuk tüzel kişisi olması ya da kamu hukuku tüzel kişisi olması arasında bir fark gözetilmemelidir.

Müdafî ile şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin denetlenmesini düzenleyen CMK m.135/3 ve 136. hükümlere bakıldığında ise, müdafî yukarıda ifade edildiği üzere, CMK md.46 gereği tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında yer aldığından dolayı 135. maddenin ikinci fıkrası müdafî bakımından da hüküm ifade eder. Bu da müdafî ile şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin her

halükarda kayda alınmayacağı sonucunu doğurur. Ancak 136. maddedeki düzenlemede mekânsal sınırlamalar yapılarak bu iletişimin hiç bir suretle denetlemeyeceği kabul edilmiştir. Bu durumda müdafii taşınabilir iletişim araçlarının bu hükmün dışında kaldığı kabul edilirse ki maddedeki düzenleme itibariyle bu kabul edilebilir, kayda alma dışında 135. maddede öngörülen diğer tedbirlerin taşınabilir iletişim araçları bakımından 136. maddede sayılan alanlar dışında uygulanabileceği sonucu çıkar.

Hükmün getiriliş amacı, şüpheli veya sanığın müdafii ile sadece bürosunda veya konutunda ya da yerleşim yerinde gerçekleştirdiği iletişimin savunma göreviyle ilgisinin olabileceğini kabul ve bundan dolayı savunma hakkına müdahale edilmesinin engellenmesi değildir. Zira savunma hakkı bağlamında, şüpheli veya sanıkla müdafii arasındaki gizlilik beklentisi yere ve zamana göre değişebilir niteliği haiz değildir. Müdafii ile sanık veya şüphelinin arasındaki ilişkinin korunması ve savuma hakkının mutlak koruma altında gerçekleştirilebilmesi için, söz konusu düzenlemenin müdafii taşınabilir iletişim araçlarını da kapsayacak hale getirilmesi gerekir.

Son olarak, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlarla gerçekleştirilen iletişimin kayda alınmaması kuralına “şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla” istisnası getirilmemişken; müdafii açısından yasağın uygulanabilirliği kurulan iletişimin şüpheli veya sanığa yüklenen suç ölçütüne bağlıdır. Yukarıda elkoyma tedbirinde bahsedildiği üzere, müdafii içinde barındıran düzenlemelerin çakışması halinde uygulama noktasındaki farklılığı, adaletsiz sonuçlara zemin hazırlar niteliktedir. Yasal düzenlemelerde, bu hususlar dikkate alınarak değişikliğe gidilmelidir.

KAYNAKLAR

Kitaplar

Ali Parlar- Muzaffer Hatipoğlu, **Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu ve İlgili Mevzuat**, C.1, Ankara, 2008

Ali Türkmen, **İslam İletişim Hukuku**, Ensar Yayınları, İstanbul, 2014

A.Şeref Gözübüyük- Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 8.bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009

Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994

Bahri Öztürk- Durmuş Tezcan- Mustafa Ruhan Erdem- Özge Sırma- Yasemin F. Saygılar- Esra Alan, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3.bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010

Bahri Öztürk- Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Yeni Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12.bs, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008

Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007

Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005

Doğan Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010

Durmuş Tezcan, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Şen Matbaa, Ankara, 2008

Durmuş Tezcan- Mustafa Ruhan Erdem- R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Yayınları, 10.bs, Ankara, 2013

Durmuş Tezcan- Mustafa Ruhan Erdem- Oğuz Sancakdar- Murat Önok- **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010

- Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, 3.bs, Ankara, 2005
- Erdener Yurtcan, **Alman Hukukunda Müdafilerin Görevden Yasaklanması**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981
- Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 12.bs, Beta Yayınları, İstanbul, 2007
- Erdener Yurtcan, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, 5.bs, Beta Yayınları, İstanbul, 2008
- Erhan Günay, **Ceza Hükümünde Mutlak Bozma Nedeni Olarak Sanığın Savunma Hakkının Kısıtlanması**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010
- Erol Cihan- Feridun Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul, 1996
- Ersan Şen, **Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhabir**, 2.bs, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008
- Faruk Erem, **Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku**, 6.bs, Işın Yayıncılık Limited Şirketi, Ankara, 1986
- Faruk Erem, **Meslek Kuralları (Şerh)**, 3.bs, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977
- Fatih Selami Mahmutoğlu- Selman Dursun, **Türk Hukukunda Müdafinin Yasaklılık Halleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004
- Ferit Devellioğlu, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat**, Aydın Kitabevi Yayınları, Ankara, 1986
- Gilles Dutertre, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2007
- Gülây Arslan Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, Beta Yayınları, İstanbul, 2011
- Güney Dinç, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Adil Yargılanma Hakkı**, İzmir Barosu Yayınları, 2006
- Hamide Zafer, **Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu**, Beta Yayınları, İstanbul, 2004

- İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7.bs, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012
- Kemal Gözler- Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, 12.bs, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012
- Mehmet Emin Artuk- Ahmet Gökçen- A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. bs, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007
- Mehmet Murat Yardımcı, **ABD Hukuku, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları ve Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009
- Mehmet Saydam, **Ceza Muhakemesi Kanununa göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2011
- Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 6. bs, Legal Yayınları, İstanbul, 2007
- Meral Sungurtekin Özkan, **En Son Değişikliklerle Avukatlık Hukuku**, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2006
- Murat Aydın, **Arama ve El koyma**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009
- Mustafa Artuç - Cemil Gedikli, **TCK – CMK – CGİK Çocuk Koruma Kanunu Getirilen Yenilikler**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007
- Mustafa Dural- Tufan Öğüz, **Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku**, C.2, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006
- Mustafa Ruhan Erdem, **Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, Seçkin Yayınları, Ankara 2001
- Mustafa Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008
- Necati Meran, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi- Gizli Soruşturmacı-Teknik Takip**, Adalet Yayınları, Ankara, 2009

- Nevzat Toroslu- Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara, 2012
- Nur Başar Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1984
- Nur Centel- Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8.bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011
- Nur Centel- Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı**, 2.Bs, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009
- Nurullah Kunter- Feridun Yenisey- Ayşe Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18.bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2010
- Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İctihatları**, C.4, Legal Yayınları, İstanbul, 2008
- Osman Yaşar, **Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu**, C.1, 3. bs, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007
- Öztekin Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri (Muhakemenin Yürüyüşü)**, C.2, 2.bs, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976
- Seydi Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009
- Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, 2.bs, Beta Yayınları, İstanbul, 2005
- Sinan Kocaoğlu, **Müdafî**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011
- Süheyl Donay, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi-Tanık Koruma Yasası İle Birlikte**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009
- Süheyl Donay, **Ceza Yargılama Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010

Süheyl Donay, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982

Süheyl Donay, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:2378, Hukuk Fakültesi Yayınları No:535, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti, İstanbul, 1978

Şemsettin Aksoy, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007

Taner Tahir, **Ceza Muhakemeleri Usulü**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 3. bs, İstanbul, 1955

Türk Hukuk Lügatı, Seçkin Yayınları, Ankara, 1998

Ursula Kilkelly, **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz**, İnsan Hakları El Kitapları No: 1, Ankara, 2012

Vahit Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, 2.bs, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010

Veli Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Seçkin Yayınları, Ankara, 1999

Veli Özer Özbek, **Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, CMK İzmir Şerhi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005

Veli Özer Özbek/ Mehmet Nihat Kanbur/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4.bs, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012

Vural Savaş- Sadık Mollamahmutoğlu, **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Yorumu**, C.I, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995

Yener Ünver- Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3.baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010

Yener Ünver- Hakan Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Şen Matbaa, Ankara, 2006

Zeki Vatan, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009

1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Yönetmelikler ve Diğer Düzenlemeler, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2011

Makaleler

Adem Sözüer, “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.55, S.3, 1997, ss.65-110

Ahmet Bozdağ- Hüseyin Şık, “Müdafiin Görevinin Sona Ermesi ve Hukuki Sonuçları”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.2, 2014, ss.47-66

Ali İhsan Erdağ, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2011, S.92, ss.31-61

Asuman Aytekin İnceoğlu, “Türk Hukukunda Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi”, **Uğur Alacakaptan’a Armağan**, C.1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, ss.103-126

Atila Sav, “Savunma Mesleği Bir Kamu Hizmetidir”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:68, S.1, 2010, ss.133-143

Ayhan Bozlak, “Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması: ABD Federal Yüksek Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması Arasında Mukayeseli Bir İnceleme”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.109, 2013, ss.55-92

- Björn Gercke, “Avukat Bürolarının Aranması”, (çev.) Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Yöntemleri, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, ss.153-158
- Björn Gercke, “Ceza Muhakemesi Hukukunda İletişimin Denetlenmesi: Ceza Muhakemesi Kanunu Prg.110a vd.’nin Yeni İçeriğinin Etkisi”, (çev.) Pınar Bacaksız, **Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Yöntemleri, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, ss.167-175
- Cem Şenol, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Müdafinin İletişiminin Denetlenmesi”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.19, S.2, 2013, ss.1667-1692
- Cumhur Şahin, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi –Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XI, Sa.1-2, Yıl 2007, ss.1095-1112
- Cüneyd Altıparmak, “AİHS ve İç Hukukumuz Çerçevesinde Müdafilik Kurumumuz”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.80, S.1, 2006, İstanbul, ss.77-89
- Çetin Arslan, “Hukuk Devletinde Müdafî Görevlendirmesi”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, 10 Ocak- 14 Ocak 2012, C. 3, Ankara, ss.194-227
- Ersan Şen, “Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerine Dair Sözleşme’de Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı ve Türk Hukuku”, **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, S.3, İstanbul, 1993, ss.141-172
- Ersan Şen, “Avukat, Hakim ve Savcılarının Aranması”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.2, 2013, ss.333-343
- Ersan Şen, “Soruşturmanın Gizliliği ve CMK m.250 Karşısında Şüpheli Haklarının Korunması”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.83, S.2009/6 (Kasım-Aralık), ss.3063-3074

- Ersan Şen, “Türk Hukuku’nda Telefonların Gizlice Dinlenmesi Sebebiyle Gündeme Gelen ‘Hukuka Aykırılık Sorunu ve Kişi Haklarına Keyfi Müdahaleler’”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No: 8, İstanbul, 1999, ss.723-736
- Faruk Erem, “Avukat Bürolarında Arama”, **Yargı**, S.11, 1977, ss.2-3
- Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.1, 1943, s.35-72
- Fatih Selami Mahmutoğlu- Serdar Talas, “Avukatların Görev Suçları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Ceza Hukuku (Özel Sayı), 2007, ss.13-38
- Fusun Sokullu Akıncı, “Kişinin Üzerinin Aranması ve İnsan Hakları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.9, S.1-3, İstanbul, 1988, ss. 261-269
- Hakan Hakeri, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Elkoyma Tedbiri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.60, 2005, ss.97-104
- Handan Yokuş Sevik, “Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.69, 2007, ss.97-124
- Hans Heiner Kühne, “Avukat Telefonlarının Dinlenmesi (AİHM Kararları Değerlendirmesi)”, (çev.) Hakan Hakeri, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, ss.99-108
- Hasan T. Fendoğlu, “Mevzuatımızda ve Önceki Hukukumuzda Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 6, 1993, ss.103-127
- Hasan Tahsin Gökcan, “Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:67, S.2, 2009, 151-156

İrem Yazıcıoğlu, “Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Yeni Ceza Hukuku Mevzuatı Çerçevesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması”, **Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008, ss.231-290

Jens Puschke/ Tobias Singelstein, “01.01.2008 Tarihli Yeni Düzenlemelere Göre Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’ndaki Telekomünikasyonun İzlenmesi, Kullanılan Verilerin Kaydedilmesi ve (Diğer) Gizli Araştırma Yöntemleri”, (çev.) Yener Ünver, **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, ss.177-194

Kerem Altıparmak, “Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.63, 2006, ss.29-66

Köksal Bayraktar, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Yer Alan Koruma Tedbirlerine Genel Bakış”, **Legal Hukuk Dergisi**, C.3, S.32, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, ss.2863-2869

Metin Feyzioğlu, “Savunma Hakkına İlişkin İki Soru: Savunma Hakkı Kutsal mıdır? Duruşma Salonunda Müdafî ve Sanık Yan Yana Oturabilir mi?”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 67, S.1, 2009, ss.22-25

Mualla Buket Soygüt Arslan “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ‘Avukat Bürolarında Arama, Elkoyma ve Telefon Dinleme’ ile İlgili Bir Kararı: İliya Stefanov V. Bulgaristan Davası”, **Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Önlemleri, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, ss.115-124

Murat Balcı, “Zorunlu Müdafîin Hükmü Temyiz Etme Yükümlülüğü ve Görevi Kötüye Kullanma Suçu (Karar İncelemesi)”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.85, S.2011/2, İstanbul, 2011, ss. 68-79

Murat Volkan Dülger, “Ceza Muhakemesinde Müdafîin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.4, Ankara, 2012, ss.41-76

- Mustafa Ruhan Erdem- Veli Özer Özbek, “4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, ss.249-304
- Nur Centel, “Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu 2000 Tasarısına Eleştirel Yaklaşım”, **Mahmut Tefik Birsnel’e Armağan**, İzmir 2001, ss.495-520
- Nur Centel, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr.Köksal Bayraktar’a Armağan**, Cilt 1, İstanbul, 2010, ss.161-192
- Osman İsfen, “Müdafinin Vekalet Ücreti ve Kara Parayı Aklama Suçu 30 Mart 2004 Tarihli Alman Anayasa Mahkemesi Kararı”, Ankara Barosu Dergisi, S.54, 2004, ss.331-333
- Osman Kuntman, “Avukatın Savunma Dokunulmazlığı Ve İfade Özgürlüğü İle İlgili Bir İnceleme”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.88, S.2014/4, İstanbul, 2014, ss.84-107
- Ömer Anayurt, “Strasbourg İctihatlarında, Türk ve Fransız Hukuklarında Telefon Dinlemeleri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, s.4, 1996, ss.523-536
- Pınar Memiş, “Koruma Tedbirlerine İlişkin AIHM’nin Örnek Bir Kararı Romanya’ya Karşı Raducu Davası”, Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Önlemleri, **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, ss.19-37
- Rona Aybay, “Avukatlığın Kamu Hizmeti Niteliği, Avukatın Bağımsız Olmasını Ne Zaman Gerektirir?”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.88, S.2014/4, İstanbul, 2014, ss.15-21
- Sadık Okay, “Meslek Sırrını İfşa”, **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.10, S.1, 1953, ss.235-245
- Scott Optican, “Amerika, Kanada ve Yeni Zelanda’da Hukuka Aykırı Deliller, Arama ve İkrar”, **Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı**

Deliller, 2.bs, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2007, ss. 36-86

Selman Dursun, “5271 Sayılı CMK’da Müdafî”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S.3, İstanbul, 2005, ss.125-130

Semih Güner, “Avukatlık Meslek Etiği”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.2, 2002, ss.19-31

Serap Keskin Kızıroğlu, “Arama İşlemi Bakımından Şirket Avukatının Şirket İçindeki Çalışma yeri Avukatın Bürosu Sayılabilir mi? –Karar Çevirisi ve Değerlendirme-“ Köksal Bayraktar’a Armağan, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, İstanbul, 2010, ss.237-260

Serap Keskin Kızıroğlu, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.58, S.1, Ankara, 2009, ss.139-168

Sinan Kocaoğlu, “Türk Ceza Kanunu (m. 128) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak “Savunma Dokunulmazlığı”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.4, 2012, ss.19-38

Sinan Kocaoğlu, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.1, 2012, ss.43-69

Süheyl Donay, “Kamu Özgürlüklerinin Korunmasında Avukatın Rolü”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.43, S.1-4, 1977, ss.393-414

Thomas Kapp- Alexander Roth, “Elkoyma Yasağının Sınırlandırılması Olarak Şüphelinin Muhafazaya Alınması (Öne Geçen Bir Girişim!)”, (çev.) Yener Ünver, **Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Yöntemleri, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, ss.159-166

Timur Demirbaş, “Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik”, **Legal Hukuk Dergisi**, C.3, S.32, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, 2871-2883

Uğur Eriş, “Savunma Dokunulmazlığı Koşulları- Değerlendirilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.3, Ankara, 1984, ss.388-405

Veli Özer Özbek- Pınar Bacaksız, “Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Arama”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 1, S.1, ss.145- 206

Zeki Hafizoğulları, “Genel Çizgileri İle Savunma Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 51, S.1, 1994, ss.20-40

Diğer Kaynaklar

Ahmet Gökçen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 1993

Albin Eser, “Die rechtliche Stellung des Angeklagten” (çev.) Nur Centel, Originalbeitrag erschienen in: Yargıtay dergisi 16 (1990), S. [313] - 338 (çevrimiçi): <http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4349/pdf>, erişim tarihi: 02.03.2014

Bülent Ağkoç, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Özel Hayata Saygı Hakkının Korunması Bağlamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2010

Erdoğan Özdemir, “Müdafinin Hazırlık Soruşturmasındaki Rolü”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1985

Eric D. McArthur , “The Search and Seizure of Privileged Attorney-Client Communications”, The University of Chicago Law Review, ss.729-756, 2005, elektronik formattaki hali için (çevrimiçi) <http://www.jstor.org/stable/4495509>, erişim tarihi: 10.07.2014.

Faruk Erem, “Müdafilik ve Adli Yardım”, (çevrimiçi) <http://www.farukeremvakfi.org.tr/arsiv.html>, erişim tarihi: 15.07.2014

Fatih Selami Mahmutoglu, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi”, (çevrimiçi) <http://www.istanbul.edu.tr/hukuk/ceza/ders-gerecleri/cmh/makale/iletisimindenetlenmesi.doc>, erişim tarihi: 02.06.2014

Fifth Amendment Rights of a Client regarding Documents Held by His Attorney: UnitedStates v. White, Duke University School of Law, ss.1080-1097, s.1086, elektronik formattaki hali için (çevrimiçi) <http://www.jstor.org/stable/1371739>, erişim tarihi: 10.07.2014

Hakan Hakeri, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması”, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=16&Itemid=35, erişim tarihi: 04.05.2014

Hamide Zafer, “Savunma Hakkı ve Sınırları”, 2013, ss.507-540 (çevrimiçi) <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCltedergisi/nurcentel/hamidezafer.pdf>, erişim tarihi: 02.05.2014

İlhan Polat, Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2009

İlyas Şahin, “Türk Ceza Yargılamasında Koruma Tedbiri Olarak Elkoyma” (Yüksek Lisans Tezi) İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 1991

İsmail Uğuz, “Ceza Muhakemesinde Bir Koruma Tedbiri Olarak Elkoyma”, (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2007

İzzet Özgenc/Cumhur Şahin, “İddia ve Savunma Hakkı”, (çevrimiçi) http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/5_5.pdf, erişim tarihi: 12.05.2014

James X. Dempsey, “Communications Privacy in the Digital Age: Revitalizing the Federal Wiretap Laws to Enhance Privacy”, Albany Law Journal of Science & Technology, (çevrimiçi)

<http://www.cdt.org/publications/lawreview/1997albany.shtml>, erişim tarihi: 16.06.2014

Kemal Vuraldoğan, “Avukatın Üzerinin Aranması Sorunu ve Avukat Vuraldoğan Davası”, http://www.turkhukusitesi.com/makale_187.htm (Erişim Tarihi: 22. 02. 2014)

Mahmut Koca, “Hazırlık Savunmasında Sanığın Savunma Hakkı”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1998

Mert Gümüştay, Türk Hukukunda Adli ve Önleme Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2009

Mustafa Ruhan Erdem, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, (çevrimiçi) www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc, erişim tarihi: 08.05.2014

Özlem Yenerer, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Konut Dokunulmazlığı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 1996

Recep Gülşen, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama, (çevrimiçi) <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>, erişim tarihi: 08.02.2014

Ronald Goldstock/ Steven Chananie, ““Criminal” Lawyers: The Use Of Electronic Surveillance And Search Warrants In The Investigation And Prosecution Of Attorneys Suspected Of Criminal Wrongdoing” , University of Pennsylvania Law Review, 1855-1877, elektronik formattaki hali için (çevrimiçi) <http://www.jstor.org/stable/3312147>, erişim tarihi: 10.07.2014

Thomas Wong, “Regulation of Interception of Communications in Selected Jurisdictions”, s.4, <http://legco.hk/yr04-05/english/sec/library/0405rp02e.pdf>, erişim tarihi: 06.06.2014

Uğur Aydın, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2006

<http://www.kazanci.com.tr>

<http://hudoc.echr.coe.int>

<http://www.barobirlik.org.tr>

www.Anayasa.gov.tr/kararlar/iptalitiraz/K1987/K1987

www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/cmkmaddegerekce.doc

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss380.pdf>

<http://www.tib.gov.tr>

<http://www.tdk.org.tr>

ÖZGEÇMİŞ

Adı, Soyadı	MERAL BALCI		
Doğum Yeri ve Yılı	Uzunköprü/ 1989		
Bildiği Yabancı Diller	İngilizce		
ve Düzeyi	İyi		
Eğitim Durumu	Başlama - Bitirme Yılı	Kurum Adı	
Lise	2003	2007	Muzaffer Atasay Anadolu Lisesi
Lisans	2007	2011	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yüksek Lisans	2011	2014	Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Doktora			
Çalıştığı Kurum (lar)	Başlama - Ayrılma Yılı	Çalışılan Kurumun Adı	
1.	2013	-	Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi
2.			
3.			
Üye Olduğu Bilimsel ve Mesleki Kuruluşlar			
Katıldığı Proje ve Toplantılar			
Yayımlar:			
Diğer:			
İletişim (e-posta):	balcmeral@gmail.com		
		Tarih İmza Adı Soyadı	