

Avukatın Üzerinin Aranması

Prof. Dr. Ersan Şen, 11 Eylül 2017

<http://www.hukukihaber.net/avukatin-uzerinin-aranmasi-makale,5419.html>

Daha önce bu konuyu “*Avukat, Hakim ve Savcuların Aranması*” ve “*Avukatın Aranması*” başlıklı yazılarımızda inceledik. Şimdi sorunun devam ettiği, özellikle avukatların ve diğer yargı mensuplarının görevlerini ifa ettikleri yerlerden olan adliye, ceza infaz kurumu, emniyet ve jandarma binalarının güvenliğinin sağlanması amacıyla herkesin ve dolayısıyla avukatların da üzerleri ile çantalarının arandığı, ceza infaz kurumları hariç diğer yerlerde yapılan aramalar sırasında sorunlar ve tartışmalar yaşandığı, esas itibarıyla bu tartışmaların 21 Temmuz 2016 tarihinde ilan edilen olağanüstü hal sürecinde azaldığı, ancak avukatların ve yargı mensuplarının üzerlerinin önleme ve adli amaçlı aranmasında yeknesaklığın sağlanmadığı, yasal sorunların devam ettiği, temelde önleme ve adli arama tedbirlerinin Türk Hukuku’nda sorunlu olduğu, bu konunun bir türlü çözülemediği, özellikle “Özel hayatın gizliliği” başlıklı Anayasa m.20/2’den kaynaklanan sebeple aramaların zor, dar ve sıkı şekil şartlarına bağlandığı, hem 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun “Önleme araması” başlıklı 9. maddesi ve hem de 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun adli aramayı düzenleyen 116. maddesi ve devamı hükümleri ile bu hükümlerin tatbikinde önemli sorunlar yaşandığı ve farklı uygulamaların gündeme geldiği görülmektedir.

Bu yazının konusu avukatların üzerlerinin aranması olsa da, bir tedbir olarak aramanın her alanda tartışmalı olduğu, kamuya açık yerlerde ve özellikle alışveriş merkezlerinde birçok sorunla karşılaşıldığı bilinmektedir. Örneğin; 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun ek 1. maddesi uyarınca çıkarılan Sivil Hava Meydanları, Limanlar ve Sınır Kapılarında Güvenliğin Sağlanması, Görev ve Hizmetlerin Yürütülmesi Hakkında Yönetmelik, havaalanı ve uçak güvenliği konusunda özel düzenleme öngörmüş ve arama tedbirini düzenlemiştir. Uluslararası sözleşmelerin etkilediği limanların güvenliği meselesi konusunun iç hukukta Anayasa m.13 ve 20’ye uygun şekilde düzenlenmediğini ve arama tedbirinin gözden geçirilmesi gerektiğini yeri gelmişken belirtmek isteriz.

Arama tedbiri ile ilgili sorunun ana kaynağı; insanın özeline, mahremiyetine, bu kapsamda vücuduna, eşyasına dokunulmasından kaynaklanmaktadır ki, üzeri ve eşyası aranmak istenen birçok insan arama istediği kadar yasal dayanaklı olsun bu duruma tepki gösterir. Çünkü insan doğası gereği aranmaktan, müdahaleden ve isteği dışında dokunulmaktan hoşlanmaz. Ancak zorunlu olan durumlarda arama tedbirine başvurulması da, birlikte yaşamının ve hukukun bir gerçeği ve gereğidir. Önemli olan; arama ile ilgili kuralların net ve çerçevesi çizilmiş şekilde, bireyin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkında istisnai müdahaleler içeren özellikte olmasıdır.

Yukarıda işaret ettiğimiz sorunların tümünün çözümü şu an için mümkün değildir. Ancak teoride, yani Anayasa ve kanunlarda net düzenlemelerin yapılması, alt düzenlemelerin normlar hiyerarşisine uygun olması ve uygulamanın da bu kurallar çerçevesinde gerçekleşmesi gerektiği tartışmasızdır.

Aşağıda yalnızca avukatın üzerinin ve dolayısıyla yanında taşıdığı çantanın aranması ile ilgili kısa tespitlere ve açıklamalara yer verilecektir.

Arama, suçu önlemek veya işlenen suçun failini ve delillerini bulmak amacıyla uygulanan, bireyin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkını kısıtlayan bir tedbirdir. Tanımından da anlaşılacağı üzere arama iki türdür. İlki önleme ve diğeri de adli aramadır.

Gerek CMK m.130'da ve gerekse "özel kanun" niteliği taşıyan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m.58'de; avukatların bürolarının, konutlarının ve üzerleri ile eşyasının aranması konusunda genel arama hükümlerinden ayrı hükümlere yer verilmiştir. Bu yöntem, Anayasa m.13 ve 20/2'ye de uygundur. Kanun koyucu, taşıdığı sıfat ve ifa ettiği görev nedeniyle avukatların aranmasını özel olarak düzenlemiştir. Avukatın aranması, temsil ettiği ve hakları savunduğu kişilerle ilgili bilgi, belge, delil ve sırlarını yanında taşıyabileceği için özel olarak düzenlenmiş olup, şahsa tanınmış keyfi ayrıcalık sayılamaz.

Avukatın adli aramasını öngören CMK m.130'un yanında Avukatlık Kanunu m.58; adli ve önleme aramaları konusunda herhangi bir fark gözetmeyip, avukatların üzerleri ve dolayısıyla yanlarında taşıdıkları eşyanın nasıl aranacağını ortaya koymuştur.

"Soruşturmaya yetkili cumhuriyet savcısı" başlıklı Avukatlık Kanunu m.58/1'e göre; *"Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz".*

58. maddenin 1. fıkrasının son cümlesi net olup, avukatın üzerinin ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında aranamayacağını öngörmektedir. Avukatlara ilişkin bu özel arama yasağı, hem önleme aramalarını ve hem de adli aramaları kapsamaktadır. Bu kanun hükmü, "normlar hiyerarşisi" ilkesi gereğince yönetmelik, genelge veya talimatla değiştirilemez. Kanunun gözardı edilmesine yönelik her türlü genelge veya talimat "kanunsuz emir" niteliğini taşır. Anayasa m.137'ye göre kanunsuz emrin verilmesi ve yerine getirilmesi suç olup, Türk Ceza Kanunu m.24'de düzenlenen "amirin emri" adli hukuka uygunluk sebebi de sayılamaz. Nitekim "Haksız arama" başlıklı TCK m.120'de, hukuka

aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine 3 aydan 1 yıla kadar hapis cezası verileceği ifade edilmiştir.

Belirtmeliyiz ki avukatla ilgili arama yasağı; sadece elle dıştan veya içten elbiseye temastan, ceketini veya çantayı açtırmak veya ceplerde olanları dışarı çıkarttırmak suretiyle değil, avukatın üzerinin metal dedektör, X-ray cihazı veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirilmesi suretiyle aranmasını da kapsar.

Uygulamada cihazlı aramalarla ilgili avukatların tolerans gösterdiğini, ancak bazı durumlarda münakaşaların yaşanabildiğini, esas sorunun yazılı hukuk sisteminde arama konusunu netleştiren ve ihtiyaçlara uygun yasal düzenlemeler olmamasından kaynaklandığını ifade etmek isteriz.

Avukatlık Kanunu m.58'in başlığı ve içeriği itibarıyla adli nitelik taşıdığı, önleme aramalarında uygulanamayacağı ileri sürülebilir. Bu düşünceye katılmak mümkün değildir. Avukatın üzerinin aranması ile ilgili cümlenin tartışmaya yer vermeyecek açıklıkta olduğu, yalnızca adli olmayıp önleme aramalarını da kapsadığı nettir. Hatta bir düşünceye göre; avukatın üzeri ve yanında taşıdığı eşya hiçbir durumda, yani o an görevinden doğan veya görevi sırasında işlediği iddia olunan bir suç olmasa bile avukatın üzeri ve dolayısıyla yanında taşıdığı eşya aranamaz.

Avukatlık Kanunu m.58'in geniş uygulanamayacağı, bu maddenin yalnızca avukatın görevinden doğan veya görevi sırasında işlediği iddia edilen suçlarla sınırlı olduğu, bu sebeple de avukatın işlediği iddia olunan adi suçlar ile önleyici aramaları kapsamayacağı ileri sürülmekte ve buna dayanak olarak da Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin 16.02.2005 tarihli, 2004/3869 E. ve 2005/554 K. sayılı kararı gösterilmektedir.

Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin 16.02.2005 tarihli kararı, avukatın adliye girişinde önleme aramasına tabi tutulabilmesinin dayanağı olamaz. Esasında bu kararın, avukatın adliye girişinde aranmayacağını desteklediği görülmektedir.

Kararın "*davacının olay esnasında adli bir görev yapmadığı ve kendisinin avukatlık veya diğer bir görevden dolayı bir suç isnadı altında olmadığı, dolayısıyla 1136 sayılı Yasanın 58. maddesi hükmünün ihlalinin sözkonusu olmadığı ve tüm bunların sonucu olarak da idarenin bir hizmet kusurundan söz edilemeyeceği sonucuna varıldığından*" kısmı, avukatların mesleklerini icra etmek için gittikleri adliyelerde aranamayacağını belirtmiştir. Çünkü kararın konusu, izinli yürüyüş alanına geçmek isteyen bir avukatın üzerinin aranması ile ilgilidir. Dolayısıyla kararda, avukatın görevinden dolayı veya görevini yaptığı sırada üzerinin aranmayacağı ifade edilmiştir. Aleyhte olduğu söylenen bu karar bile, mesleğini yerine getirmek için adliyeye giden avukatın aranmayacağını göstermektedir.

Danıştay 8. Dairesi'nin 12.11.2010 tarih, 2010/5626 E. ve 2010/6024 K. sayılı karar özetine göre; *“Avukat olan davacının, avukatlık kimliğini ibraz etmesine rağmen kolluk kuvvetleri tarafından üzerinin aranması nedeniyle manevi zararın tazmini istemiyle dava açılmıştır. Avukatlık Kanunu uyarınca ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatların üzeri aranmaz. 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 takdiren 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, Avukatlık Kanunu gereğince ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzerinin aranamayacağını net bir şekilde ortaya koymuştur. Bu sınır; Avukatlık Kanunu m.58, Anayasa m.2, 13 ve 124'e aykırı olarak avukat aleyhine genişletilemez.

Görevinden dolayı veya görevi sırasında bir avukatın üzerinin aranmasında Avukatlık Kanunu m.58/1'in 3. cümlesi uygulanmalıdır ki, bu hususta bir tartışma olamaz. Ana mesele Avukatlık Kanunu m.58/1'in 3. cümlesinin ne derece geniş uygulanacağı ile ilgilidir. Bu konuda, ya Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin veya Danıştay 8. Dairesi'nin görüşü tercih edilecektir. Bölge İdare Mahkemesi, avukatın üzerinin aranmasına ilişkin özel düzenlemeyi görevle sınırlandırmıştır. Danıştay 8. Dairesi ise; avukatın üzerinin aranması ile ilgili görev sınırlaması yapmayıp, Avukatlık Kanunu m.58/1'in 3. cümlesini lafzına göre yorumlamış, amaca uygun yorum yapmamıştır. Danıştay'a göre; ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamayacağından, avukatın görevinden doğan veya görevi sırasında bulunmasının bir önemi olmayacağı gibi, bu aşamada işlediği iddia edilen suçlardan dolayı üzeri ve yanında taşıdığı eşya da aranmaz. Bu arama yasağı yalnızca adli arama için değil, önleme araması için de geçerlidir.

Tartışma konumuzu 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun “Önleme araması” başlıklı 9. maddesi çerçevesinde kısaca değerlendirdiğimizde; PVSK ile Avukatlık Kanunu arasında özel ve genel kanun çatışması olmayacağı, bir an için çatışma olsa bile avukatlık sıfatından kaynaklanan hususiyet nedeniyle Avukatlık Kanunu'nun “özel kanun” niteliği taşıdığı, önleme araması bakımından ise PVSK “özel kanun” olarak nitelense de, 2559 sayılı Kanunda yalnızca önleme aramasının düzenlenmediği, polisin görev ve yetkileri ile ilgili birçok kurala yer verildiği, PVSK m.9'da düzenlenen önleme aramasının genel nitelikte olduğu, bu yönü ile Avukatlık Kanunu m.58/1'in 3. cümlesinde yer alan *“ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üstü aranmaz.”* hükmünü bertaraf edemeyeceği, avukatın görev ve yetkilerini düzenleyen, sıfatından kaynaklanan sebeplerle sahip olduğu dokunulmazlık ve ayrıcalıkları öngören Avukatlık Ka-

nunu'nun ve bu kanunun 58. maddesinin önleme aramasını kapsamayacağı, bu konuda 2559 sayılı Kanuna öncelik verileceği gibi bir sonuca da gidilemeyeceği, çünkü her iki kanunda da bu yönde bir atıf yapılmadığı, sonuç itibariyle önleme araması ve adli aramanın farklı amaç, şekil ve şartlara sahip olduğundan bahisle, adliye, emniyet ve jandarma binalarında Avukatlık Kanunu m.58/1'in 3. cümlesine aykırı olarak avukatların üzerleri ile çantalarında arama yapılamayacağı, ceza infaz kurumlarının bundan istisna olduğu, çünkü konunun 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu m.86/3 ile m.116/1'de avukatları kapsayacak biçimde özel olarak düzenlendiği, bu yolla ceza infaz kurumları bakımından yasallığın sağlandığı, ancak diğer yerlerde yapılacak önleme aramaları hususunda avukatlarla ilgili yasallığın olmadığı, avukatların görevlerini ifa ettikleri veya görevleri sırasında sayıldıkları adliye, emniyet ve jandarma binalarının girişlerinde üzerlerinin ve çantalarının aranmasının yasal dayanaktan uzak olduğu, ancak güvenlik nedeniyle bu yerlerde yargı mensupları dâhil herkesin üzeri ile eşyasının aranması gerektiği düşünülmekte ise, buna ilişkin yasal düzenlemeye ihtiyaç olduğu, bu yerlerin girişlerinde yapılan aramalarda sürekli yaşanan tartışma ve gerginliğin de doğru olmadığı, ya mevcut yasal düzenleme çerçevesinde hareket edilmesinin veya güvenlik açısından ihtiyaçsa yargı mensuplarının üzerlerinin ve eşyasının aranması ile ilgili yasal düzenlemeye gidilmesi gerektiği tartışmasıdır.

Uygulamada, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin "Hakimden önleme araması kararı alınması gerekmeyen haller" başlıklı 25. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi gerekçe gösterilmek suretiyle adliye girişinde avukatların üzerleri ile çantalarının arandığı görülmektedir. Bu uygulama ve hukuki dayanak yanlıştır. 25. madde, gerek başlığı ve gerekse bir yönetmelik hükmü olmasının yanında avukatları da kapsama gücüne sahip olmaması nedeniyle avukatların üzerlerinin ve çantalarının aranmasına gerekçe gösterilemez. Tespitlerimiz ışığında; Yönetmeliğin 25. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde sayılan, Devletçe kamu hizmetine özgülenmiş bina ve her türlü tesise girenlerin üzerleri ile eşya veya araçlarının aranmasına dair hüküm avukatlara uygulanamaz.

"Normlar hiyerarşisi" prensibi uyarınca, kanun uygulanmasını sağlamak üzere ve kanuna aykırı olmamak şartıyla çıkarılması gereken yönetmelikle veya yönetmeliğin alt düzenlemeleri olan genelge, talimat gibi kurullarla kişi hak ve hürriyetlerine kanunda öngörülemez veya öngörülenden fazla kısıtlama getirilmesi hukuka aykırıdır.