

T.C.

İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

**AVUKATLAR HAKKINDA CEZAİ SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA
USULÜ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Bengü KÜÇÜK

1700005595

Anabilim Dalı: Kamu Hukuku

Program: Kamu Hukuku

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Efser Erden Tütüncü

HAZİRAN 2021

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

**AVUKATLAR HAKKINDA CEZAI SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA
USULÜ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Bengü KÜÇÜK
1700005595

Anabilim Dalı: Kamu Hukuku

Program: Kamu Hukuku

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Efser Erden Tütüncü

Jüri Üyeleri: Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Aytaç Özelci

Dr. Öğr. Üyesi Esra Alan Akcan (Medipol Ünv.)

HAZİRAN 2021

ÖNSÖZ

Bu tez çalışmasının konusunu “Avukatlar Hakkında Cezai Soruşturma ve Kovuşturma Usulü” oluşturmaktadır. Hak arama özgürlüğünün tamamlayıcısı ve savunmanın temsilcisi avukatların görevlerini sadece hukuk kuralları ile bağlı kalarak, her türlü baskı, tehdit ve korkudan uzakta, hiç kimseden emir ve talimat almadan yapabilmeleri için 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nda özel bir soruşturma ve kovuşturma usulü öngörülmüştür. Bu çalışmada, avukatlar hakkında görevlerinden doğan ya da görevleri sırasına işledikleri iddia edilen suçlar ile ilgili olarak uygulanacak özel soruşturma ve kovuşturma usulünün avukatların bağımsızlığının sağlanması ve korunmasındaki önemi vurgulanmak istenmiştir.

Mesleğine olan sevgisinden kaynaklanan titizliği, hep daha iyiyi hedefleyen yaklaşımı, en başından beri başaracağıma olan güveni ile çalışma süresince yanımda olup yol gösteren danışmanım saygıdeğer hocam Dr. Öğr. Üyesi Efser Erden Tütüncü’ye en derin saygı, sevgi ve teşekkürlerimi sunarım.

Lisansüstü eğitimim sırasında katıldığım derslerinde engin bilgi ve tecrübelerinden yararlanma imkânı bulduğum, saygıdeğer hocam Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a tez çalışmamın konusunu belirlememi sağlayan tavsiye ve yönlendirmeleri için sonsuz saygılarımı ve teşekkürlerimi sunarım.

Tez savunma jürime katılarak görüş ve eleştirileri ile çalışmama katkı sağlayan saygıdeğer hocam Dr. Öğr. Üyesi Esra Alan Akcan ve saygıdeğer hocam Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Aytaç Özelçi’ye en derin saygı ve teşekkürlerimi sunarım.

Bu çalışmanın kahramanları, savunmanın temsilcisi bütün meslektaşlarıma saygılarımı sunar, başarılar dilerim.

Bengü Küçük

İstanbul, Haziran 2021

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR	viii
ÖZET.....	x
ABSTRACT	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AVUKATLIK MESLEĞİNİN TANIMI VE NİTELİKLERİ

I. AVUKATLIK MESLEĞİNİN TANIMI	5
II. AVUKATLIK MESLEĞİNİN NİTELİKLERİ	6
A. Avukatlığın Serbest Meslek Niteliği	6
B. Avukatlığın Bağımsızlık Niteliği	9
1. Avukat Neden Bağımsız Olmalıdır?	9
2. Avukatın Yasama, Yürütme, Yargı Organlarına Karşı Bağımsızlığı	12
3. Avukatın Baroya Karşı Bağımsızlığı	18
4. Avukatın Müvekkiline Karşı Bağımsızlığı	19
5. Avukatın Toplum ve Basına Karşı Bağımsızlığı	20
6. İddia ve Savunma Dokunulmazlığı	21
C. Avukatlığın Kamu Hizmeti Niteliği	28
1. Kamu Hizmeti Kavramı	28
2. Avukatlığın Kamu Hizmeti Olup Olmadığı Hususuna İlişkin Tartışmalar	31
D. Avukatlık Tekeli	37
1. Avukatlık Tekelinin Kapsamı, Niteliği ve Korunan Hukuki Yarar	37
2. Avukatlık Tekeline Aykırılığın Sonuçları	39
3. Avukatlık Tekelinin İstisnaları	40

a. Baro levhasına kayıt olma zorunluluğu bulunmayan avukatlar	41
b. Dava vekilleri	41
c. Dava takipçileri	42
d. Subaylar	43
e. Muhasebeci, muhasebeci mali müşavir, yeminli mali müşavirler	43
f. Factoring işlemleri	43
g. Karı ve kocanın kadastro işlemlerinde birbirlerini vekil atayabilmesi	44
h. Acente, gemi müdürü ve ticari vekilin davada temsil yetkisi	44
i. Tasfiye memurunun davayı takip yetkisi	45
i. Sendikanın temsil yetkisi	46
j. Marka ve patent vekilleri	46
E. Avukatlık ve Kamu Görevlisi Kavramı	47
1. İdare Hukuku Anlamında Kamu Görevlisi Kavramı	47
2. TCK Anlamında Kamu Görevlisi Kavramı	48
a. 765 sayılı TCK'daki memur tanımına ilişkin düzenleme ve avukatlık	48
b. 5237 sayılı TCK'da kamu görevlisi kavramı ve avukatlık	50

İKİNCİ BÖLÜM

AVUKATLIK KANUNUNDAKİ ÖZEL SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜNÜN KAPSAMI

I. AVUKATLAR HAKKINDA ÖZEL SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜNÜN UYGULANMAYACAĞI HALLER	59
A. Görev Dışı Suçlar - Kişisel Suçlar	59
B. Yargılanması Ağır Ceza Mahkemesinin Görevi Kapsamında Olan Suçtan Dolayı Suç Üstü Hali	60
1. Ağır Cezayı Gerektiren Suçüstü Hali Kavramı	60
2. Ağır Cezayı Gerektiren Suçüstü Hali Kavramının İstisna Olarak Belirlenmesinin Sebebi	62
3. Ağır Cezayı Gerektiren Suçüstü Hali İstisnasının İncelenmesi	64

a. Ağır cezayı gerektiren suçlar.....	64
b. Suçüstü hali kavramı	66
4. Avukatların Ağır Ceza Mahkemesinin Görevine Giren Bir Suçtan Dolayı Suçüstü Hali.....	67
II. AVUKATLAR HAKKINDA ÖZEL SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜNÜN HANGİ HALLERDE UYGULANACAĞI.....	68
A. Avukatlar Hakkındaki Özel Soruşturma ve Kovuşturma Usulüne Tabi Kişiler	69
B. Avukatlar Hakkındaki Özel Soruşturma ve Kovuşturma Usulü Kapsamındaki Suçlar.....	74
1. Avukatların Görev Alanı	74
2. Görevden Doğan Suç Kavramı	76
3. Görev Sırasında İşlenen Suçlar.....	78
4. Avukatın Görev Suçları ile Görev Dışı Suçlarının Ayırımında Kullanılan Ölçütler	79

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVUKATLARIN GÖREV SUÇLARINDA SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

I. AVUKATLARIN GÖREV SUÇLARINDA SORUŞTURMA SÜRECİNİN BAŞLAMASI.....	86
A. Hazırlık Niteliğinde İnceleme- Soruşturma İzni Öncesi Dönem.....	86
1. Hazırlık Niteliğinde İnceleme Sırasında Yapılacak İşlemler	87
2. Hazırlık Niteliğinde İncelemenin Sonuçlandırılması	91
3. Fezlekenin Adalet Bakanlığı Tarafından İncelenmesi ve Sonuçları.....	93
B. Soruşturma İzninin Hukuki Niteliği	94
C. İzin Alınmadan Soruşturma ve Kovuşturma Yapılması	96
D. Soruşturma İzninin Kapsamı	97
E. Soruşturma İzni Verilmesinin Sonuçları.....	98
1. Soruşturma Evresinin Başlaması	98

2. Soruşturma Evresinde Yapılacak İşlemler.....	98
3. Şüpheli Avukatın Savunmasının Alınması	99
F. Soruşturma Aşamasının Sonuçlandırılması	101
II. KOVUŞTURMA İZNİ VERİLMESİ VE SONUÇLARI	102
A. Kovuşturma İzninin Verilmesi	102
B. Avukatlık Kanunu’nun 59. Maddesine Göre İddianamenin Hazırlanması	102
C. Avukatlık Kanunu’nun 59. Maddesinde Düzenlenen İddianamenin Hukuki Niteliği.....	103
III. SON SORUŞTURMA SÜRECİNİN BAŞLAMASI	107
A. Son Soruşturma İle İlgili Kararı Vermeye Yetkili Mahkeme	107
B. Ağır Ceza Mahkemesi Tarafından Son Soruşturma Aşamasında Yapılan İnceleme	107
C. Ağır Ceza Mahkemesinin İncelemesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar	109
1. Son Soruşturmanın Açılması Kararı	109
a. Son soruşturmanın açılması kararının hukuki niteliği ve içeriği.....	109
b. Son soruşturmanın açılacağı mahkeme	111
c. Son soruşturmanın açılması kararına itiraz	112
2. Son Soruşturmanın Açılmasına Yer Olmadığına Dair Karar	112
a. Son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına dair kararın hukuki niteliği ve içeriği.....	112
b. Son soruşturmanın açılmaması kararına itiraz	113
3. Son Soruşturmanın Ertelenmesi Kararı	118
4. Son soruşturmanın açılması kararının iadesi	118
IV. ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN DURMASI VEYA KESİLMESİ	119
A. Soruşturma ve Kovuşturma İzninin Gerekli Olduğu Hallerde Zamanaşımı Süresine İlişkin Düzenleme.....	119
B. Soruşturma ve Kovuşturma Sırasında Zamanaşımını Kesen Haller.....	120

V. UZLAŞMA KURUMUNUN AVUKATLAR HAKKINDAKİ ÖZEL SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜNDE UYGULANMASI.....	121
A. Uzlaştırmanın Tanımı, Hukuki Niteliği ve Kapsamı.....	121
B. İzin Şartının Öngörüldüğü Hallerde Uzlaştırma Kurumunun Uygulanıp Uygulanmayacağı Tartışması	123
C. Avukatların Görev Suçlarında Uzlaştırma Nasıl Uygulanacak?	124
VI. ADALET BAKANLIĞININ SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA İZNİ İLE İLGİLİ KARARLARINA KARŞI İDARİ DAVA YOLUNA BAŞVURULMASI	127
A. İdari İşlemin Tanımı ve Özellikleri	127
B. İdari İşlemin Unsurları ve Hukuki Denetimi	131
1. Yetki Unsuru.....	131
2. Şekil Unsuru	137
3. Sebep Unsuru.....	139
4. Konu Unsuru.....	144
5. Amaç Unsuru	147
C. İdarenin Takdir Yetkisi – Bağlı Yetki	149
D. Soruşturma ve Kovuşturma İznine İlişkin Kararların İdari İşlem Niteliği	153
VII. KORUMA TEDBİRLERİNİN AVUKATLAR HAKKINDA UYGULANMASI	163
A. Arama, Elkoyma.....	163
1. Ceza Muhakemesi Kanunundaki Düzenleme	165
2. 1136 sayılı Avukatlık Kanunundaki Düzenleme	170
B. Postada Elkoyma	173
C. Telekomünikasyon Yolu İle Yapılan İletişimin Denetlenmesi.....	174
D. Tutuklama.....	179
SONUÇ.....	182
KAYNAKÇA	186



KISALTMALAR

AHK	: 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKYUHK	: 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun
Av. K.	: 1136 sayılı Avukatlık Kanunu
AY.	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: Cümle
CCBE	: Avrupa Baroları ve Hukuk Birlikleri Konseyi
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUY	: Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği
D. 8. D.	: Danıştay 8. Dairesi
DİDDGK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
f.	: Fıkra
GVK	: 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HSK	: 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu
HSKK	: 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Kurulu Kanunu
IBA	: Uluslararası Barolar Birliği
İYUK	: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
m.	: Madde
MDKGYHK	: 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun
NK	: 1512 sayılı Noterlik Kanunu
PVSK	: 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SBF	: Siyasal Bilgiler Fakültesi
STSK	: 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu

TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
Y. 4. CD.	: Yargıtay 4. Ceza Dairesi
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YK	: 2797 sayılı Yargıtay Kanunu



Üniversitesi : İstanbul Kültür Üniversitesi
Enstitüsü : Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Dalı : Kamu Hukuku
Programı : Kamu Hukuku
Tez Danışmanı : Dr.Öğr.Üyesi Efser ERDEN TÜTÜNCÜ
Tez Türü ve Tarihi : Yüksek Lisans – Haziran 2021

ÖZET

Toplumun adaletin gerçekleşmesine yönelik beklentisi, hak arama özgürlüğünün ve savunma hakkının temsilcisi avukatların görevlerini her türlü baskı, tehdit ve korkudan uzak yapabilmelerini gerektirmektedir. Avukatlık mesleğinin doğasından kaynaklanan bu gerekliliğin yerine getirilmesi avukatın bağımsızlığının sağlanması ile mümkün olabilmektedir. Ülkemizde 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ile avukatların görevlerinden doğan ve görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı cezai soruşturma ve kovuşturma yapılması özel kurallara bağlanmıştır. Avukatların asılsız suçlamalar sebebiyle görevlerini yapmalarının engellenmesini önlemeyi amaçlayan bu düzenleme avukatlara görevleri ile ilgili olarak dokunulmazlık sağlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: avukatlık mesleğinin nitelikleri, avukatın bağımsızlığı, avukatlar hakkında özel soruşturma ve kovuşturma usulü, soruşturma izni, kovuşturma izni, avukat dokunulmazlığı.

University : Istanbul Kültür University
Institute : Institute of Graduate Education
Department : Public Law
Programme : Public Law
Supervisor : Asst.Prof. Efser ERDEN TÛTÛNCÛ
Degree Awarded and Date : Master's Degree – June 2021

ABSTRACT

The expectation of the society for the realization of justice requires lawyers who represent the right to legal remedies and the right of defense, to be able to carry out their duties away from all kinds of pressure, threat and fear. The fulfillment of this requirement arising from the nature of the legal profession is possible by ensuring the independence of the lawyer. In our country, with the Law no. 1136 (the Attorneyship Law), criminal proceedings and prosecutions for crimes arising from the duties of lawyers and alleged to have committed during their duties are bound to special conditions. This regulation, which aims to prevent lawyers from performing their duties due to immaterial averment, provides lawyers with immunity in relation to their duties.

Keywords: qualifications of the attorneyship profession, independence of lawyer, criminal proceedings and prosecutions about lawyers, proceeding permit, prosecution permit, lawyer immunity.

GİRİŞ

Hukuk hiç kimsenin sınırları, ölçüsü ve şartları kanunlarla belirlenmiş meşru müdafaa, zorunluluk halleri gibi istisnalar dışında, hakkını elde etmek veya korumak için kendi gücünü kullanmasına izin vermez. Hukuk devletinde, bir hakkın elde edilmesi ve elde edilmiş hakların korunması ancak ve ancak kamu gücünün kullanılması, diğer bir ifade ile yargı yoluna başvurulması ile mümkün olabilmektedir.

Sav, savunma ve hüküm olmak üzere birbirinden ayrılması mümkün olmayan üç ayağı bulunan yargılama faaliyeti, hak arama özgürlüğünün temelini oluşturmaktadır. Bu sayede, bireylerin ve dolayısıyla toplumun adaletin gerçekleşmesi, haklı olanın hakkını alması, haksızlığın ortadan kaldırılması şeklindeki istekleri medeni yöntemlerle karşılanabilmekte ve toplumsal barış sağlanabilmektedir. İşte bu sebeplerle yargılama faaliyetinin olmazsa olmaz unsuru savunmayı temsil eden avukat¹ ve “*hak arama özgürlüğünü somutlaştıran ve pekiştiren meslek*”² olan avukatlığın, medeniyetin doğmaya başladığı andan itibaren var olduğu söylenebilmektedir.³

¹ Latince “*Advocatus*”, Fransızca “*Avocat*”, İtalyanca “*Avvocato*”, Almanca “*Advokat*” kelimelerinin kökeni, eski Roma’da ceza davaları görülürken, şüphelilerin dava esnasında yanlarında bulunmaları için yakınlarını çağırmaları anlamına gelen “*ad-vocare*” uygulamasına dayanmaktadır. (ÖZKENT, Ali Haydar, *Avukatın Kitabı*, (İstanbul: Ufuk Matbaası, Tıpkı Basım, 2002), s. 2; TANJU, Fahrettin, *Avukatlık ve Vekalet*, (Adana: Demokrat Matbaa, 1954), s. 5.

Ülkemizde 03.04.1924 tarih ve 460 sayılı Muhamat Kanunu ile avukatlık meslek haline getirilmiştir. [ADAY, Nejat, *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları*, (İstanbul: Beta Basım, 1994), s. 28].

1926 tarih ve 708 sayılı kanunla, Muhamat Kanunu’nda değişiklik yapılarak, “*muhami*” kelimesi yerine “*avukat*”, “*muhamat*” kelimesi yerine de “*avukatlık*” kelimesi kullanılmaya başlanmıştır. [ÖZKENT, s. 1; ADAY, s. 28; YILMAZ, Ejder, “Bir Meslek Olarak Dünden Yarına Doğru Avukatlık”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (1995, C:44, S:1), s. 197-198, < <https://dergipark.org.tr/pub/auhfd/issue/42690/514877>>, Erişim tarihi:07.03.2021].

² TANÖR, Bülent, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, (İstanbul: BDS Yayınları, 3.Baskı, Yön Matbaası, 1994), s. 248.

³ “*İnsanlar arasındaki ihtilafların yumrukla hal olunmadığından beri avukatlar vardır.*” [PAYEN, Fernand, *Baro (Sanat ve Vazife)*, çev. ÖZKENT, Ali Haydar, (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2011), s. 16].

Günümüzde avukatlık hukukuna egemen olan ve modern hukuk sistemlerince kabul edilmiş, tarih boyunca değişmeyen ilkelerin temelleri yazılı kaynakların artmaya başladığı Eski Yunan ve Roma uygarlıkları dönemine dayanmakta olup bu kuralların bireylerin avukatlara güvenme istek ve ihtiyacını yansıttığını görmekteyiz.⁴ Öyle ki Atina’da kurulan ilk baroda çok ciddi disiplin kuralları uygulanmaktaydı. Esirlerin avukatlık yapamayacağı, avukatlığın sadece özgür kişilerce yapılabileceği kabul edilmişti. Ayrıca anne babalarına saygısızlık sebebi ile ceza alanlar, vatan savunması ya da bazı kanuni görevlere katılmaktan kaçınanlar, ahlaka aykırı işler ile ilgilenenler, sefahat yerlerinde görülenler, miras yolu ile elde ettikleri serveti israf ederek bitirenlerin avukatlık yapamayacağına ilişkin

⁴ Roma’da Cumhuriyet döneminin ilk zamanlarında avukatların ücret almaları yasaklanmıştı. Alınan ücretle orantılı savunma yapılması şeklinde sakıncalı sonuçların ortaya çıkabileceği düşünülmekteydi. Bu yasak, Romalı şair Ovidus’un “*Güzel kadınların güzelliklerini satmaları ne kadar utanç verici ise bir tanığın şahadetini, bir hakimin hükmünü, bir avukatın yardımını satması da o kadar utanç vericidir*” sözü ile açıklanmaktaydı. Bu dönemde avukatlık yapanlar ücret alamazlar da, bu meslek sayesinde devlet yönetiminde önemli mevkilere gelebilmekteydiler. Bu duruma örnek olarak Caesar’ın, Roma barosuna kayıtlı avukat olması gösterilmektedir. [EREM, Faruk, “Eski Yunanda ve Romada Avukatlık”, *Ankara Barosu Dergisi*, (1976, S:5), s. 852, <<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1976-5/4.pdf>>, Erişim tarihi:01.05.2020].

Avukatın ücret yasağı uygulamasından sonraları vazgeçilmiş, avukatların ücret alabilecekleri kabul edilmiş ve bu ücret için azami tavan belirlenmiştir.(EREM, “*Eski Yunanda ve Romada Avukatlık*”, s. 852). Bu uygulama günümüzde Av. K.’nın 163’üncü maddesinin 2’nci fıkrasında, “*Avukatlık ücret tavanını aşan sözleşmeler, bu Kanunda belirtilen tavan miktarında geçerlidir.*” şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Ücret yasağından vazgeçilmiş olsa da Roma hukukunda avukatlık, hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmemiştir. Romalılara göre, özgür bir Romalı ücret için çalışmayacağından avukatlık, hekimlik gibi fikri çalışmaya dayalı işler, yüksek hizmet olarak görülmüş ve vekalet sözleşmesine konu edilmiştir. Böyle yüksek hizmeti üstlenen vekilin emeğine karşılık olarak verilecek ücret sıradan bir ücret olmayıp “*şeref ücreti (honorarium)*” olarak isimlendirilmiştir. [RADO, Türkan, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), s. 140]. Bu ifade, Fransızca’da avukatlara hekimlere verilen ücret anlamına gelen “*honoraires*” kelimesi ile günümüze kadar gelmiştir. (RADO, s. 152).

Roma hukukunda avukatı müvekkilinin ortağı haline getirecek bir ücret sözleşmesi yapmak yasaklanmıştır. Günümüze kadar uzanan bu yasak (Av. K. m.164/2) avukatın bağımsızlığı kuralına dayanmaktadır. Avukat üstlendiği dava ile kişisel olarak ilgi olmamalıdır. [EREM, Faruk, “*Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi*”, *Ankara Barosu Dergisi*, (1990, S:2), s. 210, <<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1990-2/2.pdf>>, Erişim tarihi:08.04.2020].

Roma’da avukatlar, hukuk davalarından önce, adaletin zaferini sağlayacakları, müvekkilin haklarını eksiksiz savunacakları, dürüstlük yolundan ayrılmayacaklarına dair yemin ederlerdi. Suç haksız bir eylem olduğundan ceza davalarında avukatlar yemin etmezdi. Davanın haksızlığını fark ettiği an avukat davadan çekilmeye mecburdu. Günümüzdeki davadan çekilme hakkının bu dönemde ortaya çıkmaya başladığı görülmektedir.(EREM, “*Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi*”, s.209).

düzenlemeler yapılmıştı.⁵ 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlığa kabulde engeller" kenar başlıklı 5'inci maddesi bu uygulamanın izlerini taşımaktadır.⁶

Hak arama özgürlüğünü tamamlayan, savunma hakkı ve adil yargılanma ilkesinin vazgeçilmez unsuru olan avukatlık mesleğinin temeli güven ilişkisine dayanmaktadır.⁷ Müvekkilin avukatına güven duyabilmesi, avukatın da görevini layıkıyla, sadece hukuk kurallarına bağlı kalarak ve vicdanının sesini dinleyerek yapabilmesi için bağımsız olması gerekmektedir. Avukat; yasama ve yürütme güçleri, mahkemeler, bağlı bulunduğu baro, basın, toplum ve müvekkiline karşı

⁵ EREM, "Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi", s. 207.

⁶ Av. K.'nın 5'inci maddesine göre, "Aşağıda yazılı durumlardan birinin varlığı halinde, avukatlık mesleğine kabul istemi reddolunur : a) Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı iki yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmak, b) Kesinleşmiş bir disiplin kararı sonucunda hakim, memur veya avukat olma niteliğini kaybetmiş olmak, c) (İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 28/2/2013 tarihli ve E.: 2012/116, K.: 2013/32 sayılı Kararı ile.) d) Avukatlık mesleği ile birleşemeyen bir işle uğraşmak, e) Mahkeme kararı ile kısıtlanmış olmak, f) İflas etmiş olup da itibarı iade edilmemiş bulunmak (Taksiratlı ve hileli müflisler itibarları iade edilmiş olsa dahi kabul olunmazlar), g) Hakkında aciz vesikası verilmiş olup da bunu kaldırmamış bulunmak, h) Avukatlığı sürekli olarak gereği gibi yapmaya engel vücut veya akıl malul olmak. Birinci fıkranın (a) bendinde sayılan yüz kızartıcı suçlardan biri ile hüküm giymiş olanların cezası ertelenmiş, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa da avukatlığa kabul edilmezler. Adayın birinci fıkranın (a) bendinde yazılı cezalardan birini gerektiren bir suçtan kovuşturma altında bulunması halinde, avukatlığa alınması isteği hakkındaki kararın bu kovuşturmanın sonuna kadar bekletilmesine karar verilebilir. Şu kadar ki, ceza kovuşturmasının sonucu ne olursa olsun avukatlığa kabul isteğinin geri çevrilmesi gereken hallerde, sonuç beklenmeden istek karara bağlanır."

⁷ Avukatlar hakkında söylemiş güzel sözlerde de avukata güven duyma ihtiyacı vurgulanmıştır: Romalı avukat ve devlet adamı Cato, avukatı "konuşmasını, inandırmasını bilen namuslu adam" şeklinde tanımlamıştır.(EREM, "Eski Yunanda ve Romada Avukatlık", s. 852). Rönesans döneminde ise avukat, "Yumuşak, sakın, Tanrı'dan korkan, hakikati ve adaleti seven insan" şeklinde tanımlanıyordu. (EREM, "Eski Yunanda ve Romada Avukatlık", s.853). D'Aguesseau avukatlar hakkında şunları söylemiştir: "Bu topluluk, hâkimlik kadar eski, fazilet kadar asîl, adâlet kadar lâzımdır! Bütün diğer mesleklerin hemen umumiyetle boyunduruğa vurulduğu sırada (en yüksek meslekler en az müstakil olanlardır) o, mutlu ve sakın istiklâline sahip olarak her zaman tutundu." (PAYEN, s. 24). Savcı Bellart, "Avukatlar topluluğu en mükemmel, en ziyade itibara lâyık öyle şerefli bir insanlar birliğidir ki mutat doğruluğu az görür ve tatbikatta kusursuzluk derecesine kadar varırlar. Eğer fazilet sosyete tarafından kovulsaydı, son sığınağını onların yanında bulurdu." demiştir. (PAYEN, s. 24). Moliere, avukat ve kanun adamı ayırımı yaparak şunları söylemiştir: "Kanun adamları, daha çok uysaldırlar. Kanunun üzerinden usulcacık aşmak ve hele caiz olmayan şeyi yapmak çarelerini bilirler. Avukatlar ise, bu gibi hususlarda pek ciddi ve titizdirler. Onlar hile-i şer'iyenin büyük bir suç teşkil ettiği fikrindedirler vicdan dolandırıcılığının çok cahilidirler. Eğer ufak bir haksızlık işlenmek isteniyorsa onlarla istişare etmemelidir." (PAYEN, s. 24-25).

bağımsız olmalı; görevini yaparken hiçbir kişi veya makamdan talimat, emir almamalı; baskı görmemeli, korkmamalı hatta kişisel düşünce, dini inanç, ahlaki değer, siyasi görüş, ideoloji ve duygularından dahi sıyrılmalıdır. Bağımsızlık avukatlık mesleğinin en önemli unsudur. Bağımsız savunma, bağımsız avukat ile mümkündür.

Avukatın bağımsızlığını Molierac, “Görevimizi yaparken kimseye, ne müvekkile, ne hakime, hele ne iktidara tabiyiz. Bizim aşağıımızda kişilerin varlığı iddiasında değiliz. Fakat hiçbir hiyerarşik üst de tanımıyoruz. En kıdemsizin, en kıdemliden veya isim yapmış olandan farkı yoktur. Avukatlar esir kullanmadılar, fakat efendileri de olmadı”⁸ sözleri ile en güzel şekilde açıklamaktadır.

Avukatlık mesleğinin bağımsızlık niteliği; avukatların görevlerinden doğan ve görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçlarının soruşturulması ve kovuşturulmasının özel bir usule tabi kılınmasını gerekli kılmıştır. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 58 – 61’inci maddelerinde yer verilen bu özel soruşturma ve kovuşturma usulü ile avukatların görevlerini yaparken uğrayabilecekleri haksız, asılsız suçlamalara karşı korunmaları amaçlamaktadır. Tabii ki bu özel soruşturma ve kovuşturma usulü kişisel olarak avukatlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp, hak arama özgürlüğü ve savunma hakkının korunması ile adaletin sağlanması gereğinin sonucudur. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali bulunmaması kaydı ile avukatların görevlerinden doğan ve görevleri sırasında işledikleri suçlar, dışındaki suçlar için bu özel usul uygulanamaz.

Üç bölümden oluşan bu çalışmanın birinci bölümünde, avukatlık mesleğinin, tanımı ile serbest meslek olması, bağımsızlık özelliği, kamu hizmeti olup olmadığına ilişkin görüşler, avukatlık tekeli, idare hukuku - ceza hukuku anlamında kamu görevlisi kavramı irdelenmiştir. İkinci bölümde ise, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nda düzenlenen avukatlar hakkındaki özel soruşturma ve kovuşturma usulünün kapsamına yer verilmiş ve son bölümde bu özel usulün aşamaları incelenerek açıklanmaya çalışılmıştır.

⁸ Aktaran, EREM Faruk, *Meslek Kuralları (Şerh)*, (Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2007), s. 43, <<http://www.ankarabarsu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/m/2006.pdf>>.

BİRİNCİ BÖLÜM

AVUKATLIK MESLEĞİNİN TANIMI VE NİTELİKLERİ

I. AVUKATLIK MESLEĞİNİN TANIMI

1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 2’nci maddesinde avukatlık mesleğinin amacının “*hukuki münasabetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak*” olduğu ifade edilmiş; avukat ise, bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eden kişi olarak tanımlanmıştır. Kanunun bu tanımında; avukatın, hukuki meselenin tarafı olan kişi veya kişilerin temsilcisi olduğu hususunun belirtilmesi dışında, adalete hizmet ederek yargılama etkinliğine katıldığı, “*yargının bir çalışanı*” olduğu da dile getirilmektedir.⁹ Av. K.’nın 1’inci maddesinin 2’nci fıkrasında ise avukatın, yargının kurucu unsuru olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil ettiği belirtilmiştir. Maddede yer alan “*bağımsız savunma*” ifadesi sadece dar anlamda savunma değil, hak arama özgürlüğünün gereği olarak yargı mercilerine yapılan her türlü başvuruyu da kapsamaktadır.¹⁰

Kanunda açıkça yer alan bu ifadelere dayanarak avukat; hukuki bilgi ve tecrübelerini kullanarak kişilerin haklarını savunan, haksızlıkların ortadan

⁹ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, *Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, (İzmir: Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2013), s. 1.

¹⁰ YILMAZ, Ejder, “Kamuda Çalışan Avukatlar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2008, C: 57, S: 3), s. 734-735, < <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1498/16536.pdf>>, Erişim tarihi:17.11.2020.

kaldırılması için uğraşan, adaletin gerçekleşmesi için hizmet veren ve hukuki problemlerin çözümü için bilgisine danışılan kişi olarak tanımlanabilir.¹¹ Avukat, işbu mesleki faaliyetleri yerine getirirken toplum için önemli olan moral değerleri göz ardı edemeyeceği gibi, mesleğe olan güvenin sarsılmasına da sebebiyet veremez.¹² Avukat, sözleşme hükümlerine ters düşmese bile toplumun önem verdiği moral değerlerle bağdaşmayan bir amacın gerçekleşmesine araç olamaz, böyle bir amaç için kanunları araç olarak kullanamaz. Avukatlık bir kamu hizmeti olduğundan, avukat, mesleki faaliyetlerde bulunurken, toplumun avukatlık mesleğine olan güvenini sarsabilecek davranışlardan kaçınmalıdır. Zira bazı davranışların kanunlara uygunluğu yeterli mazeret sayılamaz. Avukat hukuka uygunluk ölçüsü ile bağlıdır.¹³ CCBE tarafından yayımlanan Avrupa’da Avukatlık Mesleğine İlişkin Temel İlkeler Tüzüğü ve Avrupa’da Avukatların Tabi Olduğu Meslek Kuralları arasında güven ve dürüstlük de sayılmış olup, güven ilişkisinin yalnızca bir avukatın onuru, dürüstlüğü ve açık sözlülüğünden kuşku duyulmaması halinde var olabileceği, avukatlar için bu geleneksel değerlerin mesleki yükümlülük olduğu vurgulanmıştır.¹⁴

II. AVUKATLIK MESLEĞİNİN NİTELİKLERİ

A. Avukatlığın Serbest Meslek Niteliği

1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 1’inci maddesinde, avukatlığın serbest meslek olduğu ifade edilmiş ise de kanun koyucu bu kanunda serbest meslek tanımlamasına yer vermemiştir. Serbest meslek faaliyeti 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun 65’inci maddesinin 2’nci fıkrasında, “*sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılması*”

¹¹ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 3.

¹² EREM Faruk, “Meslek Kuralları (Şerh)”, s. 61.

¹³ TBB. Disiplin Kurulu, T. 25.07.2015, E. 2015/384 K. 2015/594, Erişim tarihi: 17.08.2019, <<http://eski3.barobirlik.org.tr/DisiplinKarari856.tbb>>.

¹⁴<https://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/CCBE_avukatlik_meslek_kurallari.pdf>, s.22, Erişim tarihi: 05.01.2020.

şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımdan hareketle, serbest mesleğin unsurlarının, sermayeye değil kişisel çabaya bağlı olması, ilmi ve mesleki bilgi birikimi gerektirmesi, ticari faaliyet olmaması, bir işverene tabi olmadan şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılması şeklinde belirlenebileceği öne sürülmektedir.¹⁵ GVK'dan hareket ile avukatlığın serbest meslek olma niteliğini açıklamaya çalışan bu görüşe göre; avukatlık mesleğinin ifası için ilmi ve mesleki bilgi gerekliliği tanımın ilk unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim Av. K.'nın 3'üncü maddesinde, ilmi bilgi için hukuk fakültesinden mezun olma, mesleki bilgi ve eğitimin tamamlanması için de avukatlık stajının yapılması koşulları aranmaktadır. Stajın ardından, avukatlık ruhsatını almak, baroya kaydolmak ve gerekli donanımına sahip bir iş yeri açmak mesleğin icrası için yeterli olup; iş yeri açmak için sarf edilecek gider sermaye olarak nitelendirilmemektedir.¹⁶ Ancak; avukatlık dışında birçok serbest mesleğin akademik eğitim gerektirmesi ve bilimsel esaslara dayalı olarak yürütülmesi sebebi ile bu unsurun serbest meslek tanımlaması bakımından yeteri kadar ayırt edici olmadığı ifade edilmektedir.¹⁷ Ayrıca avukatlık araştırma, inceleme, çözüm üretme ve takip edilen işi sonuçlandırma şeklinde gerçekleşen, bireysel çabaya dayanan bir meslek ise de mesleğin bu özelliği avukatın başka bir avukat, stajyer avukat ve sekreter gibi yardımcılarının olamayacağı anlamına gelmemektedir.¹⁸ Nitekim Av. K.'nın 171'inci maddesinin 2'nci fıkrası gereğince, vekâletnamede avukata tevkil yetkisi verilmiş olması halinde avukatın üstlendiği işi bizzat yapmak zorunda olduğu söylenemez.¹⁹

GVK'da, yer alan serbest meslek tanımlamasının ikinci unsuru “*ticari mahiyette olmayan işler*” olarak belirtilmiştir. Av. K.'nın “*Avukatlıkla birleşemeyen işler*” kenar başlıklı 11'inci maddesindeki “*Aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen hiçbir hizmet ve görev, sigorta produktörlüğü, tacirlik ve esnaflık veya meslekin onuru ile bağdaşması mümkün olmayan her türlü iş*”

¹⁵ GÜNER, Semih, *Avukatlık Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), s. 125; KORKUSUZ, M. Refik/KORKUSUZ, M. Halit, *Avukatlık Hukukuna Giriş*, (Bursa: Ekin Basım, 2016), s. 9-10.

¹⁶ GÜNER, s. 125; KORKUSUZ/ KORKUSUZ, s. 9-10.

¹⁷ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 34-35.

¹⁸ GÜNER, s. 125.

¹⁹ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 37.

avukatlıkla birleşemez"; avukatların birlikte veya avukatlık ortaklığı şeklinde çalışmalarına ilişkin 44/A maddesindeki, "*Birlikte çalışma, aynı baroya kayıtlı birden çok avukatın meslekî çalışmalarını bir büroda yürütmeleridir. Bu birlikteliğin tüzel kişiliği yoktur, yapılan iş ticarî sayılmaz*"; 44/B maddesindeki, "*Avukatlık ortaklığı, aynı baroya kayıtlı birden çok avukatın bu Kanuna göre mesleklerini yürütmek için oluşturdukları tüzel kişiliktir. Avukatlık ortaklığının çalışması meslek çalışması olup, ticarî sayılmaz*" hükümleri ile avukatlığın ticari amaç taşımayacağı gibi ticari bir iş de olmadığı ifade edilmiştir.²⁰

GVK'nın "*İşlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılması*" şeklindeki düzenlemesinin serbest meslek tanımının üçüncü unsuru olduğunu öne süren görüşe göre, avukatlık mesleğinde kişisel sorumluluk ön plandadır. Asıl olan avukatlık mesleğini, avukatın kendi bürosunda yapmasıdır. Ancak avukatların, kamu kurumlarında ya da özel kuruluşlarda ücretli olarak çalışabilmeleri de mümkündür. GVK'daki tanımlamadan hareket ile avukatlığın serbest meslek olma niteliğini açıklayan görüşe göre, kamu kurumlarında ya da özel kuruluşlarda ücretli olarak çalışan avukatların gelirinin serbest meslek kazancı olmaması kural dışı bir durum olarak kabul edilmelidir.²¹

Bir başka görüşe göre, avukatlık mesleğinin serbestliği ile ifade edilmek istenen mesleğin bağımsızlığı, vekalet ilişkisinin avukatın ve müvekkillerinin özgür iradelerine dayalı olması²²; avukatlar ve devlet arasında kamu hukukuna has istihdam ilişkisi bulunmaması, avukatın memurluk gibi bağımlı bir statüsünün olmamasıdır.²³ Ayrıca avukatın kendisine teklif edilen işi almaya zorlanamaması, çok sayıda kişinin işini üstlenebilmesi, her zaman serbestçe istifa hakkını kullanabilmesi, mesleki faaliyetinin yoğunluğu ve türünü belirlerken özgür olması da avukatlığın serbest meslek olmasının sonucu olarak kabul edilmektedir.²⁴ Avukat; mesleğini icra ederken adalet ve hakkaniyete uygun hareket etmeli, müvekkilin haklarını hukuk

²⁰ GÜNER, s. 125-126.

²¹ GÜNER, s. 127.

²² AKGÜL, Ahmet, "Avukatlık Mesleğinin Kamu Hizmeti Niteliği", *Hukuk Kurultayı 2004*, (Ankara, 6-10 Ocak 2004) s. 95, < <http://www.ankarabarasu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/until2007/hukukkurultay04-3.pdf>> Erişim Tarihi: 12.02.2020.

²³ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 66-67.

²⁴ ADAY, s. 38.

kuralları çerçevesinde savunmalı, yargı organları, resmi ve özel kurumlara hukuk kurallarının uygulanması konusunda yardımcı olmalıdır. Müvekkiline karşı sorumluluğunu yerine getirirken aynı zamanda kamu ödevi de yapan avukat, üstlendiği işi yaparken müvekkilinin emri altında olmadığı gibi, sadece müvekkil çıkarını gözetmez. Çünkü 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, avukatlık mesleğini serbest meslek olarak tanımlamıştır.²⁵ Serbest meslek niteliğini avukatın bağımsızlığı şeklinde açıklayan bu görüşe göre, özel bir kuruluştaki ya da kamu kurumunda çalışan avukatlar her ne kadar GVK düzenlemesi bakımından serbest meslek sahibi olmasalar da Av. K. kapsamında bağımsızdırlar.²⁶ Bu sebeple Av. K.'nın 1'inci maddesinde yer alan avukatlığın serbest meslek olduğuna dair düzenlemenin, vergi mevzuatında avukatların tabi olduğu hükümleri belirlemek amacı taşıdığına kabul edilmesi gerekmektedir.²⁷

Özel kuruluşlarda ya da kamu kurumlarında çalışan avukatların, GVK bakımından serbest meslek sahibi sayılmaması, ücretlerinin de serbest meslek kazancı olarak nitelendirilememesi sebebiyle; GVK'dan hareketle avukatlığın serbest meslek niteliğini açıklamaya çalışmak tüm avukatları kapsayan bir tanımlama olamayacaktır. Ayrıca kamu kurumlarında ya da özel kuruluşlarda ücretli olarak çalışan avukatların gelirinin serbest meslek kazancı olmamasının kural dışı bir durum şeklinde açıklanmasını yeterli görmek mümkün değildir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, avukatlığın serbest meslek niteliğinin, vergi mevzuatında avukatların tabi olduğu hükümleri belirlemek amacı taşıdığına kabul edilmesi gerektiğine dair görüş kanaatimizce de yerindedir.

B. Avukatlığın Bağımsızlık Niteliği

1. Avukat Neden Bağımsız Olmalıdır?

İnsanlık tarihi boyunca, tüm toplumlarda, egemen iktidar gücünün, toplumsal düzeni bozanları cezalandırma yetkisine sahip olduğu kabul edilmiş ve bu yetkinin meşruiyeti, ceza adaletinin sağlanmasına dayandırılmıştır. İktidarlara göre, sahip

²⁵ MÜDERRİSOĞLU, Feridun, *Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar*, (Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1974) s. 9.

²⁶ ADAY, s. 39.

²⁷ ADAY, s. 39.

oldukları cezalandırma kudretinin, mutlak bir otorite ile sınırsız, engelsiz işlemesi toplum düzeninin, istikrarın sağlanması ve korunması için gereklidir. Zira cezalandırma kudretine karşı verilecek tepki ya da getirilecek sınırlama, iktidarın gücünün zayıflamasına sebebiyet verir. Sınırsız cezalandırma kudreti karşısında durabilen güç savunmadır.²⁸

Savunma toplumsal meşruiyet kazandıkça iktidarın cezalandırma kudreti meşruiyetini kaybetmeye başlar. Bu sebeptendir ki her dönemde iktidarlar savunmanın bağımsız bir güç olarak yapılanmasını önlemek için yargının örgütlenme ve işleyişinde savunmaya yer vermemişler²⁹, yargıyı iktidarın cezalandırma gücünü temsil eden iddia ve hüküm unsurları temelinde yapılandırmayı tercih etmişlerdir. Savunmanın yargı faaliyetinde bağımsız ve belirleyici bir unsur olabilmesi uzun mücadelelerin ardından demokrasi ve hukuk devleti anlayışının yerleşmeye başlaması ile mümkün olmuştur. Bu tarihi mücadelede avukatlar “savunmanın savunucusu”³⁰ olmuşlardır. Avukatın, savunma görevini tam anlamıyla yapabilmesi için bağımsız olması gereklidir. Savunma ile avukat arasındaki bağ, bağımsızlık sayesinde sağlam kalabilmektedir.³¹

İnsan haklarının korunması ve geliştirilmesinin güvencesi olan avukatların meslek itibarına hukukçular, hakimler, yasama ve yürütme güçleri ile toplum tarafından, gereken önemin verilmesinin sağlanması, devletlerce ulusal kanunlar meydana getirilirken esas alınması amacı ile IBA tarafından 1990 yılında New York

²⁸ SAYMAN, Yücel, “Avukat, Nereden? Avukat Bağımsız, Neden?”, *Günışığı Aylık Hukuk Dergisi*, (S. 1, Mart 2003), s. 26, <<https://www.hukukpolitik.com.tr/2018/02/11/gunisigi-sayi-1/>>, Erişim Tarihi: 23.07.2020.

²⁹ Büyük Petro 1698’de Londra’ya yaptığı ziyarette cübbeli ve takma saçlı avukatları görüp bu kişilerin kim olduklarını sormuş, avukat oldukları ve hakimlere yardım ettiklerini öğrenince, “*Bunlara ne lüzum var? İmparatorluğumda iki hukuk adamı vardır. Memleketime döner dönmez birisini asacağım.*” demiştir. (ÖZKENT, “*Avukatın Kitabı*”, s. 186). Bundan 60 yıl sonra Çar I. Nikola, adliye nazırının, avukatlık mesleğinin kurulmasına ilişkin olarak sunduğu teklife, “*Ben Çar olduğum Rusya’da avukata lüzum yoktur. Biz onlarsız pekala yaşıyoruz.*” şeklinde cevap vermiştir. (ÖZKENT, “*Avukatın Kitabı*”, s. 186-187). Hukuk ve ceza davalarına bakıp sulh hakimlerinin kararlarını istinaf eden magistratların çalışmalarını yakından izleyen I. Napoleon; “*Askerlik vasıfları bazı hallerde zaruridir; gerçek magistratı karakterize eden medeni faziletlerin ise halkın selameti üzerinde devamlı tesirleri vardır.*” şeklindeki açıklamaları ile adalet mesleği mensuplarına prestij sağlamıştı. Savaş sırasında dahi ünlü davaları takip eden I. Napoleon bir mektubunda, “*hükümete karşı konuşan bir avukatın bence dilini kesmeli*” ifadesine yer vermişti. [ROUSSELET, Marcel, *Adalet Tarihi*, çev. CEMGİL, Adnan, (İstanbul: Remzi Kitabevi, 1963), s. 72-75].

³⁰ SAYMAN, s. 27.

³¹ SAYMAN, s. 27.

Genel Kurulunda avukatlık mesleğinin bağımsızlık ölçütleri kabul edilmiştir. İnsanların engellemeler ile karşılaşmadan adli hizmetlerden yararlanabilmesi; yasal, ekonomik, sosyal, kültürel, siyasi tüm haklarının avukatlar tarafından korunup savunulması hukuk devletinin gereklerinden olup, bu gereğin yerine getirilmesi avukatların bağımsız olması, hiçbir kişi veya kurumun baskısı ile karşı karşıya kalmamalarının sağlanması ile mümkün olabilecektir.³²

Avukatın bağımsızlığına zarar verecek düzenleme, uygulama ve davranışlar, savunma ile avukat arasındaki bütünlüğü bozma uğraşı olacaktır. Bağımsızlık avukatın varoluş sebebi, avukat kimliğinin temel unsurudur. Öyle ki savunma görevini üstlendiği andan itibaren avukat kendi görüş, düşünce, inanç ve ahlaki değerlerine karşı dahi bağımsız olmalıdır. Avukat, savunmasını üstlendiği müvekkilinin işlediği iddia edilen suçla, düşünce, hareket, inanç ve ahlaki değerleri ile bağdaştırılmamalı; yargılama sürecindeki yazılı veya sözlü ifadeleri, davranışları ve sunduğu belgeler nedeni ile ceza ve disiplin baskısı altında olmamalıdır. Avukatın

³² IBA tarafından Eylül 1990 New York Genel Kurulunda benimsenmiş olan avukatlık mesleğinin bağımsızlığı ölçütlerinin yer aldığı metinde, avukatların hak ve ödevleri alt başlığında yer alan konumuz ile ilgili maddeler:

“6. madde: Avukatlar, meslek kurallarına, ahlakına ve standartlara uygun olarak müvekkillerinin yasal işlemlerini gerçekleştirirken tam bağımsız olacak, hiçbir kişi ya da kurumun baskı ve yasaklamalarına maruz kalmayacaktır.

7. madde: Toplum ve idare önünde hiçbir avukat, müvekkili ile ya da aldığı davalar ile özdeş tutulmayacaktır.

8. madde: Hiçbir avukat, herhangi bir müvekkiline yasal danışmanlık ya da avukatlık yaptığı için cezai, medeni, ekonomik, idari yaptırım uygulanmakla tehdit edilemeyecek, korkutulamayacak ve zarara uğratılamayacaktır.

9. madde: Hiçbir mahkeme ya da idari makam, müvekkilince yetkili kılınmış bir avukatı tanımaktan imtina edemeyecektir.

10. madde: Avukatın, belirli bir davada haklı bir nedene dayandığı takdirde, yargıcın davaya bakmasına ve dava veya duruşmanın yönlendirilmesine itiraz edebilme hakkı olacaktır.

11. madde: Avukatlara, avukat sıfatı ile adli ve idari makamlar önünde ya da duruşmalar sırasında görevlerine ilişkin olarak iyi niyetle yaptıkları yazılı ve sözlü açıklamalar nedeniyle hukuki ya da cezai yaptırım uygulanamayacaktır.

12. madde: Avukatların bağımsızlığı, müvekkillerine, özgür ve tarafsız davranacakları biçimde güvence verir. Avukat, müvekkilin, kendisinin idare ile arasında bağımlılık ya da muvazaa ilişkisi olabileceği yolunda bir izlenim edinmesine yol açabilecek davranışlarda bulunmayacaktır.

13. madde: Avukatlar, mesleki yükümlülüklerini yerine getirebilmek için bir takım ayrıcalık ve olanaklarla donanmış olacaktırlar. Bunlar:

a. Gizlilik kuralına uygun avukat-müvekkil ilişkisi (Bu ilke, avukatın dosya ve dokümanlarını koruması ve denetimden muaf olmasının yanı sıra, haberleşmenin gizliliği ilkesini de içerecektir.

b. Avukatın serbest dolaşım hakkı ve müvekkili ile gerek yabancı ve gerekse kendi ülkesinde özgürce görüşebilme hakkı olacaktır.

c. Avukata, görevine ilişkin özgürce araştırma ve bilgi edinebilme hakkı tanınacaktır.” “Ankara Barosu Dergisi”, (S. 5, Kasım 1990). <<http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1944-2010/Dergiler/AnkaraBarosuDergisi/1991-5.pdf>>. Erişim tarihi:24.07.2020.

bağımsızlığı, meslek kurallarının belirlenmesi ve disiplin hukuku uygulamasında olmazsa olmaz yorum kuralı kabul edilmelidir.³³

2. Avukatın Yasama, Yürütme, Yargı Organlarına Karşı Bağımsızlığı

Hukuk devletinin temeli, devlet gücünün kötüye kullanılmasının önlenmesi ve bu sayede temel hak ve özgürlüklerin korunması için gücün sınırlandırılması esasına dayanır.³⁴ Gücün kötüye kullanımının yine güç ile engellenmesi halinde özgürlüklerin güvencede olabileceği düşüncesinden hareket eden Montesquieu, bu düşüncesini devletin yasama, yürütme ve yargı organlarının ayrılmasında temellendirmiştir.³⁵ Günümüz hukuk devletinin en önemli prensiplerinden olan kuvvetler ayrılığı sayesinde, yetkisini kötüye kullanmak isteyen organın, diğer organlar tarafından durdurulabilmesi, devlet otoritesinin sınırlandırılması mümkün olmakta, yargının ve dolayısı ile savunmanın bağımsızlığı³⁶ sağlanmaktadır.³⁷ Bu sebeple yargının kurucu unsuru olan avukat, vekalet ilişkisi ile üstlendiği işleri yürütürken, yasama organı da dahil hiçbir makamdan emir alamaz, herhangi bir makamın baskısı ve etkisi altında kalmaz.³⁸

Serbest meslek niteliği gereği avukatlık devletin oluşumuna dahil olmama esasına dayandığından, avukat devlet ile kamusal vasıfta bir istihdam ilişkisi kuramaz.³⁹ Avukatın, savunmanın temsilcisi ve yargının kurucu unsurlarından biri

³³ SAYMAN, s. 26-27.

³⁴ UYGUN, Oktay, *Devlet Teorisi*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), s. 364-365.

³⁵ GÖZE, Ayferi, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, (İstanbul: Beta Basım, 2017), s. 209-210.

³⁶ “Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan “bağımsız yargı”, yargının olmazsa olmaz koşulu olan “savunma” ile birlikte anlam kazanır. Savunma, “sav-savunma-karar” üçgeninden oluşan yargının vazgeçilmez ögesidir. Adaletli bir yargılamanın varlığı, ancak avukatın etkin katılımıyla sağlanabilir.” AYM., T. 15.10.2009, E. 2007/16, K. 2009/147, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 20.10.2020.

³⁷ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 149; KOCAOĞLU, Serhat Sinan, *Müdafî*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), s. 262-263.

³⁸ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 104.

³⁹ “Avukatlık mesleği ile ilgili bir düzenleme yapılırken bu mesleğin her şeyden önce bir serbest meslek olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Avukatlık bir kamu hizmeti addedilmiş olsa dahi, kamusal yönü çok yoğun olan Devlet memuriyeti görev ve hizmetleriyle aynı nitelikte görülüp aynı ölçütlere tabi kılınmaz.” AYM., T. 01.03.1985, E. 1984/12, K. 1985/6, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 15.10.2020.

olması, kamu hizmeti niteliği taşıması, savcı gibi devlet teşkilatı içinde bir konuma sahip olduğu şeklinde yorumlanamaz. Yargılama faaliyetinde avukat tarafından yapılan iş devlet bünyesine dahil edilemez.⁴⁰ Her türlü makama karşı bağımsızlığının sağlanması halinde avukat, görevlerini korkusuzca, eksiksiz ve en iyi şekilde ifa edebilir.⁴¹

Avukatlar hakkında görev suçları sebebi ile yapılacak soruşturmanın Adalet Bakanlığı'nın vereceği izin ile yapılabilecek olmasının avukatların yürütme organı karşısındaki bağımsızlığını gölgelediği öne sürülmektedir.⁴² Hatta soruşturma izninin Adalet Bakanlığı'na verilmesinin baroların bağımsızlığına da aykırılık teşkil ettiği, bu iznin Türkiye Barolar Birliği'nce verilmesi gerektiğini ifade eden görüş de mevcuttur.⁴³ Anayasa Mahkemesi'nin ise avukatların, Adalet Bakanlığı'na karşı bağımsız olmasının önemini vurgulandığı kararının⁴⁴ yanı sıra avukatlar hakkında, görevlerinden doğan ya da görevleri sırasında işledikleri suçlar nedeniyle soruşturma yapılmasının Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlı tutulması usulü ile mesleğin özelliği ve kamusal değerinin ortaya koyulduğunun ifade edildiği kararı da bulunmaktadır.⁴⁵ Bir diğer görüşe göre, bu usul avukatların üçüncü şahısların baskılarından

⁴⁰ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 86.

⁴¹ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 104-105.

⁴² SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 86; BAYRAKTAR, Köksal, "Adalet Sisteminde Avukatın Rolü", *İstanbul Barosu Dergisi*, (C.89, S.1, Ocak - Şubat 2015), s. 22, <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/YayinDetay.aspx?ID=406&desc=Cilt:89-Say%C4%B1:2015/1>>, Erişim Tarihi: 15.10.2020; TALAY, Şenol, "Bağımsız Avukatlık", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (S.54, Eylül-Ekim 2004), s. 280-281, < <http://tbdbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-54-70>>, Erişim Tarihi: 15.11.2020.

⁴³ EREM, Faruk / SAV Attila, "Avukatlar Hakkında Özel Soruşturma ve Kovuşturma", *Ankara Barosu Dergisi*, (1970, S:2), s. 267, <<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1970-2/6.pdf>>, Erişim tarihi:21.08.2020.

⁴⁴ "Yaşam hakkının en belirgin koşulu olan, geçerlik ögesi olan savunmanın görevlisinin çalışma koşulları da gölgesiz, aydınlık olmalıdır. Hukuk karanlığı sevmez ve korumaz. Hukukun üstünlüğünü gerçekleştirmeyi özgün görev olarak yüklenen savunma, özgürlüğünden yoksun, bağımlı; endişeli ve korkulu olamaz. Baskılar altında özgür, bağımsız ve gerçek savunma yapılamaz. İş sahibine karşı bağımsız olan avukat, Adalet Bakanlığına karşı bağımlı olursa yapısal bozukluk açıktır. Bu da meslekte çözülme ve çöküntüyü, bu yolla da hukukta yıkıntıyı getirir... Yargı bağımsızlığı bağımsız savunmayla gerçekleşir ve geçerlidir. Savunma, yargı bağımsızlığının gerçeklik karşıtı ve en sağlıklı, sürekli, soylu güvencesidir. ... Siyasal nedenlere geniş kapılar açmak, adalete siyaset sokmak, adaleti siyasetin emrine ve hizmetine vermek, buyruğuna sokmak, insan ve insanlığı yadsımaya değin giden ağır sakıncalar getirir. Adaletin siyaseti olmaz." AYM.,T. 01.03.1985, E. 1984/12, K. 1985/6, KARŞI OY YAZISI, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 20.10.2020.

⁴⁵ AYM., T. 23.06.1989, E. 1988/50, K. 1989/27, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 20.10.2020.

korunmasını sağlamaktadır.⁴⁶ Ayrıca kanun koyucunun, avukatların adli mercilerin de haksız suçlamalarının hedefi olabileceklerini düşünerek, soruşturma ve kovuşturma izni verme yetkisini yargılama faaliyetini yürüten makamlar yerine Adalet Bakanlığı'na verilmesini uygun görmüş olabileceği de öne sürülmektedir.⁴⁷

Kanaatimizce bu konudaki asıl sorun, soruşturma ve kovuşturma izni verilmesine dair kararların hangi makam tarafından verileceği değildir. Önemli olan bu kararların hukuki denetime tabi tutulması gerekliliğidir. Ancak Danıştay kararlarında, soruşturma ve kovuşturma izni verilmemesine dair kararların hukuki denetime tabi olduğu kabul edilmekte ise de izin verilmesine dair kararların ceza yargılamasına yönelik olması sebebi ile bu kararlara karşı idari yargı yoluna başvurulamayacağı ifade edilmektedir.⁴⁸ Oysa avukatların görevlerinden doğan ya da görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı haklarında soruşturma ve kovuşturma izni verilmesine ilişkin kararların hukuki denetimi yapılmadığı sürece bu izin hangi makam tarafından verilirse verilsin avukatın bağımsızlığının korunması mümkün olamayacaktır. Zira avukat sadece yürütme organına karşı değil, barolara karşı da bağımsız olmalıdır.⁴⁹

Savunmanın temsilcisi olan, adaletin gerçekleşmesi amacına hizmet eden avukat yargı mercilerine karşı da bağımsız olup, hakim ve savcının talimatı ile hareket etmez. Bu bağımsızlık, hukuk devleti gereğidir.⁵⁰ Zira avukatın bağımsızlığı sayesinde temsil ettiği vatandaşın hak ve özgürlükleri korunmaktadır.⁵¹ Güçlü ve bağımsız savunma, hukukun üstünlüğü, adil yargılanma hakkı ve toplumsal barışın güvencesidir. Anayasa'nın 36'ncı maddesinde düzenlenmiş olan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının önemli unsuru olan avukat, hukuki uyumsuzlukların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözüme kavuşturulması, hukuk

⁴⁶ TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2019), s. 164.

⁴⁷ GÖKCAN, Hasan Tahsin, *Açıklamalı Avukatlık Yasası*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012), s. 55; MISIR, Mehmet Haşim, *Avukatın Görev Suçları*, (Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2018), s. 24.

⁴⁸ Üçüncü Bölüm, VI., D.

⁴⁹ Birinci Bölüm, II., B., 3.

⁵⁰ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 83.

⁵¹ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 148-149.

kurallarının doğru ve eksiksiz bir biçimde uygulanması, hukuki ilişkilerin düzenlenmesini sağlamakla görevlidir.⁵² Bu görevleri ve bağımsızlık niteliği sebebi ile avukat, hakimin değil adaletin yardımcısıdır. Adalet, teknik açıdan, kanunların hukuka uygun bir biçimde uygulanması gayreti olduğundan, davanın tüm öznelere bu gayrette yardımcı olarak değil, ortak hareket ederler.⁵³ Avukat, gerek temsil ettiği kişiler, gerekse hakim, savcı ile tüm kurul ve kurumlar tarafından güven ve saygı ile karşılanmalıdır.⁵⁴ Avukatlar kendi aralarında da, diğer kişiler karşısında da hiyerarşik sıra içinde yer almazlar.⁵⁵

Av. K.'nın 76'ncı maddesi ve Anayasa'nın 135'inci maddesi gereğince kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan baroların, avukatlara ve avukatlık mesleğine karşı yükümlülüklerinin de gereği olarak, özellikle mesleki mevzuat ile ilgili yasama faaliyeti sırasında, yasama organı ile olan ilişkileri yoğunluk kazanmalıdır.⁵⁶ Oysa kamuoyunda “çoklu baro düzenlemesi” şeklinde ifade edilen, 15.07.2020 tarihinde resmi gazetede yayımlanan ve beş binden fazla avukat bulunan illerde asgari iki bin avukatla bir baro kurulabilmesi⁵⁷; Türkiye Barolar Birliği genel

⁵² AYM., T. 15.10.2009, E. 2007/16, K. 2009/147, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 22.10.2020.

⁵³ EREM, Faruk, “Hakim – Avukat İlişkisi”, *Ankara Barosu Dergisi*, (1986, S: 1), s. 22, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1986-1/3.pdf>, Erişim tarihi: 22.10.2020.

⁵⁴ “Bilgi ve deneyimlerini öncelikle adalet hizmetine vererek, adalete ve hakkaniyete uygun çözümler için hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargı organlarıyla yetkili kurul ve kurumlara yardımcı görev bilen avukatın, hukuk devletinin yargı düzeni içindeki yeri özellik taşımaktadır. Adaletin sav, savunma ve yargı öğelerinden savunma bölümünün temsilcisi, başlıca görevlisi olan avukatın hem temsil ettiği kişiler, hem de önlerinde görev yaptığı hâkim, savcı ve yetkili öbür kurul ve kurumlarca inan, güven ve saygı ile karşılanması gerekir.” AYM., T. 23.06.1989, E. 1988/50, K. 1989/27, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 22.10.2020.

⁵⁵ AYM., T. 01.03.1985, E. 1984/12, K. 1985/6, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 27.10.2020.

⁵⁶ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 105.

⁵⁷ “Dernek, vakıf, sendika özel hukuk tüzel kişileridir; buna karşılık, barolar, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kamu tüzel kişisidir...

...hukukun üstünlüğünü savunmakla yükümlü olan bir meslek örgütünün statüsünü Anayasa madde 2'den itibaren Anayasa bütününe teşmil edildiği için bütününde okumamız gerekir fakat ben özellikle doğrudan ilişkili olan maddelerle sınırlı kalacağım. Barolar nerede yer alıyor? Sav, savunma, hüküm üçlüsünde yer alıyor. Şimdi, savunma, orta yani adil yargılanma hakkının tecelli etmesi için öngörülen anayasal kurumların üçlüsünün, sacayağının belkemiği. Şimdi, siz Anayasa'da hâkimler ve savcılar tarafsız olsun diyorsunuz, bağımsız olsun diyorsunuz; avukatlar ise kendi kurumsal statülerinden çıkarılsın ve örgütlenme biçimine göre siyasallaşabilsin ve onların bağımsızlığı veya tarafsızlığı yerine tarafgir bir ortaklık örgütlenmesi olsun istiyorsunuz. Bu açıdan baktığımız zaman, Anayasa'nın hem 9'uncu maddesine hem mahkemelerin bağımsızlığını öngören 138'inci maddesine ama aynı zamanda Anayasa'nın adil yargılanma hakkını düzenleyen 36'ncı maddesine de aykırılık teşkil etmektedir...

kurulu için barolarca seçilecek delegelerin sayılarının belirlenmesi usulünün değiştirilmesi gibi avukatları yakından ilgilendiren 7249 sayılı Avukatlık Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun⁵⁸ komisyon görüşmelerine baro başkanlarının katılma talepleri ve bu konuda milletvekilleri tarafından verilen önergeler Adalet Komisyonu tarafından kabul edilmemiştir.⁵⁹ Kanunun, Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile muhalefet partisi milletvekilleri tarafından Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmıştır.⁶⁰ Anayasa Mahkemesi, yürürlüğün durdurulması talebini reddettiğinden kanun yürürlüğe girmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin esas denetimi sonucunda da çoklu baro düzenlemesine ilişkin iptal talebi reddedilmiştir.⁶¹

Aynı konuda ve aynı mekânda tek kamu tüzel kişiliği ilkesi geçerlidir, birden çok kamu tüzel kişiliği kurulamaz çünkü onun kullandığı yetki kamusal bir yetkidir; kamusal yetkinin tekelliği veya tekelciliği söz konusudur. Bu açıdan ciddi bir sorunla karşı karşıya bulunuyoruz ama bunun ötesinde... Birinci sınıftan itibaren hukukun genel ilkeleri ereğinde yetiştirdiğimiz öğrencileri, hukuk fakültesini bitirdikten sonra staj yapma aşamasından itibaren farklı barolara bölmek, esasen, işi daha, baştan siyasallaştırmak anlamına geliyor.” [KABOĞLU, İbrahim Özden, “TBMM Adalet Komisyonu görüşmeleri”, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Tutanak Dergisi, (Dönem: 27, Yasama Yılı:3, Toplantı:6, 02.07.2020), s. 70, <https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2560>, Erişim Tarihi: 13.08.2020].

⁵⁸ <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/07/20200715-1.htm>>, Erişim tarihi: 13.08.2020.

⁵⁹ Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Tutanak Dergisi, (Dönem: 27, Yasama Yılı:3, Toplantı:6, 02.07.2020), s. 22. 51, 59-60, 63-64, 71-73.

⁶⁰ <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/7249s-K-AYMiptalDavasiDilekcesi.pdf>>.Erişim tarihi: 21.08.2020.

⁶¹ AYM., T. 1/10/2020, E. 2020/60, K. 2020/54 sayılı kararının çoklu baro düzenlemesine ilişkin iptal talebinin reddi gerekçesi şöyledir:

“30. Dava konusu kurallarda, aynı ilde birden fazla baronun kurulabilmesi için gerekli olan avukat sayısı belirlenmiş, baronun kuruluşuna yönelik usul ve esaslar ayrıntılı bir şekilde düzenlenerek aynı ilde birden fazla baronun kuruluşuna ilişkin temel hususlar kanunla belirlenmiştir. Dolayısıyla aynı ilde birden fazla baro, ancak Kanun'da belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumunda mümkün olup baroların kuruluşunun avukatların iradesine bırakılması söz konusu değildir. Bu nedenle aynı ilde birden fazla baronun kurulmasına yönelik düzenlemelerin, meslek kuruluşlarının kanunla kurulacağına yönelik anayasal ilkeye aykırı olduğu da değerlendirilemez.

33. Kuralların yer aldığı Kanun'a konu teklifin komisyon görüşmeleri sırasında dile getirilen görüşlerde özellikle İstanbul, Ankara ve İzmir gibi illerde barolara kayıtlı avukat sayısının; aynı baroya kayıtlı avukatların iletişim kurmasını, mesleki dayanışmasını, stajyer avukatların ve mesleğin başındaki avukatların gerekli eğitimleri almasını ciddi anlamda aksatacak boyutlara ulaştığı, avukat sayısının çok fazla olmasından kaynaklı bu tür sorunların çözülmesi, avukatlık hukukuna ilişkin iş ve işlemlerin yürütülmesinde yaşanan gecikmelerin ortadan kaldırılması ve baro hizmetlerinin daha sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi amacıyla beş binden fazla avukat bulunan illerde asgari iki bin avukatla yeni bir baronun kurulabilmesine imkân tanıdığı ifade edilmiştir. Bu yönüyle kuralın kamu yararı dışında başka bir amaç güttüğü söylenemez.

34. Aynı ilde birden fazla baronun kurulmasının; baroların ideolojik, etnik ve siyasi temelli ayrışmalarına neden olacağı, bu durumun farklı çatışmalara zemin hazırlayabileceği, baroların hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını koruma görevini işlevsiz hâle getireceği ileri sürülmekte ise de belirtilen hususlar yerindelik kapsamında olup anayasal denetimin konusu dışında kalmaktadır.

35. Avukatlar hakkında uygulanacak disiplin işlem ve cezaları 1136 sayılı Kanun'un 134. ila 162. maddelerinde düzenlenmekte olup anılan maddeler avukat hakkında yapılacak disiplin işlemlerinde tüm barolar tarafından uygulanması zorunlu olan ortak hükümler niteliğindedir. Aynı ilde birden fazla baronun kurulması durumunda her bir baro, üyesi olan avukat hakkında 1136 sayılı Kanun hükümleri uyarınca disiplin işlem ve cezalarını uygulamakla yükümlüdür. Kanun'un 157. maddesinin birinci fıkrasında, disiplin kurulu kararlarına karşı, Cumhuriyet Savcısı ve ilgililere, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde TBB Disiplin Kuruluna itiraz edebilme imkânı da tanınmıştır. Dolayısıyla avukatlar hakkında uygulanacak disiplin cezaları bakımından nihai karar merci TBB Disiplin Kuruludur. Bu nedenle aynı ilde birden fazla baronun kurulmasının meslek disiplini bakımından farklı uygulamalara sebebiyet vermesi söz konusu değildir.

36. Kurallarda, sadece birden fazla baronun kurulması öngörülmekte olup baroların siyasi faaliyette bulunabileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Baroların tamamı Anayasa'da ve 1136 sayılı Kanun'da yer alan hak ve yükümlülüklerle tabidir. Anayasa'nın 135. maddesinin üçüncü fıkrasında meslek kuruluşlarının kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunamayacağı belirtilmiş, dördüncü fıkrasında meslek kuruluşlarının organlarının seçimlerinde siyasi partilerin aday gösteremeyeceği ifade edilmiştir. Anılan maddenin altıncı fıkrasında da amaçları dışında faaliyet gösteren meslek kuruluşlarının sorumlu organlarının görevine mahkeme kararıyla son verileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla baroların Anayasa ve Kanun'da belirtilen amaçları dışında faaliyette bulunmalarını engelleyecek hukuki tedbirlere yer verilmiştir. Bir ya da birden çok baronun kurulmuş olması bu durumu değiştirmemektedir. Kuralların savunma mesleğini siyasallaştıracağı yönündeki iddia ise uygulamaya yönelik bir sorun olup anayasallık denetiminin kapsamı dışında kalmaktadır.

37. Bu itibarla aynı ilde birden fazla baronun kurulmasına imkân tanıyan kurallar kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup kuralların Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.” <anayasa.gov.tr>, Erişim tarihi: 27.05.2021.

KARŞI OY gerekçelerinden biri ise şu şekildedir:

“Anayasa'nın 135. maddesinin birinci fıkrasında “Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları... kanunla kurulan... tüzel kişiliklerdir.” hükmü kapsamında baroların ve üst kuruluşu niteliğindeki kuruluşların ancak KANUNLA KURULABİLECEĞİNİ, bu nedenle dava konusu “çoklu baro düzenlemesine ilişkin” kuralların Anayasa'ya aykırı olduğunu ve iptali gerektiğini düşünüyorum. Mahkememizin kamu tüzelkişiliğinin ancak kanunla kurulabileceğini kabul ettiği kararlarında önceki sistemden farklı olarak; “kamu tüzelkişiliğinin, başka bir merci ya da makama kanunla yetki verilmesi suretiyle kurulamayacağı.” ilkesi benimsenmiştir. (AYM, E. 2018/104, K. 2020/39, § 261). Önceki sistemde kamu tüzelkişiliği ancak kanunla ya da kanunun açıkça verdiği yetkiye istinaden kurulabilmekteydi. Ancak Anayasa değişikliği sonrası oluşan yeni sistemde kamu tüzelkişiliği, kanunun yetki vermesi şartı aranmaksızın doğrudan kanunla kurulabilecektir. Anayasa'da, Kamu tüzelkişiliklerinin kurulması konusunda yetki devri yapılabileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Dava konusu kurallar kanun niteliğinde olmakla beraber doğrudan baro kurmamakta, bir ilde birden fazla baronun nasıl kurulacağını, nasıl tüzel kişilik kazanacağını ya da kaybedeceğini usullerini belirlemektedir. Bir ilde şartların oluşması halinde baro kurma yetkisi kanunla kurucular kuruluna verilmektedir ki bu durum kamu tüzelkişiliğinin kanunla kurulması gerektiğine ilişkin Anayasa'nın amir hükmüne açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Öte yandan Anayasa'daki düzenleniş itibarıyla kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, meslek mensuplarının müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini rahatça icra edebilmelerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlerine uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halkla olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplin ve ahlakını korumak maksadıyla kurulmaktadır. Bu kuruluşların bir “meslek kuruluşu” olarak o meslek erbabının meslek standardını oluşturmak biçiminde bir görevi bulunmaktadır. Bu kurumların oluşturulmasında esas alınan öge meslek olup ideolojik, siyasi, vb. düşüncelerle bu kurumların teşkilatlanması, çoklu baro kurulması imkânı verilerek bu tür oluşumlara zemin hazırlanması Anayasa'nın ruhuna ve amacına uygun düşmemektedir.

Baroların işlevlerinden birisi de kamu makamları nezdinde mesleği temsil etmektir. (Prof. Dr. Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt I, Ekin Yayınları, 2003. S.499) Aynı bölgede birden fazla kurumun bulunması ve her bir kurumun farklı farklı ve birbirleriyle çelişebilecek taleplerinin olması ihtimali mesleğe dair ihtiyaçlarla ilgili kamu makamlarıyla yapılacak çalışmalarda sorunlara yol açabilecektir. Yine Sayın GÖZLER'in belirttiği gibi bu kurumların işlevi düzenleme yetkisidir. (a.g.e., s.499) Aynı bölgede birden fazla meslek kuruluşu bulunması halinde bunların kamu tüzelkişiliğine bağlı olarak yönetmelik çıkarma ve meslek kuralları belirleme gibi yetkilere sahip olmaları dikkate alındığında, aynı yörede aynı konuyla ilgili farklı, birbiriyle çelişen düzenleyici işlemler yapılmasına

3. Avukatın Baroya Karşı Bağımsızlığı

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 76'ncı maddesinin 1'ici fıkrasına göre, *“Barolar; avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlâkını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmaları yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır.”*

Kuruluş, yetki ve görevleri kanunla belirlenen baroların savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuran düzenlemeler yapamayacakları gibi, avukatlarla olan ilişkisi de ast-üst, emir-talimat esasına dayalı değildir.⁶² Barolar, avukatların ne şekilde savunma yapacaklarına müdahale edemezler ve avukatları herhangi bir davada savunma yapmamaya zorlayamazlar. Avukatın savunma yaparken baronun yaptırımı ile karşılaşmaktan korkmaması gerekir. Aksi durum, avukatların bağımsızlığını ortadan kaldıracığı gibi bireylerin savunma hakkının ihlaline de sebep olacaktır.⁶³

neden olunabileceği gibi mesleki anlamda ortak standartların oluşması konusunda sorunlar ortaya çıkabilecektir. Baroların önemli yetkilerinden birisi de mesleğe kabul ve mesleğin ifasına ilişkin yetkililerdir. Baroların ilgili kurulları mesleğe kabul ve meslekten ihraç kararları verebilmektedir. Bu konuda aynı ildeki baro kurullarının birbirlerinden farklı, birbirlerine zıt, aykırı kararlar alma ihtimali ortaya çıkacaktır. Sayın GÖZLER, bu kuruluşların disiplin yetkisine dikkat çekmektedir. (a.g.e. s.499) Aynı ildeki farklı barolar arasındaki rekabet, üyeleri arasında ideolojik, etnik, siyasi dayanışma, daha fazla üye sahibi olma, mevcut üye sayısını koruma gibi kaygılarla disiplin hükümlerinin uygulanmamasına ya da farklı uygulanmasına yol açabilecektir.

Sonuç olarak aynı meslek mensuplarının dünya görüşü farklılıkları nedeniyle dernekler vb. sivil toplum örgütleri çatısı altında bir araya gelmesinde Anayasal bir engel bulunmamaktadır. Bu imkanlara rağmen aynı yetki alanında faaliyet göstermesi öngörülen, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları arasında her türlü görüş farklılıkları üzerinden bir çoğullaşmaya gidilmesi bu kurumların Anayasa ile belirlenen amaçlarıyla aykırı sonuçlar doğmasına neden olabilecektir. Siyasi, ideolojik, etnik vb. farklılıklar üzerinden oluşması ihtimali bulunan farklı örgütlenmelere izin verilmesi mesleğin icra ve ifası, meslek etiği, mesleki disiplin ve neticeten mesleğin toplumsal menfaatlere uygun olarak yerine getirilmesi hususlarında ciddi sorunlar doğurabileceği endişesiyle çoklu baro olarak ifade olunan baroların bölünmesi sonucunu doğuracak kuralları Anayasa'nın 2., 128. ve 135. maddelerine aykırı gördüğümünden çoğunluk görüşüne katılmadım.” <anayasa.gov.tr>, Erişim tarihi: 27.05.2021.

⁶² HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Genel Çizgileri ile Savunma Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, (1994, S:1), s. 23, < <http://www.ankarabarusu.org.tr/site/ankarabarusu/tekmakale/1994-1/3.pdf>>, Erişim tarihi: 28.08.2020.

⁶³ ÖZTEKİN, Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Genel Kısım*, (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1971), s. 397-398.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, Anayasa'nın "Cumhuriyetin Temel Organları" başlıklı üçüncü kısmının, "Yürütme" başlığını taşıyan ikinci bölümünde, "İdare" başlığı altında yer alan 135'inci maddesinde düzenlenmiş olmasından hareket ile avukatların baroya karşı olan bağımsızlığının yürütme organına karşı bağımsızlığı kapsamında düşünülebileceği öne sürülmektedir.⁶⁴ Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan barolar, devlet kuruluşu olup, devletin idari yapılanmasında Adalet Bakanlığı bünyesinde yer almaktadır. Ancak hukuk devletinin vazgeçilmez unsuru olan bağımsız savunmayı temin ile görevli baroların, yürütmenin hiyerarşik yönetim ve denetimine tabi olmaması gerekir. Adalet Bakanlığı ve barolar arasındaki ilişki savunmanın bağımsızlığına gölge düşürmemelidir. Avukatlık Kanunu'nun 77'nci maddesinin 7'nci fıkrası ile Adalet Bakanlığı, baro organlarının işlemlerinin onay mercii olarak kabul edilmiş ve böylece baro organlarının işlemlerinin geçerlilik kazanması için Adalet Bakanlığı'nın onayı gerekli kılınmıştır. Oysa kamu tüzel kişiliği olan barolar fiil ehliyetine de sahip olduklarından, baro organlarının işlemlerinin tamamlanması için başka bir mercinin onayı aranmamalıdır. Adalet Bakanlığına tanınan bu yetkinin baro organlarının işlemlerini yürürlüğe koymak ile sınırlandırılması gerekir. Zira bu sınırı aşan yetki baroların bağımsızlığı ile bağdaşmamaktadır.⁶⁵

4. Avukatın Müvekkiline Karşı Bağımsızlığı

Avukat her ne kadar müvekkilin talimatı bağlı ise de, avukatın mesleki yükümlülükleri⁶⁶ bu bağılılığı sınırlamaktadır. Avukat, mesleki yükümlülüklerinin ihlaline sebebiyet verecek müvekkil talimatlarını yerine getirmek zorunda değildir. Müvekkilinin haklarını savunurken, mesleki bağımsızlığını koruyan avukat, yargının

⁶⁴ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 86-87.

⁶⁵ HAFIZOĞULLARI, s.24, 36-37.

⁶⁶ Avrupa'da Avukatların Tabi Olduğu Meslek Kuralları - Madde 2.1.1: "Bir avukatın yapmak durumunda olduğu birçok görevi, kendi kişisel çıkarları ve dış baskılardan kaynaklananlar başta olmak üzere, onun her türlü etkiden arınmış mutlak bağımsızlığını gerektirir. Bu bağımsızlık, adaletin gerçekleşmesine duyulan güven açısından bir yargıcın tarafsızlığı kadar gereklidir. Bu yüzden, bir avukat bağımsızlığının zedelenmesinden kaçınmakla ve ne müvekkilini ne mahkemeyi ne de üçüncü şahısları memnun etmek kaygısı ile meslek ilkelerinden ödün vermemekle yükümlüdür."

Madde 2.1.2: "Bu bağımsızlık, davalar kadar hasımsız işlerde de gereklidir. Bir avukatın, bir müvekkiline; yalnızca ona kendini beğendirmek niyetiyle kendi kişisel çıkarlarına hizmet etmek üzere veya dış baskılarla verdiği danışmanlık hizmetinin hiçbir değeri yoktur." <https://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/CCBE_avukatlik_meslek_kurallari.pdf>, s.21-22. Erişim tarihi: 05.01.2020.

kurucu unsuru olmayı başarabilir.⁶⁷ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 23.11.1970 tarih ve 2497/8629 sayılı kararı ile avukatın müvekkili karşısındaki bağımsızlığı, “Avukat, müvekkilinin her isteğini sınırsız biçimde yerine getirmek şöyle dursun, hukuk konusundaki bilgi ve deneyimlerini yasalar ve adalet yararına kullanma ödeviyle bağlı ve yükümlüdür ve avukatlık ödevi bir kamu hizmetidir.”⁶⁸ şeklinde açıklanmıştır.

Avukatın teklif edilen işi kabul edip etmemekte özgür olması, vekâlet ilişkisinden her zaman çekilebilmesi, haksız olduğuna inandığı işleri üstlenmek durumunda kalmamasını sağlamakta,⁶⁹ böylece avukatlık mesleği ve adalete olan güvenin korunması sağlanmaktadır.⁷⁰

5. Avukatın Toplum ve Basına Karşı Bağımsızlığı

Avukatın görevini yaparken toplumun ve basının etkisinden korunması gerekmektedir.⁷¹ Zira basında çıkan haberler, müdafinin toplumun tepkisi ve düşmanlığı ile karşılaşmasına sebep olabilecektir. Bu durum müdafinin yapacağı savunmayı etkileyebilecek hatta sanığın savunmasını üstlenmekten vazgeçmesine sebebiyet verebilecektir.⁷² Yargının kurucu unsuru olan müdafinin görevini yapamaması, mahkemelerin adil karar verememesi sonucunu doğuracağından,

⁶⁷ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 121-124,127.

⁶⁸ Aktaran EREM Faruk, “Meslek Kuralları (Şerh)”, s. 35.

⁶⁹ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 127.

⁷⁰ “...avukatlar hukukî bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine tahsis, tarafların hukukî münasebetlerinden veya karşılıklı menfaatlerinden doğan anlaşmazlıkların hakka uygun olarak çözümlenmesine aracılık ve genellikle mahkemelerle diğer resmî mercilere kanunun tam olarak uygulanması konusunda yardım etmektedir. Bu sebeptendir ki kanun, avukatlara, mesleğin vakar ve haysiyeti ile bağdaşmayan her türlü davranışlardan sakınmak; görev ve yetkilerini adalet icaplarına uygun olarak yapmak ve kullanmak, yolsuz ve haksız gördükleri teklifleri red etmek, aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya oy vermiş yahut daha önce aynı işe hâkim, hakem, savcı veya memur sıfatı ile bakmış ise dâvayı kabul etmemek gibi birçok zorunluklar yüklemiş ve görevin gereği olan bir takım ayrıcalıklar sağlamış ve onları geçici olan işten çıkarmaya veya temelli olan meslekten çıkarmaya kadar varan çeşitli disiplin cezaları koymuştur. Bütün bu zorunluk ve ayrıcalıkların amacı, adalet hizmetinin her türlü yanlış anlayış ve kuşkulara yer verilmeden yürütülmesini ve genel güveni sağlamaktır.” AYM.,T. 04.02.1964, E.1963/161, K. 1964/11, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1964/11?EsasNo=1963%2F161>>, Erişim tarihi: 30.08.2020.

⁷¹ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 136.

⁷² CENTEL BAŞAR, Nur, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1984), s. 62.

Anayasa'nın 28'inci maddesinde yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilebilmesi için basın özgürlüğünün, kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Ceza yargılamasında, müdafinin duruşma esnasında dinleyicilerin baskısından korunması için mahkeme başkanı, disiplini bozan kişileri dışarı çıkarabilir. Toplumun müdahalesine karşı, kamu güvenliğinin korunması amacı ile duruşmaların gizli yapılması da, müdafinin üçüncü kişilere karşı bağımsızlığını sağlamaktadır. Avukatların görev suçları sebebi ile yapılacak soruşturma ve kovuşturmanın Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlanmasına ilişkin düzenleme, avukatların üçüncü kişilerin iftiralarına karşı kalkan oluşturmakta ve dolayısıyla ve mesleki bağımsızlığın da korunmasını sağlamaktadır.⁷³

6. İddia ve Savunma Dokunulmazlığı

Doktrinde “yargılama dokunulmazlığı⁷⁴”, “müdafaa masuniyeti⁷⁵”, “savunma bağımsızlığı⁷⁶” şeklinde isimlendirilmekte olan bu müessese, savunma yapan kişilerin, mahkemeler veya idari makamlar önünde, savunma hakkının kullanılması sırasındaki yazılı ve/veya sözlü ifadelerinden dolayı ceza kovuşturması ile karşılaşma baskısı altında kalmamaları amacı ile getirilmiş olup,⁷⁷ avukatın bağımsızlığının en önemli görünümlerinden biridir.⁷⁸ Bu dokunulmazlığın sağladığı koruma sayesinde taraflar yargılama faaliyeti sırasında, cezalandırılma korkusu olmadan gerek yazılı gerek sözlü olarak iddialarını öne sürebilmekte ve savunma yapılabilmektedirler. Cezalandırılma endişesi savunmanın yapılamaması, yargılama sonucunda gerçeğin ortaya çıkarılamamasına ve dolayısıyla adaletin sağlanamamasına sebep olur.⁷⁹

⁷³ YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), s. 190-191.

⁷⁴ DÖNMEZER, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, (İstanbul: Beta Basım, 1995), s. 265.

⁷⁵ ALABAY, A. Rifat, “Müdafaa Masuniyeti”, *Adliye Ceridesi*, (1938, S:11), s. 1722, <<https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/arsiv/adliyeceridesi/1938/s11-1938-sene29-sayfa236-cilt2.pdf>>, Erişim tarihi:03.09.2020.

⁷⁶ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 211.

⁷⁷ TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Mustafa, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), s. 626; DÖNMEZER, s. 265; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 211.

⁷⁸ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s.138.

⁷⁹ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 138; ÖZEN, Muharrem, “Savunma Dokunulmazlığı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (Temmuz 1992, C:4, S: 3), s. 416, < <http://tbddergisi.barobirlik.org.tr/m1992->

İddia ve savunma dokunulmazlığı, hak arama hürriyeti (AY. m.36) ve dilekçe hakkının (AY.m.74) sonucu olarak TCK'da düzenlenmiştir.⁸⁰ TCK'nın 128'inci maddesinin, “*Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekir.*” şeklindeki düzenlemesi ile savunma dokunulmazlığının koşulları belirlenmiştir. Maddede belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumunda, hukuka uygunluk sebebi ile suç oluşmaz.⁸¹ Bu hukuka uygunluk sebebinin dayanağı adaletin yerine getirilmesi ise de, savunma dokunulmazlığının kullanılması sureti ile kişilere hakaret edilmesini kanunun himaye edeceği savunulamaz. Bu nedenle TCK'nın 128'inci maddesinde düzenlenen hukuka uygunluk sebebinden yararlanmak için maddede belirtilen şartlara uyulması gereklidir.⁸²

İddia ve savunma kapsamında yapılan hakaretlerin başvuru ya da uyumsuzlukla bağlantılı olması lazımdır. Bu durum yöneltilen hakaret ile başvuru ya da iddia ve savunma arasında zorunluluk bulunması anlamına gelmemektedir.⁸³ Kimi yazarlara göre, burada mantıksal bir bağlantı aranmakta, kullanılan ifadelerin

19923-987>, Erişim tarihi: 13.03.2021; ERİŞ, Uğur, “Savunma Dokunulmazlığı Zorunluluğu, Hukuksal Niteliği”, *Ankara Barosu Dergisi*, (1978, S:6), s. 939-940; <<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1978-6/3.pdf>>, Erişim tarihi:13.03.2021.

⁸⁰ KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), s. 484; EREM'e göre, “savunma hakkı başka bir hak içinde düşünülemeyecek kadar sınırsızdır.” [EREM, Faruk, “Anayasa ve Savunma Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, (1963, S:2), s. 183, < <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1944-2010/Dergiler/AnkaraBarosuDergisi/1963-2.pdf>>, Erişim tarihi: 13.03.2021].

⁸¹ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 626, DÖNMEZER, s. 269; HAKERİ, “*bu hukuka uygunluk sebebinin, TCK m.26/1 gereğince hakkın kullanılması olarak da kabul edilebileceğini*” ifade etmektedir. [HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi,2019), s. 353-354].

⁸² DÖNMEZER, s. 265; ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, Ahmet Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2010), s. 393; HAKERİ, s. 353-354.

⁸³ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 628; ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar, “*Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*”, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), s. 522-523; KOCA/ÜZÜLMEZ, “*Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*”, s. 485.

başvuru veya iddia ve savunma için yararlı olması ve katkı sağlaması yeterlidir.⁸⁴ TCK'nın 128'inci maddesini daha geniş yorumlayan kimi yazarlar ise, somut isnat veya olumsuz değerlendirmelerin uyuşmazlıkla ilgisi olması gerektiğini ifade etmekte, ancak bu isnat ve değerlendirmelerin uyuşmazlığın çözümü için faydalı olmasının gerekli olmadığını savunmaktadır.⁸⁵ Yargıtay eski tarihli kararlarında, hakaret içerikli ifadelerin hukuka uygun sayılabilmesi için savunma konusu ile mantıksal olarak bağlantılı bulunması koşulunun yanı sıra savunmaya katkı sağlaması gerektiğini de belirtmekteydi.⁸⁶ Yakın tarihli kararlarında ise Yargıtay'ın “*yararlılık*” koşulunu uygulamaktan vazgeçerek, savunma dokunulmazlığını daha geniş yorumladığı görülmektedir.⁸⁷ İddia ve savunma kapsamında dile getirilen somut isnat ve değerlendirmelerin, uyuşmazlık ile bağlantılı olması gerektiği, ancak

⁸⁴ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 628-629; ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAĞSIZ, “*Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*” s. 522-523.

⁸⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, “*Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*”, s.485; YENİDÜNYA, Ahmet Caner/ ALŞAHİN, Mehmet Emin, “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (Ocak-Şubat 2007, S: 68), s.67, < <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-68-286>>, Erişim tarihi: 16.03.2021.

⁸⁶ “İddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılması esastır. Bir davada tarafların yargı mercileri önünde iddia ve savunmalarını hiçbir endişeye kapılmadan serbestçe yapmaları gerekir. Ancak bu serbesti, dava konusu olayın aydınlığa kavuşmasına, bir başka anlatımla, hakkın meydana çıkmasına vesile olması amacına hizmet etmelidir. Böyle olduğu takdirde Anayasanın öngördüğü meşru vasıta ve yollarla başvurulmuş olur. Ancak, o dava sebebiyle söylenmesinde ve yazılmasında yarar bulunmayan, yani davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkın meydana çıkarılmasında hiçbir olumlu etkisi olmayan hakaret oluşturan yazı ve sözlerin sarfedilmiş bulunmasında meşruluğun varlığı kabul edilemez. Bu gibi durumlarda iddia ve savunma sınırı aşılmış ve dolayısıyla haysiyetler korunmamış olur.

Anayasadaki bu düzenlemeye koşut olarak, TCK'nın 128. maddesinde “Yargı mercileri veya idarî 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 vakıalara dayanması ve uyuşmazlıkla bağlantılı olması gerekir.” hükmü yer almaktadır. Bu durumda, iddia ve savunma sınırı aşıldığı takdirde dokunulmazlık dışına çıkmış olur. Hakaret suçunda savunma sınırının aşılp aşılmadığını saptamak için yazılan yazı ve söylenen sözlerin, savunma konusuyla mantıksal bağlantısını ve savunmaya yararlı bulunmasını takdir etmek gerekir. Somut uyuşmazlıkla bağlantılı olmayan isnatlar gerçek olsa bile iddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilemeyecektir. Ayrıca, somut olaylara dayansa bile, uyuşmazlıkla ilgisi bulunmayan olumsuz değerlendirmeler açısından da iddia ve savunma hakkının kullanılması söz konusu değildir.” Y. 5. CD., T. 23.10.2014, E. 2013/5608, K.2014/10062; Y. 5. CD., T. 23.10.2014, E. 2013/4698, K.2014/10075 <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 06.09.2020.

⁸⁷ “İddia ve savunma kapsamında, kişilerle ilgili olarak bulunulan somut isnatların yapılan olumsuz değerlendirmelerin uyuşmazlıkla ilişkili olması lazımdır ancak, uyuşmazlığın çözümü açısından faydalı olması aranmamalıdır.” Y. 18. CD., T. 14.01.2020, E. 2019/7140, K. 2020/827; Y. 18. CD., T. 20.05.2019, E. 2019/1537, K. 2019/9198; Y. 18. CD., T. 10.01.2019, E. 2018/6643, K. 2019/1089; Y. 18. CD., T. 09.01.2019, E. 2016/17506, K. 2019/625; Y. 18. CD., T. 11.06.2018, E. 2018/3076, K. 2018/9291; Y. 4. CD., T. 31.05.2018, E. 2018/2856, K. 2018/11050; Y. 18. CD., T. 15.01.2018, E. 2016/1922, K. 2018/105; Y. 18. CD., T. 27.02.2017, E. 2016/17927, K. 2017/2147, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 06.09.2020.

uyuşmazlığın çözümü için yararlı olma koşulunu aramayan görüş, savunma hakkını kullanma alanını genişleten bir yaklaşım olduğundan kanaatimizce de yerindedir.

Sonuç olarak mutlaka savunmaya katkı sağlaması gerekmemekle birlikte, TCK'nın 128'inci maddesi gereğince, savunma dokunulmazlığı “*iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde*” ve “*isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması*” koşulu ile uygulanacaktır.⁸⁸ Bununla birlikte, olumsuz değer yargısı içeren ifadelerin somut vakıalarla nasıl temellendirileceği hususu belirsizdir.⁸⁹ Bu sebeple seçimlik hareketlerden sövme nitelikli sözlerin sarf edildiği çoğu durumda savunma dokunulmazlığından yararlanılamaz.⁹⁰ Somut isnat içeren iddialar ispatlanabilirken, değer yargılarının ispatı mümkün değildir. AİHM kararlarında, soyut değer yargısı içeren ifadelerin somut ve yeterli olgusal bir dayanağı olması gerektiği; her ne kadar değer yargıları ispatlanamaz ise de, bu yargıyı destekleyen somut dayanakların ispatının istenebileceği belirtilmektedir.⁹¹

Eski TCK'nın 486'ncı maddesinde düzenlenmiş hali ile savunma dokunulmazlığı, sadece yargı organlarına sunulan dilekçe ve başkaca evrak ile mahkeme önünde iddia ve savunma amacı ile söylenen sözlere ilişkin olarak uygulanabilmekteydi.⁹² TCK'nın 128'inci maddesi ile getirilen düzenleme idari makamlara yapılan başvuruları da dokunulmazlık kapsamına aldığından söz konusu dokunulmazlığın uygulama alanı genişlemiştir.⁹³ Maddede yer alan “*yargı merci*” ifadesi adli, idari, askeri mahkemeler ile tüm yüksek yargı organlarını; “*idari makam*” kavramı ise yürütme bünyesindeki tüm kamu kurumlarını kapsamaktadır.⁹⁴

⁸⁸ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 630; ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAŞIZ, “*Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*”s.523.

⁸⁹ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 630-631.

⁹⁰ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 630-631; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, s. 394.

⁹¹ TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz / ÖNOK, Rifat Murat, *İnsan Hakları El Kitabı*, (Ankara:Seçkin Yayıncılık, 2018) s. 473; ARAİ, Yutaka, “Madde 10: İfade Özgürlüğü”, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, ed. HARRIS, David / O'BOYLE, Micheal / BATES, Ed / BUCKLEY, Carla (Ankara: Şen Matbaa, Avrupa Konseyi, 2013) s. 521.

⁹² DÖNMEZER, s. 266.

⁹³ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s.627-628; YURTCAN, Erdener, “*Yargıtay Kararları Işığında Hakaret Suçları*”, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), s. 218.

⁹⁴ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 627-628.

Taraflardan her birinin savunma ve iddialarını dile getirirken karşı tarafın incinmesine, öfkelenmesine sebebiyet verecek ifadeler kullanmaları mümkün olduğundan, iddia ve savunma dokunulmazlığı tüm yargılamalar sırasında uygulama alanı bulur.⁹⁵ Yasama organına yönelik başvurular için dokunulmazlığın uygulama olanağı bulunmamaktadır.⁹⁶

İddia ve savunma dokunulmazlığının kapsamı ile ilgili olarak doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlara göre, TCK'nın 128'inci maddesi sadece hakaret suçunu kapsamaktadır.⁹⁷ Suç uydurma (TCK m.271), iftira (TCK m.267) suçlarında savunma dokunulmazlığı uygulanmaz.⁹⁸ BAYRAKTAR, iftira suçunun, hakaret suçu gibi kişinin şeref ve haysiyetini sarsıcı nitelik taşıması, ayrıca savunma dokunulmazlığının temelinde kişinin kendi hakkını koruma içgüdüğü olması da dikkate alındığında, savunma dokunulmazlığı kapsamının hakaret suçu ile sınırlandırılmasının ve iftira suçunun bu kapsama alınmamasının çelişkili bir durum oluşturacağını öne sürmektedir. Zira iftira suçu kişinin şeref ve haysiyetini de ihlal ettiğinden hakaret suçu da oluşacağından, savunma dokunulmazlığının sadece hakaret suçu için uygulanması durumunda, aynı eylemin hem hukuka uygun hem de hukuka aykırı kabul edilmesi söz konusu olacaktır. Bu sebeple iftira suçu da savunma dokunulmazlığı kapsamında kabul edilmedi.⁹⁹ HAKERİ de iddia ve savunma dokunulmazlığının, hakaret ve iftira suçları için uygulanacağını, tehdit suçu söz konusu olduğunda uygulanamayacağını belirtmektedir.¹⁰⁰ ÜNVER'e göre, TCK'nın 26'ncı maddesinin 1'inci fıkrasının, "*hakkını kullanan kişiye ceza verilemeyeceği*" şeklindeki hükmü, hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi olarak isimlendirilen durum için pozitif kaynak teşkil etmekte; dayanağı ne olursa olsun,

⁹⁵ AYDIN, Devrim, "Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, (2013, C: 19, S: 2), s. 901, < <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/813305>>, Erişim tarihi: 14.03.2021.

⁹⁶ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 627-628.

⁹⁷ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 626; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 212, DÖNMEZER, s. 266.

⁹⁸ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 626; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 211-212; ÖZEN, "*Savunma Dokunulmazlığı*", s. 432.

⁹⁹ BAYRAKTAR, Köksal, "İftira", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, (1974, C:40, S:1-4), s. 189-190, < <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/96604>>, Erişim tarihi: 14.03.2021.

¹⁰⁰ HAKERİ, s.354.

hukuken hak olarak kabul edilen bir hususa ilişkin alan içinde yapılan davranışın suç oluşturmayacağını genel hüküm olarak düzenlemektedir. TCK'nın 128'inci maddesi ise, 26'ncı maddesinin 1'inci fıkrasındaki genel hükmün, hakaret suçlarına özgü özel bir şekli olduğundan başkaca suçların bu özel düzenlemeye tabi olması mümkün değildir. Ancak TCK'nın 26'ncı maddesinin 1'inci fıkrası alanı içinde kalmak şartı ile eylem iftira suçu da dahil olmak üzere hiçbir suç oluşturmayacaktır.¹⁰¹

İddia ve savunma dokunulmazlığından kimlerin yararlanabileceği hususunda doktrinde görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Kimi yazarlar, TCK'da iddia ve savunma dokunulmazlığından yararlanabilecek kişiler tek tek belirtilerek sınırlama yapılmamış olmasından hareketle, mahkemeler ve idari makamlar önünde talep iletme, ihbarda bulunma, şikayet etme veya açıklamalarda bulunma hakkı doğan her kişinin iddia ve savunma dokunulmazlığından yararlanmasının mümkün olduğunu savunmaktadır.¹⁰² Daha açık bir ifade ile hukuk davalarında davacı ve davalı ile vekilleri; ceza davalarında ise sanık, müdafî, savcı, bilirkişi, tanık¹⁰³ iddia ve savunma dokunulmazlığından yararlanabilirler.¹⁰⁴ Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin T. 06.04.2000, E. 2000/1620, K. 2000/2634 sayılı kararında, *“Mahkemede tanık olarak dinlenenler dava konusu ile ilgili görgü, duygu ve bilgilerini eksiksiz olarak açıklamak yükümlülüğü altındadırlar. Sanığın, yakınının eşi tarafından açılan şiddetli geçimsizlik sebebiyle boşanma davasında tanık olarak dinlenirken davalı kleptomandır, zaman zaman gittiği yerlerden eşyalar çalar, benim evimden de 1981-1982 yıllarında altın çalmıştı, ben çalarken görmedim, eşim görmüş, şikayetçi olmadık diye söylemesinin, boşanma dava dosyasındaki iddia, savunma ve diğer kanıtlarla birlikte değerlendirilerek, yukarıda gösterilen yasal zorunluk çerçevesinde hukuka uygun olup olmadığının tartışılması gerekirken, bu tartışma yapılmadan, anlatımında geçen kleptoman sözüne dayanılarak cezalandırılmasına karar verilmesi*

¹⁰¹ ÜNVER, Yener, “İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK'de Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)”, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), s. 93.

¹⁰² KOCA/ÜZÜLMEZ, “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler”, s. 485.

¹⁰³ DÖNMEZER'e göre savcının dava ile subjektif bir ilgisi olmadığından savcı taraf olamaz. Bilirkişi ve tanıklar da dokunulmazlıktan yararlanamazlar. Ancak görevin yerine getirilmesi hukuka aykırılığı kaldıran bir sebep olduğundan bu görevlilerin, görevlerini ifa ederken kullanmak zorunda kaldıkları ifadeler hakaret sayılmaz. (DÖNMEZER, s. 266).

¹⁰⁴ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 627; SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 139.

hukuka aykırı olduğundan hükmün bozulmasına”¹⁰⁵ şeklindeki kararı tanıkların savunma dokunulmazlığından yararlanabileceği görüşünü desteklemektedir.¹⁰⁶

Doktrindeki bir diğer görüş, TCK’nın 128’inci maddesinin başlığında iddia ve savunma dokunulmazlığı ifadesine yer verilmiş olması sebebi ile dokunulmazlığın kapsamına savcının da dahil edildiğini öne sürmektedir.¹⁰⁷ İddia ve savunma faaliyetinde bulunmamaları sebebi ile tanık ve bilirkişilerin iddia ve savunma dokunulmazlığından yararlanmalarının mümkün olmadığını¹⁰⁸ savunan bu yazarlara göre, bilirkişi ve tanıklar kanun hükmünü icra hukuka uygunluk sebebinden yararlanmaktadırlar.¹⁰⁹

Davayı izleyen dinleyiciler de dahil olmak üzere dava ile ilgisi olmayan üçüncü şahıslar için TCK’nın 128’inci maddesindeki dokunulmazlık uygulanmaz.¹¹⁰

Savunma dokunulmazlığı, sözlü veya yazılı ifadelerin, mahkemeler veya idari makamlara yöneltildiği zamana ilişkindir. İfadenin yöneltilmesinden önceki zaman için dokunulmazlık söz konusu olmaz. Sonrasında yapılan tekrarlar ve hakaretler de dokunulmazlıktan faydalanamaz.¹¹¹

¹⁰⁵ <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 15.03.2021.

¹⁰⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler”, s. 485.

¹⁰⁷ ÖZBEK/ DOĞAN / BACAŞIZ, Pınar, “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler”, s. 521.

¹⁰⁸ AYDIN, s. 902; ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAŞIZ, “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler”, s. 521.

¹⁰⁹ ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAŞIZ, “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler”, s. 521.

¹¹⁰ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 627; “Dokunulmazlıktan kural olarak davanın tarafları yararlanabilirler. İddia ve savunmada bulunabilecekler, ceza ve medeni yargı ile idari yargı usul yasalarına göre yetkili kimselerdir.” Y. 4. CD., T. 22.10.2018, E. 2014/25990, K.2018/17859, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 06.09.2020.

¹¹¹ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 628; DÖNMEZER, s. 268.

“Dokunulmazlıktan söz edilebilmesi için, yazılı veya sözlü başvurunun, iddia ve savunmaların yargı mercileri veya idari makamlarda işlem yapılırken gerçekleşmesi gerekir. Bir başka deyişle; yargı organları veya idari makamlar nezdindeki talepler veya taleplere karşı diyeceklerin söylenebildiği aşamadaki fiiller dokunulmazlık kapsamındadır. Bunun dışındaki aşamalarda gerçekleşen fiillerden dolayı dokunulmazlıktan söz edilemez.

Bu açıklamalar ışığında somut olay irdelendiğinde; sanığın, önceye dayalı anlaşmazlık yaşadığı, ancak aralarında görülmekte olan dava yahut bir idari kurum nezdinde çözülmesi gereken mesele bulunmayan katılanın cep telefonuna, “konuşacaklarını bana değil savcılığa anlat ben de bildiklerimi anlatırım, adalete güven” ve “kızıma ve ailemin başına getirdiğin felaketin hesabını adalet önünde vereceğini bilersin” biçiminde mesajlar göndermesini konu alan eyleminde, TCK’nın 128. maddesinin uygulanma olanağı bulunmadığı...” Y. 4. CD., T. 22.10.2018, E. 2014/25990, K.2018/17859, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 06.09.2020.

C. Avukatlığın Kamu Hizmeti Niteliği

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1'inci maddesinde, avukatlığın kamu hizmeti ve serbest meslek olduğu belirtilmiştir. Kanunun bu açık ifadesine rağmen kimi hukukçular avukatlığın kamu hizmeti niteliğinin olmadığını belirtmekte, kanun koyucunun bu tanımlamasını yanlış örnekler arasında göstermektedirler.¹¹² Bu sebeple, avukatlığın bir kamu hizmeti olup olmadığı meselesinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Bu doğrultuda, bu başlık altında öncelikle kamu hizmeti kavramının tanımlanmasına, kamu hizmetini açıklamak için kullanılan ölçütlere, yaşam koşulları değiştikçe kamu hizmeti ile ilgili tanımlamaların nasıl değiştiği hususlarına yer verilecek, ardından avukatlığın kamu hizmeti olup olmadığı hususu, bu açıklamalar ışığında irdelenmeye çalışılacaktır.

1. Kamu Hizmeti Kavramı

Kamu hizmetinin, Anayasa, kanun ve yargı kararları ile yapılmış genel bir tanımı bulunmamaktadır. Birinci Dünya Savaşı'ndan önce, yani liberal dönemde, kamu hizmeti kavramının organik, maddi ve şekli açılardan tanımlanması yapılmaktaydı. Organik açıdan kamu hizmeti, bir işin yapılması için kamu tüzel kişisince görevlendirilmiş kişi ve araçlar bütünü olarak tanımlanmıştır. Maddi açıdan yapılan tanımlamada ise çalışmayı yapan kişi ve/veya kurumların nitelikleri önemli olmayıp, sadece yapılan işin niteliğine, kamu yararı sağlayıp sağlamadığına bakılmaktadır. Şekli olarak yapılan değerlendirmeye göre ise bir çalışmanın kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için kamu hizmetleri hukuki rejimine, başka bir deyişle kamusal idare usullerine bağlı olması gerekmektedir.¹¹³ Liberal anlayışta, kamu hizmetleri bu ölçütlerden yararlanarak, idare tarafından, kamu yararına yönelik

¹¹² DURAN, Lutfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982), s. 308; ADAY, s. 37-38. GÜLAN, bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilebilmesi için kanun koyucunun bu yöndeki iradesinin tek başına yeterli olmadığını, bu iradenin başka kriterlerle de desteklenmesi gerektiğini, aksi halde kabul görmeyeceğini ifade etmekte ve avukatlığın kamu hizmeti olduğu yönündeki düzenlemeyi bu duruma örnek olarak göstermektedir. [GÜLAN, Aydın, "Kamu Hizmeti Kavramı", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, (C:9, S:1-3, 1988), s. 154, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/13705>>. Erişim Tarihi: 20.03.2021].

¹¹³ DURAN, s. 302-303; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut, *İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt: I*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), s. 552-555; GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, (Ankara: İmaj Kitabevi, 2017), s. 330-331.

olarak, kamusal idare usulleri ile yürütülen faaliyetler şeklinde tanımlanmaktaydı.¹¹⁴ Bu tanımlamanın yapılabilmesi, liberal dönemde devletin faaliyet alanının, savunma, kolluk faaliyetleri ile birlikte, kişilerin gerek kendileri için fayda sağlamayan, gerekse güçleri el vermediği için yapmadıkları faaliyetleri yapmakla kısıtlanması¹¹⁵ sebebiyle mümkün olabilmekteydi.¹¹⁶

Liberal anlayışın yerine sosyal devlet anlayışının hakim olması, devletin daha önceleri özel kişilerce yürütülen sosyal ve ekonomik faaliyetlerde bulunmaya başlaması sonucunu doğurmuştur. Böylece liberal dönemde kamu hizmetinin tanımlanması için kullanılan organik, maddi ve şekli ölçütler önemini yitirmeye başlamıştır. Kamu hizmetinin devlet kuruluşları eli ile yerine getirilmesi anlamına gelen organik şartın aranmasından vazgeçilmiş, özel kişilerce de kamu hizmetinin yürütülebileceği kabul edilmiştir.¹¹⁷ Ancak, kamu hizmeti ister idare, ister özel kişiler tarafından yerine getirilsin, kamu yararının sağlanması yükümlülüğünü taşıyan idarenin denetim, gözetim ve sorumluluğu ilkesinin varlığı devam etmektedir.¹¹⁸

Maddi ölçüt de günümüzde kamu hizmeti kavramının tanımlanmasında yetersiz kalmaktadır. İşin niteliği dolayısıyla kamu hizmeti sayılan bir faaliyet bulunmamaktadır. Kamu hizmetleri, toplumların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacını taşır.¹¹⁹ İnsan faaliyetlerinin kamusal ve özel olarak ayrılması, belirli bir

¹¹⁴ DURAN, s. 302-303.

¹¹⁵ “Devletin, yalnızca ülkede disiplini sağlamakla görevli bulunduğu çağlardaki kamu hizmeti ve kamu yararı kavramları ile bugün devletin birçok iktisadi görevleri de bulunduğu çağdaki kamu hizmeti ve kamu yararı kavramları birbirinin benzeri olamaz.” AYM., T. 23,24,25.10.1969, E.1967/41, K. 1969/57, < <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/0f0cdae2-2409-4c29-b040-fc7265add967?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>>, Erişim tarihi:18.08.2019.

¹¹⁶ DURAN, s. 303; GÜNDAY, s. 330-331.

¹¹⁷ “Kamu hizmetleri, aslında bir bütündür. Bunun yerine getirilmesi de ilke olarak Devlete aittir. Ancak toplum hayatının gittikçe genişlemesiyle çoğalan kamu hizmetlerinin mutlaka klasik idare kuruluşları tarafından görülmesi koşulu artık aranmakta, bunların dışında özel kişilerce de gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, kamusal hizmet ünitelerinin nitelik ve özellikleriyle uyusabildiği ölçüde, kamu ve özel hukuk kurallarından oluşan karma nitelikte yapılandırılmaları mümkündür. Bu sebeptendir ki, kamu hizmetleri ne suretle yürütülürse yürütülsün kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimleriyle hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğu sürece, hizmet kamusal niteliğini korumuş olur.” AYM., T. 12.04.1990, E.1990/4, K. 1990/6, < <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e013977d-df2e-4301-bb55-b975c16733af?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>>, Erişim tarihi: 18.08.2019.

¹¹⁸ DURAN, s. 303-304; GÖZÜBÜYÜK / TAN, (Cilt: I), s. 555; GÜNDAY, s. 331.

¹¹⁹ DURAN, s. 304; GÖZÜBÜYÜK / TAN, (Cilt: I), s. 555.

zaman diliminde, belirli bir mekânda, toplumda yaygın olan siyasal, sosyal ve ekonomik sistem, başka bir deyişle siyasal irade ile mümkün olabilmektedir. Toplumun ihtiyaçlarını belirlemek, kamu yararına ilişkin değerlendirmede bulunmak, o toplum tarafından seçimle iş başına getirilen temsilcilerin serbest yetkilerinden olup yasama organı¹²⁰ ve bu organ tarafından kanun yolu ile yetkilendirilmiş kamu kurumlarınca faaliyetin kamu hizmeti niteliği taşıdığı kabul edilmektedir.¹²¹ Sonuç olarak, toplumun ihtiyaçlarına yönelik olan ve kamu yararını gerçekleştirmeyi amaçlayan bir faaliyet, siyasal irade tarafından kamu hizmeti olarak kabul edilmemiş ise o faaliyetin kamu hizmeti şeklinde nitelendirmesi mümkün değildir.¹²²

Sosyal devlet anlayışının benimsenmesi ile liberal dönemde özel teşebbüsler tarafından yerine getirilen bazı ticari, iktisadi, sınai faaliyetler kamu hizmeti olarak kabul edilmeye başlanmış ise de bunlar, kamusal idare usullerine değil özel hukuk rejimine tabi tutulmuşlardır. Böylece şekli ölçüt de kamu hizmetinin bir ögesi olmaktan çıkmıştır.¹²³

Günümüzde kamuya yararlı olduğu siyasal organlarca belirlenmiş, bir kamu kuruluşu tarafından veya bu kuruluşun sorumluluğunda ve yakın denetim, gözetimi altında özel kişilerce yerine getirilen faaliyetler kamu hizmeti olarak tanımlanmaktadır.¹²⁴ Bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığının tespiti için

¹²⁰ “Kamu hizmetleri kanunla ya da kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulur ve kaldırılır. Kanun koyucu, bir kamu hizmetinde görevin gerektirdiği nitelikleri ve koşulları saptamayı anayasal ilkeler çerçevesi içerisinde kalmak kaydıyla görevin ve ülkenin gereklerine ve zorunluluklarına göre serbestçe takdir edebilir.” AYM., T. 06.09.2018, E.2017/163, K. 2018/90, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/42745146-0e2e-4f03-90f9-7b05e1a9ec93?highlightText=%3Bkamu%3Bhizmeti%3Btan%C4%B1m&excludeGerekce=False&wordsOnly=True>>, Erişim tarihi:18.08.2019.

¹²¹ DURAN, s. 305; GÖZÜBÜYÜK / TAN, (Cilt: I), s. 556; GÜNDAY, s. 331-332.

¹²² GÜNDAY, s. 332.

¹²³ DURAN, s. 305-308; GÖZÜBÜYÜK / TAN, (Cilt: I), s. 556- 558; GÜNDAY, s. 332-333.

¹²⁴ GÜNDAY, s. 332. Fransız İdare Hukuku doktrini tarafından geliştirilen, “virtüel kamu hizmeti” kuramına göre, toplumun günlük, ortak ihtiyaçlarını karşılamak üzere, özel kişilerce gösterilen faaliyetlerin, hem idare, hem de kamu emlakı ile olan ilişkileri sebebi ile uygulamada kamu hizmetine dönüşebilecekleri kabul edilir. Bu faaliyetlere, “virtüel kamu hizmeti” veya “kamu hizmeti olma istidadını bünyesinde taşıyan faaliyet” adı verilmektedir. [Aktaran, ÖZAY, İl Han, *Günışığında Yönetim*, (İstanbul: Alfa Yayınları, 2002), s. 228]. ÖZAY, Türk Hukuku’nda “virtüel kamu hizmeti” şeklinde açıkça isimlendirilmemiş olmakla beraber, Danıştay 12. Dairesi’nin T. 23.10.1967, E. 1967/518, K. 1967/1679 sayılı kararında, bu kavramı açıklayan bir gerekçeye dayanıldığını öne sürmektedir: “Dava... Koleji Müdürlüğünün ... öğrencilerden alınacak öğretim ücretlerinin arttırılması yolunda vaki talebinin reddi üzerine açılmıştır. Bahse konu hizmet tipik bir kamu hizmetidir. Bu hizmetin özel teşebbüs tarafından yürütülmesi bu vasfını değiştirmez. Nitekim

öncelikle bu konunun kanunda ifade edilip edilmediğine bakılmalıdır. Kanunda faaliyetin kamu hizmeti niteliği taşıdığı belirtildiği hallerde sorun bulunmamaktadır. Kanunda böyle bir ifade yer almıyor ise faaliyetin yürütülebilmesi için kamusal yetki ve usullerin kullanılması gerekip gerekmediği ya da faaliyet ile ilgili sözleşmelerin özel hukuku aşan kayıt ve koşullar içerip içermediği hususlarının incelenmesi gerekecektir. Bu şartlardan birinin varlığı halinde faaliyet kamu hizmeti olarak kabul edilecektir.¹²⁵

2. Avukatlığın Kamu Hizmeti Olup Olmadığı Hususuna İlişkin Tartışmalar

Avukatlığın kamu hizmeti olduğunu savunan görüş; kamu hizmetinin, kamuya yararlı olduğu siyasal organlarca belirlenmiş, bir kamu kuruluşu tarafından veya bu kuruluşun sorumluluğunda ve yakın denetim, gözetimi altında özel kişilerce yerine getirilen faaliyetlerin kamu hizmeti olduğuna ilişkin yukarıda açıklanmış olan tanımlamadan¹²⁶ yola çıkmaktadır. Zira bu tanımlamada, bir faaliyetin kamu hizmeti olarak belirlenmesinin kanun koyucunun iradesiyle mümkün olabileceği ile birlikte, söz konusu faaliyet kamu kuruluşları tarafından yürütülme dahi bu kuruluşların denetim ve gözetiminde özel kişilerce de yürütülebileceği belirtilmektedir.

Avukatların mesleki faaliyetlerini, Anayasanın 135'inci maddesinde düzenlenen kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olan baroların denetim ve gözetiminde yapmalarına ilişkin Av. K.'nın 76'ncı maddesinin 1'inci fıkrasının, kamu hizmetinin kamu kurumları tarafından veya onların katılımı ya da gözetim ve denetiminde yürütülmesi koşulunu yerine getirdiği bazı yazarlar tarafından savunulmaktadır.¹²⁷

Bu görüşün aksini savunan yazarlara göre, bir faaliyetin, kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için sadece baroların denetimi altında yürütülüyor olmasının

Anayasanın ... özel okulların bağlı bulunduğu esasların Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak kanunla düzenleneceğini hükme bağlayan... maddesi de bu hususu teyid etmektedir. Keza... Özel Öğretim Kurumları Kanunu da Anayasamızın sözü edilen maddesi ile öngörülen ... (kurumların) tabi olacağı esasları tayin ve tesbit etmek amacıyla ısdar olunmuştur.” (ÖZAY, s. 229).

¹²⁵ GÜNDAY, s. 333.

¹²⁶ Birinci Bölüm, II., C., 1.

¹²⁷ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 10; KORKUSUZ/KORKUSUZ, s. 5-7.

yeterli olamayacağını, ticaret odalarının da tüzel kişiliğe sahip olduklarını ancak tacirlerin faaliyetlerinin kamu hizmeti olamayacağını öne sürmektedirler.¹²⁸

Kanun koyucu gerek Anayasa gerekse insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler ile koruma altına alınan hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı bakımından önem taşıyan avukatlık faaliyetini, Av. K.'nın 1'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, kamu hizmeti olarak belirtmiştir. Aynı maddenin 2'nci fıkrasında ise, avukatın yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil ettiğini dile getirerek avukatlığın kamu hizmeti niteliğini ayrıca vurgulamıştır.¹²⁹ Kanun koyucunun, savunmanın toplum ile olan ilgisi ve toplum için taşıdığı önemi gözeterek avukatlık mesleğini kamu hizmeti ve serbest meslek olarak düzenlediği; bu sebeple Av. K.'nın 1'inci maddesindeki kamu hizmeti ifadesinin toplumu ilgilendiren hizmet olarak anlaşılması gerektiği de belirtilmektedir. Ancak Av.K.'nın 1'inci maddesinden çıkarılan anlamın idare hukukundaki klasik kamu hizmeti kavramı ile bire bir örtüşmeyebileceği de ifade edilmektedir.¹³⁰

Kamu hizmetlerinin, kamu kurumları tarafından yürütülmesi ve parasız olması şartları günümüzde geçerliliğini yitirmiş olduğundan¹³¹ avukatlığın serbest meslek olması, kamu hizmeti ile çelişen bir durum değildir.¹³² Ayrıca CMK'nın 147, 149 ve 150'inci maddeleriyle düzenlenen müdafilik kurumu ile savunma hak ve özgürlüğünün güçlendirilmesi; avukatlık ücreti ödemeyecek kişiler için adli yardım ile ilgili HMK'nın 334 ila 340'ıncı ve Av. K.'nın 178 ila 180'inci maddeleri ile getirilen düzenlemeler sayesinde, adli hizmetlerin¹³³ toplumun her kesimine ulaştırılması da sağlanmaktadır. Kamu hizmetine ilişkin eşitlik ilkesinin de uygulama

¹²⁸ CALP, A./ÜGE, H., *Avukatlık Bir Amme Hizmeti Değildir*, (İstanbul, 1948), s. 8, aktaran SENGURTEKİN ÖZKAN, s. 10-11.

¹²⁹ SENGURTEKİN ÖZKAN, s. 8-10.

¹³⁰ CENTEL BAŞAR, s. 50-51.

¹³¹ DURAN, s. 304, 307-308.

¹³² CENTEL BAŞAR, s. 51.

¹³³ KARAHANOGULLARI, Onur, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukusal Rejim)*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2002), s. 227.

alanı bulduğu bu hükümler avukatlığın kamu hizmeti niteliğinin sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.¹³⁴

ÖZAY, adli faaliyetlerin, süreklilik arz etmesi, toplumun genel ve ortak ihtiyacını karşılamaya yönelik olması, bu ihtiyacın karşılanmamasının toplumda huzursuzluğa yol açabilmesi sebebi ile kamu hizmeti olduğunu belirtmektedir. Devletin yargılama faaliyetinde yer alması sonucu ile adli hizmetlerin organik bakımdan da kamu hizmeti olduğunu, avukatın bu faaliyete katılmasını da “*virtüel kamu hizmeti*”¹³⁵ olarak tanımlamaktadır.¹³⁶

Av. K.’nın 37’inci maddesine gereğince “*Avukat, kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddedebilir.*” Bu düzenleme gereğince avukat, prensip olarak kendisine teklif edilen işi kabul etmek zorunda değildir.¹³⁷ Anayasa Mahkemesi’ne göre, avukatın kendisine teklif edilen işi sebep göstermeden reddedebilme ve üstlendiği işi haksızlığı fark edince bırakabilme yetkileri sayesinde, avukat nesnel bir yaklaşımla savunma yapabilmekte ve bu sayede de yargılama faaliyetine katkıda bulunmaktadır.¹³⁸ Mesleğin kamu hizmeti olma niteliği, bu kurala istisnalar tanınmasını zorunlu kıldığından¹³⁹ kanun koyucu Av. K.’nın 37’inci maddesinin 2’nci ve 3’üncü fıkralarında “*İş iki avukat tarafından reddolunan kimse, kendisine bir avukat tayinini baro başkanından isteyebilir. Tayin olunan avukat, baro başkanı tarafından belirlenen ücret karşılığında işi takip etmek zorundadır*” şeklinde düzenlemeye yer vermiştir.¹⁴⁰ Avukatın işi sebep göstermeden reddedebilme

¹³⁴ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 17-18.

¹³⁵ Birinci Bölüm, II., C., 1., 123’üncü dipnot.

¹³⁶ ÖZAY, İl Han, “İstanbul Barosu Başkanlığı Sempozyum 7’inci Oturum Konuşması”, *Demokratikleşme İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği (Sorunlar – Çözüm Perspektifleri)*, (İstanbul: Melisa Matbaacılık, İstanbul Barosu Yayınları, 1996) s. 472.

¹³⁷ ÜSTÜNDAĞ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, (İstanbul: ALFA Basım, 1997), s. 409.

¹³⁸ “*Adalet gereklerine uymak zorunda olan ve kendisine teklif edilen işi hiçbir sebep göstermeksizin reddetmek, aldığı işi ise, haksızlığını anlayınca bırakmak yetkisine sahip bulunan avukatın davanın takibinde objektif bir görüşle hakkın yerine getirilmesine yardımcı olmasında, kamu yararı vardır.*” AYM., T. 07.03.1963, E. 1962/286, K. 1963/53, TOPRAK, Musa (Yayına Hazırlayan), *Anayasa Mahkemesi Kararlarında Avukatlık (I. Cilt)*, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015), s. 82.

¹³⁹ ÜSTÜNDAĞ, s. 409; SUNGURTEKİN, ÖZKAN, s. 17.

¹⁴⁰ İngiliz hukukuna göre, işin güçlüğü ve gerektirdiği emekle orantılı ücret verilmesi durumunda avukat teklif edilen işi kabul etmeye mecburdur. Bu görüşe göre, avukata işi reddetme hakkının tanınması durumunda, kamuoyunun tepkisini çeken davalarda, görevden kaçmak için avukata imkan

tanınmış olacaktır. Avukatın işi kabul mecburiyeti İngiltere’de 1872 yılında meslek kuralı olarak kabul edilmiştir. Bu tarihlerde, yazdığı kitapta Kral’a saygısızlık ettiği iddiası ile yargılanan sanığın savunmasını, toplumun tepkisine rağmen üstlenen avukat jüri önünde avukatın teklif edilen işi kabul zorunluluğunu şu şekilde açıklamıştır: “İngiliz Barosunun vakarı, bağımsızlığı olmadan İngiliz Anayasasının en önemli bölümü olan Kralın adaleti de mevcut olamaz. Kral ile sanık arasına girip girmemek hakkı avukata tanınmış olursa İngiltere’de hürriyetler tehlikede demektir. Eğer avukat işi reddederse kendisini hakim yerine koymuş olur, hükümden evvel, şöhrat ve itibarı oranında sanık aleyhine (belki de hatalı) bir fikrin husulüne sebep olur.” Avukatın işi kabul mecburiyetinin adalet hizmetinin gereği olduğu hususunun vurgulandığı, bir başka olay 1920 yılında İngiltere’de yaşanmıştır. Aynı zamanda parlamento üyesi olan iki avukat, siyasi hasımları durumunda olan sanıkların müdafiliğini üstlenmeleri sebebi ile basın tarafından ciddi şekilde eleştirilmiştir. Bu eleştirilerde, her ne kadar avukatların işi reddetme hakkı olmasa da, siyasi hasımının avukatlığını üstlenen kişilerin parlamento üyeliği gereğince devlete, kendi seçmenlerine, vatandaşlarına karşı olan görevlerini yerine getiremeyeceği öne sürülmüştür. Bu eleştirilere karşı avukatların mensubu oldukları baro, meslek kurallarının adalet hizmeti niteliğinde olduğunu bu sebeple daha üstün sayılacağı görüşünü savunmuştur. (Aktaran EREM, “Meslek Kuralları (Şerh)”, s. 173-174). Fransız hukukuna göre baro başkanı tarafından resen verilen görevler dışında, avukatın, kendisinden yardım talep eden kişilere yardım edip etmeme hususunda tamamen serbesttir. İş önce kabul etmiş bile olsa, sonradan savunma sırasında izlenecek yol ile ilgili olarak müvekkiliyle arasında bir ihtilaf çıktığında veya karşı tarafın tebliğ ettirdiği belgeler, avukatın müvekkilinin olaya dair beyanlarında çelişki bulunduğu kanaati oluşmasına sebep olmuş ise avukat, yardımını esirgemekte yine serbesttir. Ancak iş zamansız bırakılmamalı, müvekkile başka bir avukat bulabilmesi için zaman tanınmalıdır. Dosyayı kabul veya ret, muhafaza veya iade etmek gerektiğine karar vermek için, prensip itibarıyla, avukat sadece vicdanının sesini dinlemelidir. Avukat vicdanı ile batıl inançlarını ve duygularını karıştırmamalı, şahsi çıkarlarını üstün tutmamalıdır. Siyasî bir davanın sanıklarının fikirlerinin yıkıcı olduğunu düşünen bir avukat bu kişilerin savunmasını yapmak istemeyebilir. Bununla beraber, bu şüpheli veya sanıkların eylemlerine uygun olmayan ağır ve nispetsiz bir ceza talebi ile yargılandıklarını, suçun sabit olmadığını veya uygulanmak istenen kanun hükmünün olaya uygulanmasının mümkün olmayacağını düşünüyor ise avukat davayı kabul edebilir. Avukat, dava ile müvekkili birbirine karıştırmamalıdır. Toplumda pek de iyi bir ünü olmayan kişinin de haklı davası olabileceği unutulmamalıdır. Avukatın, kamu hukukuna karşı bir suç işlemiş ve suçunun sabit olacağı öngörülen sanığın savunmasından çekinmesi mümkündür. Ancak avukat kamuoyunun tepkisinden çekindiği için savunma görevini üstlenmekten imtina etmiş ise korkaklık etmiş ve bağımsızlığından vazgeçmiş olacaktır. (PAYEN, s. 114-115). Alman hukukunda da avukatın işi reddetme hakkı vardır. Avukat işi reddettiğini derhal bildirmek zorundadır. Avukat, işin reddedildiğine dair beyanın kusurlu gecikmesinden doğan zararı tazmin etmelidir. (Aktaran EREM, “Meslek Kuralları (Şerh)”, s. 174). EREM, İngiliz hukuk sistemindeki, işin güçlüğü ve gerektirdiği emekle orantılı ücret verilmesi durumunda avukat teklif edilen işi kabul etmesi gerektiği yönündeki meslek kuralının doğru yönleri olduğunu savunmaktadır. EREM’e göre, avukatın işi sebep göstermeden reddedebilmesi, daha başından işin haksız olduğu kanaatine varması ya da sonradan ortaya çıkan belge ve deliller üzerine işin haksız olduğunu anlaması üzerine işten çekilebilme hakkını kullanılmasının meslek şuurı içinde bir takdire bağlanması gerekmektedir. Zira avukat hakim değil, adaletin yardımcısıdır ve müdafilik kurumu hakim ile benzer bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Hakim önüne gelen davayı çözmek zorunda olup kanunda belirtilen sebepler dışında davadan çekilemez. Bu sebeple avukatların da, kural olarak, işin gerektirdiği ücretin ödenmesi kaydı ile teklif edilen işi reddetmemelidir. [EREM, Faruk, “Avukatın İş Reddetme Hakkı”, *İstanbul Barosu Başkanlığı Sempozyum- Demokratikleşme İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği (Sorunlar – Çözüm Perspektifleri)*, (İstanbul: Melisa Matbaacılık, İstanbul Barosu Yayınları, 1996) s. 136]. Kamuoyunun tepkisini çeken davalarda, suçların işlendiği yer baro başkanları tarafından, o barolara mensup avukatların toplu olarak şüphelileri savunmak istemedikleri yönünde açıklamalar yapıldığına dair haberler basında yer almaktadır. Avukatın işi reddetmek hakkı (Av. K. m. 37/1); işi iki avukat tarafından reddedilen kişinin, kendisine avukat tayin edilmesini baro başkanından istemesi üzerine, tayin olunan avukatın, baro başkanının takdir ettiği ücret karşılığında işi takip etmek zorunda olduğuna (Av. K. m. 37/2-3) dair düzenleme ile mesleğin kamu hizmeti niteliği de gözetilerek, kanun koyucu tarafından sınırlandırılmaktadır. Kanaatimizce, Av. K.’nin emredici nitelikteki bu düzenlemesinin yanı sıra, savunma hakkının kutsallığı ve avukatlık mesleğinin bağımsızlığına ilişkin evrensel kurallara da dikkate alındığında, baro başkanları tarafından, avukatların şüphelileri savunmak istemedikleri yönünde yapılan açıklamaların hukuki dayanağı bulunmamaktadır.

olanağının sınırlandırılmasına ilişkin düzenleme, savunma hakkının vazgeçilmez bir hak olduğunun kanun koyucu tarafından göz ardı edilmediğini göstermektedir.¹⁴¹ Ayrıca Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 38'inci maddesi ile de avukatlara teklif edilen işi gerekçe göstermeden reddedebilme hakkı tanınmıştır. Aynı maddede avukatların bu hakkı müvekkillerine zarar vermeyecek biçimde kullanmaya dikkat edecekleri belirtilerek, keyfilğin önlenmesi amaçlanmıştır. Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 14'üncü maddesinin “*Avukat meslek kuruluşlarınca verilen görevleri, haklı sebepler dışında, kabul etmek zorundadır.*” şeklindeki düzenlemesi, davayı almaktan ve kovuşturmadan çekinme hakkının istisnasını oluşturmaktadır.¹⁴² Avukatın işi reddedebilme hakkının bir diğer istisnası, Av. K.'nın 42'inci maddesindeki düzenlemedir.¹⁴³ Bu düzenleme gereğince; bir avukatın ölümü veya meslekten yahut işten çıkarılması veya işten yasaklanması yahut geçici olarak iş yapamaz duruma gelmesi hallerinde, baro başkanı, ilgililerin yazılı istemi üzerine veya iş sahiplerinin yazılı muvafakatini almak şartıyla işleri geçici olarak takip etmek ve yürütmek için bir avukatı görevlendirir ve dosyaları kendisine devir ve teslim eder. Kendisine görev verilen avukatın haklı sebepler göstererek görevi reddetmesi durumunda; ret sebeplerinin yerinde olup olmadığına baro yönetim kurulu karar verir.¹⁴⁴

Avukatın, meslek kuruluşları tarafından verilen görevleri reddedebilmesi için öne sürebileceği haklı sebepler, Av. K.'nın 13, 14, 36 ve 38'inci maddelerinde yer alan, kanun koyucunun işin reddedilmesinin zorunlu olduğunu öngördüğü düzenlemelerdir. Avukat ile görevlendirme yapılan davanın hakim veya savcısı arasında hısımlık veya evlilik münasebetinin bulunması (Av. K. m. 13); görevin kabulünün avukatın daha önce çalıştığı kamu kurum ve kuruluşlarına karşı dava ve takip yürütme yasağını ihlal etmesi (Av. K. m. 14); verilen görevin üstlenilmesi sır

¹⁴¹ MISIR, Mehmet Haşim, *Avukatlık Disiplin Hukuku*, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008), s. 498.

¹⁴² “İş veya savunmadan çekinme avukat için haktır. Hiçbir şekilde sınırlandırılmaz. Bir tek yasal istisnası vardır. Adli yardım bürosu yahut baro başkanı tarafından görevlendirilen avukat kaçınılmaz bir sebep veya haklı bir neden halinde görevi yerine getirmekten çekinebilir. Aksi takdirde kabule zorunludur. Ancak çekinme hakkı keyfi bir hak da değildir. Çekinmeden dolayı müvekkile asla zarar verilmeyecek, gerekli önlemler alınacaktır.” TBB Disiplin Kurulu T. 04.10.2013, E. 2013/236, K. 2013/749, < <https://www.barobirlik.org.tr/DisiplinKararlariDetay/435>>. Erişim tarihi:24.03.2021.

¹⁴³ SUNGURTEKİN ÖZKAN s. 17-18; MISIR, “*Avukatlık Disiplin Hukuku*”, s. 808.

¹⁴⁴ SUNGURTEKİN ÖZKAN s. 18.

saklama yükümlülüğünün ihlali sonucunu doğuracak olması (Av. K. m. 36); avukatın işin yolsuz veya haksız olduğunu görmesi ya da sonradan yolsuz veya haksız olduğu kanısına varması (Av. K. m. 38/a); avukatın daha önce görevlendirme yapılan işte menfaati zıt olan tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olması (Av. K. m. 38/b); avukatın görev olarak verilen işte evvelce hâkim, hakem, Cumhuriyet savcısı, bilirkişi veya memur olarak o görev almış olması (Av. K. m. 38/c); görevlendirmenin avukatın daha önce bizzat düzenlediği bir işlemin geçersiz olduğunun ileri sürülmesi gereken bir iş olması (Av. K. m. 38/d); görülmesi istenilen işin, Türkiye Barolar Birliği tarafından tespit edilen mesleki dayanışma ve düzen gereklerine uygun olmaması (Av. K. m. 38/f) durumunda meslek kuruluşları tarafından verilen görevlerin avukatlarca reddedilmesi mümkün olabilecektir.¹⁴⁵

Adli yardım kurumu da avukatın kendisine teklif olunan işi sebep göstermeksizin reddedebilme hakkının bir diğer istisnasıdır.¹⁴⁶ Adli yardımın yapılışı ile ilgili 179'uncu maddenin 3'üncü fıkrasında, adli yardım için görevlendirilen avukatın bu işi yapmaktan çekinmek istemesi halinde görevin kendisine bildirildiği tarihten itibaren on beş gün içinde o işin tarifede belirlenen ücretini baroya ödemek zorunda olduğu belirtilmektedir. Av. K.'da yer alan ve işi reddetme hakkına tanınan bu istisnalar avukatlığın kamu hizmeti niteliği taşımasının sonucudur.¹⁴⁷ Ayrıca avukatlık mesleğinin itibarının korunması amacı ile avukatlık asgari ücret tarifeleri, özel kanunla belirlenmekte olup, bu durum mesleğin kamu hizmeti niteliği taşımasının bir diğer sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁴⁸ Tüm bu açıklamalar doğrultusunda, avukatlık mesleğinin kamu hizmeti olarak kabul edilmesi yönündeki görüş kanaatimizce de yerindedir.

¹⁴⁵ MISIR, "Avukatlık Disiplin Hukuku", s. 808.

¹⁴⁶ ADAY, s. 90.

¹⁴⁷ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 18.

¹⁴⁸ ÜSTÜNDAĞ, s. 409.

D. Avukatlık Tekeli

1. Avukatlık Tekelinin Kapsamı, Niteliği ve Korunan Hukuki Yarar

Av. K.'nın 3'üncü maddesi gereğince mesleğe kabul için öncelikle hukuk fakültesinden mezun olmak ve avukatlık stajını tamamlayarak staj bitim belgesi almak gereklidir.¹⁴⁹ Her avukat, bölgesi içinde sürekli avukatlık edeceği yerin baro levhasına yazılmakla yükümlüdür (Av. K. m. 66/1).

Avukat baro levhasına yazılarak avukatlık tekelinden yararlanmaya hak kazanır.¹⁵⁰ Baro levhasında yazılı olmayanlar avukatlık unvanını da kullanamazlar (Av. K. m. 63). Ancak, baro levhasındaki kaydı yirmi yılı dolanlardan, bürosunu kapatarak vergi kaydını sildiren avukatlar durumları hakkında bilgi vermek ve baroya karşı görev ve yükümlülüklerini yerine getirmek koşuluyla sadece avukat unvanını kullanabilirler (Av. K. m. 63).

Avukatlık tekeli terimi, mevzuatımızda açıkça yazılı olmasa da, Av. K.'nın 35'inci maddesinin başlığında “*yalnız avukatların yapabileceği işler*” şeklinde ifade edilmiştir.¹⁵¹ Bu maddeye göre, “*Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir. Baroda yazılı avukatlar birinci fıkradakiler dışında kalan resmi dairelerdeki bütün işleri de takip edebilirler.*” Ayrıca Av. K.'nın 63'üncü maddesi gereğince, baro levhasında yazılı bulunmayanlar ve işten yasaklanmış olan avukatlar, şahıslarına ait olmayan dava evrakını düzenleyemez, icra işlemlerini takip edemez ve avukatlara ait diğer yetkileri kullanamazlar.

¹⁴⁹ KURU, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, (İstanbul: Legal Yayınevi, 2016), s. 151.

¹⁵⁰ ADAY, s. 53-54.

¹⁵¹ İYİMAYA, Ahmet, “Avukatlık Tekeli”, *Hukuk Kurultayı 2004*, (Ankara, 6-10 Ocak 2004) s. 161, <<http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/until2007/hukukkurultay04-3.pdf>>. Erişim Tarihi: 05.04.2021; ASLAN, Ali Çetin, “Avukatlık Tekeline Genel Bir Bakış”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2014, C:16), s. 1672; <<https://dergipark.org.tr/en/pub/deuhfd/issue/46919/588517>>. Erişim tarihi: 04.04.2021.

Av. K.'nın bu düzenlemesine göre, avukatlık tekeli kapsamı sadece davalar ile sınırlı değildir,¹⁵² avukatlar vekâleten iş ve dava takip etmek hususunda tekele sahiptir.¹⁵³ Kanun koyucunun bu geniş kapsamlı düzenlemesi¹⁵⁴ dikkate alınarak, doktrinde “dava tekeli” terimi yerine, “avukat tekeli” ya da “avukatlık tekeli” teriminin kullanılması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁵⁵

Avukatlık tekelinin hukuki niteliği ile ilgili olarak, doktrinde farklı değerlendirmeler yapılmaktadır.¹⁵⁶ Kimi yazarlar avukatlık tekelinin bir hak olduğunu ifade etmektedir.¹⁵⁷ KURU, Av. K.'nın 35'inci maddesinde yazılı hususların avukatlar için hak olduğunu, yükümlülük ya da ödev olmadığını öne sürmekte, bu iddiaya dayanak olarak avukatın kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddedebileceğine ilişkin düzenlemeyi (Av. K. m. 37) göstermektedir.¹⁵⁸ Avukatlık hukukuna ilişkin bazı eserlerde, avukatlık tekeli kavramı mesleğin tekerci niteliği şeklinde açıklanmaktadır.¹⁵⁹

Avukatın iş sahibine verdiği hizmetin aynı zamanda görev olduğunu öne süren yazarlara göre, avukatlık tekeli mesleğin kamusal niteliğinden kaynaklanan bir statüdür.¹⁶⁰ İYİMAYA, avukatlık tekelinin amacının, avukata iş sahası sağlamak gibi basit bir gerekçe ile açıklanamayacağını, meslek tekelinin savunma hakkının gereği,

¹⁵² ADAY, s. 54; ASLAN, s. 1673.

¹⁵³ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 55.

¹⁵⁴ ADAY, s. 66.

¹⁵⁵ ADAY, s. 54; GÜNER, s. 155; KORKUSUZ/KORKUSUZ, s. 19; ASLAN, s. 1673; İYİMAYA, s. 161; ERDOĞAN, Mehmet Şirin, “Avukatlıkta Tekel Hakkı”, *Hukuk Kurultayı 2004*, (Ankara, 6-10 Ocak 2004) s. 144, <<http://www.ankarabarasu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/untit2007/hukukkurultay04-3.pdf>>. Erişim Tarihi: 05.04.2021.

¹⁵⁶ ASLAN, s. 1673.

¹⁵⁷ KURU, s. 152; TANRIVER, Süha, *Medeni Usul Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), s. 324-325; ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel, *Medeni Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), s. 140; SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 60.

¹⁵⁸ KURU, s. 152.

¹⁵⁹ GÜNER, konuyu “*Tekelci Niteliği*” başlığı altında inceleyerek, avukatlık tekeli, mesleğin niteliği olarak belirtmiştir (s.154). KORKUSUZ/KORKUSUZ tarafından “*Tekelci Niteliği*” başlığı kullanmış ise de (s. 18), açıklamalarda “*avukatlık tekeli hakkı*” ifadesine yer verilmiştir (s. 18- 28).

¹⁶⁰ İYİMAYA, s. 161; ASLAN, s. 1673- 1674.

bireylerin haklarının korunması ve kamu düzeninin sağlanması olduğunu ifade etmektedir.¹⁶¹ ASLAN'a göre, avukatlık tekeli, kanun koyucunun avukatlara tanıdığı bir hak olarak kabul etmek, avukatlık tekelinin amacını, avukatların menfaati ile sınırlayan bir değerlendirmeye yol açacaktır. Yazar, avukatlık tekeli ile korunan hukuki yararın, hukuki yardıma ihtiyaç duyan kişilerin haklarının işin uzmanı tarafından savunulmasını sağlamak ve toplumsal barışın korunmasına hizmet etmek olduğundan hareketle avukatlık tekelinin bir haktan ziyade bir statü olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹⁶² ÖZEN, avukatlık tekelinin sadece avukatlara tanınan bir hak olmadığını, tüm bireylerin hak arama özgürlüğünün sonucu olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, hukuk fakültesi mezunu olan, kamu hizmeti gören (Av. K. m. 1), mesleki özen yükümlülüğü bulunan (Av. K. m. 34), kamu görevlisi sıfatını haiz (TCK m. 6-c), yargı görevi yapan (TCK m. 6-d), meslek kurallarına aykırı davranışları disiplin yaptırımına tabi kılınan (Av. K. m. 134- 162) bir uzmanın yardımı ile hak arama özgürlüğünün etkin kullanımı sağlanabilecektir.¹⁶³

Kanun koyucu, hak arama özgürlüğü ve savunma hakkının (AY. m.36) önemini gözeterek, Av. K.'nın 35'inci maddesi ile bu hakkın kullanımında görev alacak kişilerin uzman olması zorunluluğunu öngörmüştür.¹⁶⁴ Sadece meslek tekeline sahip avukatların yargılama faaliyetine katılabilmesi ile kaliteli yargılama ve adaletin gerçekleşmesi sağlanmakta, böylece hem bireylerin menfaati hem de kamu düzeni korunmaktadır.¹⁶⁵ Savunma hakkının kullanımı ve adaletin gerçekleşmesine yönelik bu katkısı dikkate alındığında avukatlık tekelinin avukatlara tanınmış bir hak olarak değil, statü olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüş kanaatimizce yerindedir.

2. Avukatlık Tekeline Aykırılığın Sonuçları

Avukatlık tekeline aykırılığın sonuçları Av. K.'nın 63'üncü maddesinde düzenlenmiştir.¹⁶⁶ Bu maddenin 2'nci fıkrası gereğince, baro levhasında yazılı

¹⁶¹ İYİMAYA, s. 158.

¹⁶² ASLAN, s. 1673-1674.

¹⁶³ ÖZEN, Atilla, *Avukatlık Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), s. 118.

¹⁶⁴ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 54; KORKUSUZ/ KORKUSUZ, s.18; İYİMAYA, s.158; GÜNER, s. 156; ERDOĞAN, s.139; ASLAN, s. 1697- 1698; ÖZEN, “*Avukatlık Hukuku*”, s. 118.

¹⁶⁵ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 60; İYİMAYA, s. 158; ASLAN, s. 1699.

¹⁶⁶ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 55.

olmayanlar ve yazılı olmakla birlikte işten yasaklanmış olan kişilerin, kendilerine ait olmayan dava evrakını düzenlemeleri, icra işlemlerini yapmaları, avukatlara ait diğer yetkileri kullanmaları durumunda, Cumhuriyet savcısı tarafından beş yüz Türk Lirasından iki bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.¹⁶⁷

Kanun koyucu, avukatlık tekelinin ihlali ile ilgili olarak Av. K.’nın 63’üncü maddesinin 3’üncü fıkrasında bir başka suç ve yaptırım öngörmüştür. Bu düzenlemeye göre; *“Avukatlık yapmak yetkisini taşımadıkları halde muvazaalı yoldan alacak devralarak ve kanunların tanıdığı başka hakları kötüye kullanarak avukatlara ait yetkileri kullananlar bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.”*

Mahkemeler, icra ve iflas daireleri ve barolar, bu maddenin kapsamına giren bir olayı öğrenince Cumhuriyet Savcılığına bildirmek zorundadırlar. Yapılacak kovuşturma sonucu Cumhuriyet Savcısı tarafından baroya bildirilir (Av. K. m. 63/4).

3. Avukatlık Tekelinin İstisnaları

Tarafların yargı organları ve diğer adli makamlar önünde kanuni temsilcileri tarafından temsil edilebildiği haller avukatlık tekelinin istisnasını oluşturmaktadır. Ancak, kanuni temsilcinin bu konuda iradi temsil yetkisi vereceği kişinin avukat olması şarttır.¹⁶⁸ Av. K.’nın 35’inci maddesinin son fıkrasında, avukatlık tekeli ile ilgili olarak diğer kanunlarda yer alan düzenlenen istisna teşkil eden hükümlerin saklı tutulduğu belirtilmiştir.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Av. K.’nın 63’üncü maddesinin 2’inci fıkrasının 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı kanunun 334’üncü maddesi ile yapılan değişiklikten önceki düzenlemesi, *“Birinci fıkra hükmüne aykırı eylemde bulunanlar yüz bin liradan bir milyon liraya kadar ağır para cezasına ve altı aydan bir yıla kadar hapis cezasına mahkûm edilirler”* şeklindeydi. <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 29.03.2021. Yapılan değişiklik ile 63’üncü maddenin 1’inci ve 2’inci fıkraları ile düzenlenen eylemler suç olmaktan çıkarılmış kabahat niteliği kazandırılmıştır. (GÜNER, s. 182; GÖKCAN, s. 163). *“1136 sayılı yasanın 63/2. Maddesinde yer alan hapis ve adli para cezasının idari para cezasına dönüştürüldüğü...”* Y. 7. CD., T. 26.06.2008, 15472/15908; Y. 7. CD., T. 09.04.2008, 18161/8994; aktaran GÖKCAN, s. 166- 167.

¹⁶⁸ ADAY, s. 65.

¹⁶⁹ GÜNER, s. 170.

a. Baro levhasına kayıt olma zorunluluğu bulunmayan avukatlar

Anayasa'nın 135'inci maddesinin 2'nci fıkrası gereğince, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadî teşebbüslerinde aslî ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına girme mecburiyeti aranmaz. Anayasa'nın bu hükmü doğrultusunda, Av. K.'da, 08.05.1984 tarih 3003 sayılı kanun ile değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik ile Av. K.'ya eklenen ek 1'inci maddeye göre, *“Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli olarak avukatlık görevinde çalışanların baro levhasına yazılmaları isteklerine bağlıdır. Ancak bunlar hakkında bu Kanunun avukatlık meslekine kabul ve ruhsatname verilmesine ilişkin hükümleri aynen uygulanır. Bunlar, görevlerinin gereği olan işleri yaparken baro levhasına kayıtlı avukatların yetkileriyle haklarına sahip ve onların ödevleriyle yükümlüdürler. Baroya kaydını yaptırmayan avukat, çalıştığı yer barosuna veya o ilde birden fazla baronun bulunması hâlinde bu barolardan birine bilgi verir.”*

Ancak kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde çalışan avukatlara tanınmış bu istisna, Av. K.'nın 12'inci maddesinin son fıkrası ile sınırlandırılmıştır. Bu düzenleme gereğince, bir kadroya bağlı olarak aylık veya ücreti Devlet, il veya belediye bütçelerinden yahut Devlet, il veya belediyelerin yönetimi ve denetimi altındaki daire ve müessese yahut şirketlerden verilen müşavir ve avukatlar, yalnız bu daire, müessese ve şirketlere ait işlerde avukatlık yapabilirler.

Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli olarak çalışan avukatların bu görevlerinden ayrılmaları durumunda, avukatlık mesleğini yapabilmeleri için baro levhasına yazılmaları gerekmektedir (Av. K. m. Ek 1/3).

b. Dava vekilleri

460 sayılı Muhamat Kanunu'nun 12'nci maddesi ile baro bulunmayan yerlerde, baro kuruluncaya kadar, hukuk fakültesinden mezun olmayan ancak en az beş yıl süre ile adalet hizmetinde bulunmuş kişilerin dava vekilliği yapabileceği düzenlenmişti.¹⁷⁰ 06.01.1926 tarih ve 708 sayılı kanunun 6'ncı maddesi gereğince bu

¹⁷⁰ KORKUSUZ/ KORKUSUZ, s. 21.

kişiler, dava vekâleti ruhsatnamesi almışlardır.¹⁷¹ 3499 sayılı Avukatlık Kanunu’nun geçici 3’üncü maddesi ile dava vekilliği kaldırılmıştır.¹⁷²

Av. K.’nın geçici 13’üncü maddesinin 1’inci fıkrası gereğince, 3499 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarihte dava vekâleti ruhsatnamesine sahip olanlar, beş avukat bulunmayan yerlerde, o yerin bağlı bulunduğu baro listesine yazılmak şartı ile görev yapabilirler. Listeye yazılma, Av. K.’nın dava vekillerine tanıdığı hak ve yetkilerden faydalanmak ve yükümlere tabi olmak bakımından, baro levhasına yazılmanın sonuçlarını doğurur (Av. K. geçici m. 13/3). Av. K.’nın geçici 13’üncü maddesinin düzenlemesi dava vekillerine avukatlık tekelinden yararlanma imkânı tanımaktadır.¹⁷³

Mülga 3499 sayılı Avukatlık Kanunu’nun geçici 3’üncü maddesi ile dava vekilliği ruhsatnamesi verilmesi yasaklandığından ve günümüzde 80 ilimizde baro mevcut bulunduğu¹⁷⁴ dava vekilliği kurumunun uygulama alanı kalmadığını söylemek mümkündür.

c. Dava takipçileri

Av. K.’nın geçici 17’inci maddesinin 1’inci fıkrasına göre, “*Yargı mercileri, Cumhuriyet savcılıkları, icra memurlukları nezdinde başkatiplik, zabıt katipliği, zabıt katibi muavinliği yahut icra memurluğu veya yardımcılığı görevlerinden birini en az on yıl süre ile yapmış olan kimseler, bu Kanunun 3 üncü maddesi uyarınca Avukatlık meslekine kabul için aranılan tahsil, staj dışındaki şartları haiz olurlar ve 5 inci maddede yazılı engeller kendilerinde bulunmazsa, en az üç avukat veya davavekili olmayan bir yerde, o yerin bağlı olduğu baroca tutulan listeye yazılmak şartıyla, münhasıran o yerin hukuk mahkemeleri ve icra ve iflas dairelerinde dava ve iş takip edebilirler.*” Bu düzenlemede dava takipçilerinin dava vekillerinden farklı olarak sadece listesinde yazılı oldukları bölgede bulunan hukuk mahkemeleri ile icra iflas dairelerinde dava ve iş takibi yapabilecekleri belirtilmektedir.

¹⁷¹ ADAY, s. 31.

¹⁷² Mülga 3499 sayılı Avukatlık Kanunu için bakınız: <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc018/kanuntbmmc018/kanuntbmmc01803499.pdf>. Erişim tarihi: 02.05.2021.

¹⁷³ GÜNER, s. 172.

¹⁷⁴ <<https://www.barobirlik.org.tr/Barolar>>. Erişim tarihi: 02.05.2021.

Bu sayı üçe ulaştığı zaman dava takipçisinin görevi kendiliğinden sona erer. Böyle bir durumda, dava takipçisi önceden açmış olduğu davaları dahi takibe devam edemeyeceği gibi, üç ay içinde avukat ve dava vekili sayısı üçten az olan bir yerde büro açmazsa bir daha dava takipçiliği yapamaz (Av. K. geçici m. 17/4).

Dava vekilleri hakkında Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uygulanmasına rağmen dava takipçileri için uygulanmaz. (Av. K. geçici m. 17/7).

d. Subaylar

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 86'ncı maddesinin 2'nci fıkrasına göre "*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.*"

e. Muhasebeci, muhasebeci mali müşavir, yeminli mali müşavirler

Kanun koyucunun, avukatlık tekeli kapsamında olan bir faaliyetin, başka meslek mensupları tarafından yapabilmesine imkân tanıdığı istisnai düzenlemelerden biri 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun 2'inci maddesinde yer almaktadır. Bu düzenlemede, mali mevzuat ve bunların uygulama ile ilgili işlerini düzenlemek veya bu konularda müşavirlik, inceleme, tahlil, denetim yapmak, mali tablo ve beyannamelerle ilgili konularda yazılı görüş vermek, rapor ve benzerlerini düzenlemek, tahkim, bilirkişilik ve benzeri işleri yapmak muhasebeci, muhasebeci mali müşavir ve yeminli mali müşavirlerin görevleri arasında sayılmıştır.¹⁷⁵

f. Factoring işlemleri

6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu'nun 38'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, faktoring sözleşmesi; "*mal veya hizmet satışından doğmuş fatura ile tevsik edilen alacaklar ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde tevsik edilebilen mal veya hizmet satışına bağlı doğacak alacakları devir almak*

¹⁷⁵ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 56-57.

suretiyle, faktoring şirketinin müşterisine sağladığı tahsilat, borçlu ve müşteri hesaplarının tutulmasının yanı sıra finansman veya faktoring garantisi fonksiyonlarından herhangi birini ya da tümünü içeren sözleşme” şeklinde tanımlanmıştır.

Mal tesliminden kaynaklanan para alacaklarının satın alınması ile ilgili bir işlem olan faktoring sözleşmesi ile alacağını devreden, devrettiği bu alacağı faktoring şirketinden tahsil etmektedir. Faktoring şirketi, devraldığı alacakların tahsili için, dava ve icra takip yollarına başvurabilmektedir.¹⁷⁶ Av. K.’nın 63’üncü maddesinin 3’üncü fıkrası ile avukatlık yapmak yetkisini taşımadıkları halde muvazaalı yoldan alacak devralarak ve kanunların tanıdığı başka hakları kötüye kullanarak avukatlara ait yetkileri kullananlar hakkında cezai yaptırım ön görülmüştür. Bu düzenleme karşısında, faktoring şirketince yapılacak işlemler, avukatlık tekeline ilişkin olarak kanun koyucu tarafından düzenlenen bir başka istisnayı oluşturmaktadır.¹⁷⁷

g. Karı ve kocanın kadastro işlemlerinde birbirlerini vekil atayabilmesi

3402 sayılı Kadastro Kanunu’nun 31’inci maddesinin 1’inci fıkrası ile davada menfaatleri zıt olmamak şartıyla, kadastro işlerinde karı ve kocanın birbirlerini vekil tayin edebilmelerine imkân tanınması, avukatlık tekeli ile ilgili bir başka ayrık durumdur.¹⁷⁸

h. Acente, gemi müdürü ve ticari vekilin davada temsil yetkisi

TTK ve TBK düzenlemeleri gereğince, acente, gemi müdürü ve ticari vekil davada vekil sıfatını taşıma hakkına sahiptir.¹⁷⁹

Acente, TTK’nın 102’inci maddesinin 1’inci fıkrasında, “*Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde*

¹⁷⁶ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 56; ERDOĞAN, s. 152; KORKUSUZ/ KORKUSUZ, s. 23-24; GÜNER, s. 175- 176.

¹⁷⁷ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 56; ERDOĞAN, s. 152; KORKUSUZ/ KORKUSUZ, s. 23-24; GÜNER, s. 175- 176.

¹⁷⁸ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 57; ERDOĞAN, s. 151; KORKUSUZ/ KORKUSUZ, s. 24; GÜNER, s. 176.

¹⁷⁹ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 57.

sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimse” şeklinde tanımlanmıştır. Acente, aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerle ilgili her türlü ihtar, ihbar ve protesto gibi hakkı koruyan beyanları müvekkili adına yapmaya ve bunları kabule yetkilidir (TTK m. 105/1). Ayrıca bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklar sebebiyle acente, müvekkili adına dava açabilir, acentenin kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir (TTK m. 105/2). TTK’nın bu düzenlemesinden anlaşıldığı üzere, acentenin temsil yetkisi aracılıkta bulunduğu veya müvekkili adına yaptığı sözleşme ile sınırlıdır. Bir başka deyişle, acentenin aracılık ettiği veya yaptığı sözleşmelerden doğmayan uyuşmazlıklarda aktif ve pasif dava ehliyeti bulunmamaktadır.¹⁸⁰

Gemi müdürü, donatma iştirakinin olağan işlerinin gerektirdiği bütün işlemleri ve hukuki tasarrufları üçüncü kişilerle yapmaya ve bu işler dolayısıyla ödenen paraları toplamaya yetkilidir. Gemi müdürünün temsil yetkisine, özellikle geminin donatılmasına ve bakımına ilişkin işlem ve tasarruflar ile navlun sözleşmelerinin yapılması ve geminin, navlunun, donatma giderlerinin ve müşterek avaryadan doğan alacakların sigorta ettirilmesi dâhildir (TTK m. 1070/1). Gemi müdürü, TTK’nın 1070’inci maddesinin 1’inci fıkrası uyarınca yapmaya yetkili olduğu işlerden doğan uyuşmazlıklar dolayısıyla açılan davalarda ve girişilen takiplerde iştiraki temsile yetkilidir (TTK m. 1070/3).

Ticari vekil, bir ticari işletme sahibinin, kendisine ticari temsilcilik yetkisi vermeksizin, işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek için yetkilendirdiği kişidir (TBK m. 551/1). Kendisine açıkça yetki verilmesi halinde ticari vekil, ticari vekili olduğu kişiyi davada temsil edebilmektedir (TBK m. 551/2).

1. Tasfiye memurunun davayı takip yetkisi

TMK’nın 593’üncü maddesine göre, tereke yöneticisi, yasal temsilci sıfatı ile miras ortaklığı aleyhine açılan davalarda ve yapılan icra takiplerinde ortaklığı temsil eder ve yetkilerinin çerçevesi dahilinde ortaklık adına dava açabilir, icra takibinde bulunabilir.¹⁸¹

¹⁸⁰ KORKUSUZ/ KORKUSUZ, s. 25.

¹⁸¹ SEROZAN, Rona/ ENGİN, Baki İlkay, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), s. 485.

i. Sendikanın temsil yetkisi

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasına göre, *“Kuruluşlar, çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyuşmazlıklarda işçi ve işverenleri temsilen; sendikalar, yazılı başvuruları üzerine iş sözleşmesinden ve çalışma ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açmak ve bu nedenle açılmış davada davayı takip yetkisine sahiptir.”* Bu düzenleme ile sendika ve konfederasyonlara işçi ve işverenlerin menfaatini ilgilendiren konularda, sendika ve konfederasyon üyelerini temsilen dava açma ve takip etme yetkisi tanınmıştır.¹⁸²

STSK'nın 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında, iki farklı dava takip yetkisinden söz edilmektedir. Birinci yetki hem sendikalar hem de konfederasyonların çalışma hayatı, mevzuat, örf ve adetten kaynaklanan uyuşmazlıklarda işçi ve işverenleri temsilen dava açma ya da bu sebeplerle açılmış davaları takip etme yetkisidir. Bu davaları takip yetkisi doğrudan kanundan kaynaklandığından, üyelerden temsil yetkisi veya onay alma zorunluluğu yoktur. İkinci tür dava yetkisi ise üyelerin ve mirasçılarının iş sözleşmesi ve iş ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik hakları ile ilgili dava açma veya bu sebeplerle açılan davaları takip etme yetkisidir. Bu yetki sadece sendikaya tanınmış olup, sendika üyeleri veya üyelerin mirasçılarının yazılı başvuruları üzerine sendika genel merkezi tarafından kullanılır.¹⁸³

j. Marka ve patent vekilleri

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun *“İşlem yetkisi olan kişiler ve tebligat”* kenar başlıklı 160'ıncı maddesinin 1'inci fıkrasına göre, *“Gerçek veya tüzel kişiler ile bu kişiler tarafından yetkilendirilmiş sicile kayıtlı marka veya patent vekilleri Kurum nezdinde işlem yapabilir.”* 07.04.2021 tarih ve 31447 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Patent Vekilliği ve Marka Vekilliği Sınav Sicil ve Disiplin Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesi ile patent veya marka vekilliğine kabul şartları düzenlenmiştir. Yönetmeliğin bu maddesine göre, *“(1) Gerçek kişilerin patent vekili*

¹⁸² GÖKTAŞ, Seracettin/ YILMAZ, Gökhan, *6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), s. 556.

¹⁸³ AKYİĞİT, Ercan, *Toplu İş Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2020), s. 277.

veya marka vekili olabilmesi için aşağıdaki şartları taşıması gerekir: a) Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak. b) Fiil ehliyetine sahip bulunmak. c) En az dört yıllık lisans eğitimi veren yükseköğretim kurumlarının veya bunlara denkliği yetkili makamlarca kabul edilen yurt dışındaki yükseköğretim kurumlarının birinden mezun olmak. ç) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkum olmamak. d) Türkiye’de yerleşim yeri sahibi olmak. e) Sınavda başarılı olmak. f) Sicile kayıt olmak.” Marka ve patent vekilleri hakkındaki bu düzenlemeler Av. K.’nın 35’inci maddesinin bir başka istisnasını oluşturmaktadır.¹⁸⁴

E. Avukatlık ve Kamu Görevlisi Kavramı

1. İdare Hukuku Anlamında Kamu Görevlisi Kavramı

İdare hukuku doktrinde kamu görevlisi kavramının geniş ve dar olmak üzere iki anlamı olduğu belirtilmektedir. Geniş anlamda kamu görevlisi, hukuki statülerine, hiyerarşik durumlarına bakılmaksızın kamuda çalışan tüm görevlileri ifade etmektedir. Dar anlamda kamu görevlisi kavramı ise, Anayasa’nın 128’inci maddesine dayanarak açıklanmaya çalışılmakta ve kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yerine getiren kişileri kapsamaktadır. Anayasa’nın 128’inci maddesinde bu kişilerin memurlar ve diğer kamu görevlileri olduğu ifade edilmektedir.¹⁸⁵ Kamu personel idaresine 1982 Anayasası ile giren diğer kamu görevlileri kavramı, doktrinde idare ile kamu hukuku ilişkisi olan ve hizmetin asli unsuru kabul edilebilecek görevlerde çalışan kişiler

¹⁸⁴ ERDOĞAN, s. 152.

¹⁸⁵ AKGÜNER, Tayfun, *İdare Hukuku*, (İstanbul: Der Yayınları, 2021), s. 514-515; KALABALIK, Halil, *İdare Hukuku Dersleri Cilt I*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), s. 443, 450; ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser, “Rüşvet Suçunda Fail Kavramının Kazandığı Yeni Boyut”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (C. 16, S. 2- 1, Y. 2017), s. 681- 682.

olarak açıklanmakta, üniversite öğretim görevlileri, hakimler ve savcılar, askerler gibi ayrı personel kanunları bulunan görevliler de bu kavramın kapsamına dahil edilmektedir.¹⁸⁶

Hangi anlamda olursa olsun kamu görevlisi olarak kabul edilen kişinin bir kamu kurum veya kuruluşuna bağlı olarak çalışması gerekmektedir.¹⁸⁷ Av. K.'da kamu hizmeti olduğu kabul edilen avukatlık mesleği aynı zamanda serbest meslek niteliği taşımaktadır. Bu sebeple idare hukukuna göre, serbest çalışan avukatların kamu görevlisi olarak kabulü mümkün olamamaktadır.¹⁸⁸ Ancak bir kamu kurum ya da kuruluşuna bağlı olarak çalışan avukatlar kamu görevlisi kabul edilmektedir.¹⁸⁹

2. TCK Anlamında Kamu Görevlisi Kavramı

Avukatların, kamu görevlisi olup olmadıkları hususunun tespiti görev suçlarına ilişkin değerlendirmeler ile doğrudan ilgilidir. Zira bu tespit, avukatların hem görevleri sebebiyle işledikleri suçlar, hem de avukatlara karşı görevleri dolayısıyla işlenen suçların hukuki nitelenmesi ve bu suçlara etki eden nedenler üzerinde etkilidir.¹⁹⁰ Bu sebeple bu başlık altında TCK uygulamasında kamu görevlisi tanımı ile ilgili açıklamalara yer verilecek ve 765 sayılı mülga kanun ile 5327 sayılı TCK'daki düzenlemeler kıyaslanacaktır.

a. 765 sayılı TCK'daki memur tanımına ilişkin düzenleme ve avukatlık

765 sayılı mülga TCK'nın, memur tanımını içeren 279'uncu maddesinde; her türlü kamu kurumlarının memur, müstahdemlerinin yanı sıra sürekli veya geçici, ücretsiz veya ücretli, isteğe bağlı veya zorunlu olarak yasama, yürütme veya yargı ile ilgili bir kamu görevi gören diğer kişiler de ceza kanunu uygulamasında memur olarak kabul edilmişti. Kamu hizmeti görenler ise; bir kamu hizmetini yürüten devlet

¹⁸⁶ AKGÜNER, s. 517; GÜNDAY, s. 585. Aksi görüş için bkz. SANCAKDAR, Oğuz/ ÖNÜT, Lale Burcu/ US DOĞAN, Eser/ KASAPOĞLU TURHAN, Mine/ SEYHAN, Serkan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), s. 383.

¹⁸⁷ AKGÜNER, s. 514, GÜNDAY, s. 579.

¹⁸⁸ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 19; Birinci Bölüm, II., B., 2.

¹⁸⁹ AKGÜNER, s. 514; GÜNDAY, s. 579-580.

¹⁹⁰ MAHMUTOĞLU, Fatih/ TALAS Serdar, "Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi", *İstanbul Barosu Dergisi*, (Ceza Hukuku - Özel Sayı- Ocak 2007), s. 14, <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/Yayinlar/Dergi/doc/cos2006.pdf>>. Erişim Tarihi: 30.08.2019.

veya diğer kamu kurumlarının memur ve müstahdemleri ile sürekli veya geçici, ücretli veya ücretsiz, isteğe bağlı veya mecburi bir kamu hizmeti üstlenen diğer kişilerdi.¹⁹¹ Kanun, kamu görevi yapmaları sebebi ile memur sayılanlar ve kamu hizmeti görmekle yükümlü olanlar şeklinde ikili ayırım içeren bir düzenleme getirmekteydi. Bu ayırımı kullanan kıstas “*kamu görevi*” ve “*kamu hizmeti*” kavramlarıydı.¹⁹² Kimi yazarlara göre bu ayırım ihtiyacı karşılamadığı gibi Türkçe dilbilgisi kurallarına göre de hatalıydı. Zira kamusal faaliyet, bu faaliyeti icra eden yönünden bakıldığında kamu görevi, kamusal faaliyetten yararlananlar yönünden bakıldığında ise kamu hizmeti olarak tanımlanabileceğinden bu ayırım sağlıklı kabul edilmemektedir.¹⁹³

Eski TCK’nın açık ölçütler barındırmayan, anlaşılması güç bu tanımlaması, avukatların hukuki statülerinin belirlenmesini de güçleştirmekte, memur sayılıp sayılmayacakları tartışmasına yol açmaktaydı. Devletin esaslı ve zorunlu hizmetleri arasında yer alan yargı faaliyetinin unsurlarından biri olması dolayısıyla avukatlık mesleği kamu görevi niteliği taşımakta ise de mesleğin sadece bu niteliğine dayanarak avukatların memur oldukları sonucuna varılması mümkün olamamaktaydı. Çünkü mevzuatımızda yer alan bazı düzenlemeler avukatların kamu görevlisi sayılmasını engellemekteydi. Bu düzenlemelerden birinin Av. K.’nın 1’inci maddesinin avukatlığı kamu hizmeti ve serbest meslek olarak niteleyen hükmü olduğu ve bu düzenleme sebebi ile avukatın kamu görevlisi sayılamayacağı öne sürülmekteydi. Başka bir deyişle eski TCK’nın 279’uncu maddesinde kamu görevi-kamu hizmeti ayırımı öngörülmekte ve kamu hizmeti görenler memur olarak kabul edilmemektedir. Avukatların memur sayılmasını engelleyen bir diğer düzenleme ise Av. K.’nın 62’inci maddesinde yer almaktaydı.¹⁹⁴ Av. K.’nın 62’nci maddesi, 23/1/2008 tarih ve 5728 sayılı kanunun 333’üncü maddesi ile yapılan değişiklikten önce, “*Türk Ceza Kanununun 294 ve 295 inci maddelerinde yazılı hallerden başka (Her ne şekilde olursa olsun) bu kanun ve diğer kanunlar gereğince avukat sıfatı ile veya Türkiye Barolar Birliğinin yahut baroların organlarında görevli olarak*

¹⁹¹ MAHMUTOĞLU/TALAS, s. 14-15.

¹⁹² TEZCAN / ERDEM/ ÖNOK, s. 1071.

¹⁹³ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, s. 751.

¹⁹⁴ MAHMUTOĞLU/TALAS, s. 15.

kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi ihmal veya kötüye kullanan avukat Türk Ceza Kanununun 230 ve 240 mıcı maddeleri gereğince cezalandırılır.” düzenlemesini içermektedir.¹⁹⁵ Bu düzenlemede, açıkça ve sadece eski TCK’nın 230’uncu ve 240’uncü maddelerine atıfta bulunulması sebebiyle avukatların, bu maddeler dışında memurlara özgü suçların faili olamayacağını öngörüldüğü düşünölmektedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, kanun koyucu aksi düşüncede olsaydı, 62’nci maddede olduğı şekilde sınırlı bir atıf yapmaz, avukatların görev ile ilgili suçlarda memur olarak kabul edileceğini açık bir şekilde ifade yoluna giderdi.¹⁹⁶

b. 5237 sayılı TCK’da kamu görevlisi kavramı ve avukatlık

5237 sayılı TCK’nın 6’ncü maddesinin (c) bendinde kamu görevlisi “kamusal faaliyetin yürütölmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişisi” olarak tanımlanmıştır. Bu düzenleme istihdamı değil kişinin icra ettiğı görevi esas almıştır.¹⁹⁷ TCK’ya göre görevli ile devlet arasında istihdam ilişkisi bulunması zorunlu olmadığından ceza hukukundaki kamu görevlisi kavramının kapsamı idare hukukuna göre daha geniştir.¹⁹⁸ Ayrıca madde gerekçesinde¹⁹⁹ “memur tanımını da kapsayan kamu görevlisi tanımına yer

¹⁹⁵ <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 29.03.2021.

¹⁹⁶ MAHMUTOĞLU/TALAS, s. 15-16; ERMAN, bu görüşün aksine, avukatların adli makam ve merciler önünde, müvekkillerini temsil etmeleri sırasında, yargılama faaliyetine katılmaları ve bu makamların verecekleri kararlarda etkili olmaları sebebi ile kamu görevi ifa ettiklerini dolayısı ile memur sayılmaları gerektiğini öne sürmektedir. Ancak adli makamlar önünde müvekkillerini temsil etmedikleri, danışmanlık hizmeti verdikleri sırada yargılama faaliyetine katılmaları söz konusu olmadığından, bu durumda avukatların kamu görevi yaptıklarının söylenemeyeceğı, hatta müvekkilleri ile aralarındaki özel hukuka dayalı vekâlet ilişkisi sebebi ile bu faaliyetin kamu hizmeti dahi sayılamayacağını ifade etmektedir. [ERMAN, Sahir, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, (C. 2, S. 3, Y.1947), s. 268, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/38546>. Erişim tarihi: 10.12.2020].

¹⁹⁷ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, s. 751.

¹⁹⁸ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 1072; DEMREN DÖNMEZ, Burcu, “Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisi Kavramı”, *Türkiye Barolar Birliğı Dergisi*, (S. 94, 2001), s. 118, <http://tbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-94-705>, Erişim tarihi: 01.09.2019.

¹⁹⁹ TCK m.6’nın gerekçesi şöyledir: “765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki “memur” tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan “kamu görevlisi” tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. Bilindiğı üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütölmesidir. Bu faaliyetin yürütölmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi 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 olduğı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

verildiği” hususunun vurgulanması, kamu görevlisinin eski TCK’ya göre memur kavramından daha geniş bir kapsamı olduğunu göstermektedir.²⁰⁰ Kanun koyucu, bu düşüncesini TCK’nın 6’ncı maddesinde kamu görevlisi kavramını “*kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma*” ifadesi ile açıklayarak ortaya koymuştur.²⁰¹ Bu ifade TCK’daki kamu görevlisi kavramının en önemli unsurunu oluşturmaktadır.²⁰² Madde gerekçesinde de “*kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçütün, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olduğu*” belirtilmiştir. Bu sebeple TCK’nın 6’ncı maddesinde yer alan kamu görevlisi tanımının açıklanabilmesi için “*kamusal faaliyet*” kavramına açıklık getirilmesi gerekmektedir. Kanun koyucu gerekçede kamusal faaliyeti “*Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi*” şeklinde tanımlamıştır.

Kamu görevlisi kavramını açıklamak için kanun koyucunun tercih ettiği kamusal faaliyet kavramı, idare hukukunda terim olarak yer almamakta olup, doktrinde kamusal faaliyetin idare hukukundaki kamu hizmeti olarak anlaşılması gerektiği savunulmaktadır.²⁰³ Kamu hizmeti, “*siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyetlerdir.*”²⁰⁴ Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, bir faaliyet sadece niteliği gereği kamu hizmeti olarak kabul

Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler. Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır.” <<https://www.tckmadde.com/6-2/>>, Erişim tarihi:01.09.2019.

²⁰⁰ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 1073.

²⁰¹ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s.1073; DÖNMEZ, Burcu, “Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, (C: 19, Özel Sayı, 2017), s. 2733- 2734, < <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/5-BURCU-DONMEZ.pdf>>, Erişim tarihi: 18.04.2021.

²⁰² TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 1071; ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 683.

²⁰³ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 1073; ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 683.

²⁰⁴ GÜNDAY, s. 332; AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), s. 600.

edilemez. Burada esas olan siyasal iradenin, faaliyetin kamu hizmeti olduğu yönündeki kabulüdür.²⁰⁵

Kanun koyucu, TCK'nın 6'ncı maddesinde kamu görevlisi kavramını kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma ifadesi ile açıklayarak kamu hizmeti gören kişilerin de kamu görevlisi kavramı kapsamına dâhil edilmelerini sağlamayı amaçlamıştır.²⁰⁶ Ancak kamuya yönelik olarak yürütülen veya kamuya yararlı olan her hizmeti bu kapsama dâhil etmek maddenin uygulama alanını genişletecektir. Oysa kanun koyucunun amacı kamuya yararlı bir faaliyetin yürütülmesine katılan kişileri kamu görevlisi kabul etmek değildir.²⁰⁷ Tüm bu açıklamalar doğrultusunda, TCK'nın 6'ncı maddesinde düzenlenen kamu görevlisi kavramının kapsamına kamu görevi gören kişiler ile birlikte kamu hizmeti yürütenler girmektedir. Kamuya yararlı bir faaliyet yürütenler bu kapsamın dışında kalmaktadır.²⁰⁸

Kanun koyucu gerekçede, “kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağını” ifade etmiştir. İdare hukukunda kamu yararı amacı taşıyan bir faaliyetin özel hukuk kişisi tarafından yürütülmesi, kamu tüzel kişisinden alınan yetkiyle ve bu kamu tüzel kişisinin denetimi altında mümkün olmaktadır.²⁰⁹ Özel hukuk kişisi, ruhsat, müşterek emanet, iltizam, imtiyaz ve yap-işlet-devret usulleri kamu hizmetini yürütme hususunda kamu tüzel kişisinden yetki almaktadır.²¹⁰ İdare hukukuna özgü bu usuller ile kamu hizmeti yürüten özel hukuk kişileri TCK anlamında kamu görevlisi kabul edilmemektedir.²¹¹ Buna rağmen,

²⁰⁵ GÜNDAY, s. 332; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 1074; DEMREN DÖNMEZ, “Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisi Kavramı”, s. 120.

²⁰⁶ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 1074.

²⁰⁷ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 1074; ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 683.

²⁰⁸ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 1074-1075; DEMREN DÖNMEZ, “Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisi Kavramı”, s. 121.

²⁰⁹ GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku Cilt II*, (Bursa: Ekin Basım, 2019), s. 258.

²¹⁰ GÜNDAY, s. 342. İhale bu usuller arasında yer almamaktadır. (TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s.1075).

²¹¹ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 1075; ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 683.

Yargıtay ve doktrine göre KİT çalışanları TCK anlamında kamu görevlisi sayılmaktadır.²¹²

Kanun koyucu, TCK'nın 6'ncı maddesinin d bendinde, “*yüksek mahkemeler, adli ve idarî mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar*” için yargı görevini yapan şeklinde ayrı bir tanımlama yapmış ise de bu düzenleme maddede belirtilen kişilerin kamu görevlisi olma niteliğini değiştirmemektedir.²¹³ Zira yargı mensupları kamu görevi yerine getirdiklerinden, soruşturma usulleri farklı kanuna tabi olsa da, gerek işledikleri suçlar, gerekse kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi olma niteliği taşımaktadırlar.²¹⁴ Yargılama faaliyetinin kamusal faaliyet olması; avukatlık mesleğinin amacı, kamu hizmeti niteliği ve yargılama faaliyetindeki önemi birlikte değerlendirildiğinde, avukatın TCK'nda “*yargı görevini yapan*” şeklinde ayrıca tanımlanmış olması, işledikleri suçlar ya da kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi olarak kabul edileceklerine ilişkin görüş kanaatimizce de yerindedir. Ayrıca kanun koyucu gerekçede mesleki faaliyetleri bağlamında kamu görevlisi oldukları hususunda tereddüt edilmemesi gereken meslek mensuplarına örnek olarak avukatları göstermektedir. Bu sebeple “*yargı görevi yapan*” tanımı ile avukatların TCK anlamında kamu görevlisi olma niteliğinin değiştirilmesinin amaçlandığını söylemek mümkün görülmemektedir.

Avukatların kamu görevlisi olduğunu açıkça dile getiren bir başka düzenleme, işkence suçunun avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısı ile işlenmesini suçun nitelikli hali olarak düzenleyen TCK'nın 94'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının b bendidir.²¹⁵

Yargıtay, “1136 sayılı Avukatlık Kanununun 1'inci maddesindeki avukatlığın kamu hizmeti ve yargının kurucu unsurlarından olduğuna ilişkin belirleme, 2'inci maddesinde yazılı amacı, 76/1 ve 109/1-2 maddelerindeki Baroların ve Türkiye Barolar Birliğinin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları olduğuna ilişkin

²¹² TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 1076; ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 683.

²¹³ DEMREN DÖNMEZ, “*Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisi Kavramı*”, s. 114.

²¹⁴ DEMREN DÖNMEZ, “*Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisi Kavramı*”, s. 114.

²¹⁵ MAHMUTOĞLU/TALAS, s. 18.

hükümler ile 5237 Sayılı TCK'nın 6/1-c maddesindeki tanım ve gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde; 1136 Sayılı Kanun'un 35/1 ve 35/A maddelerinde yazılı ve münhasıran avukatlar tarafından yapılabilecek iş ve işlemler ile uzlaştırma işlemi ve Barolar ile Türkiye Barolar Birliğinin organlarında ifa ettikleri görevleri yönünden avukatların kamu görevlisi olduklarında kuşku bulunmadığını...” ifade etmektedir.²¹⁶

TCK'nın 6'ncı maddesi hükmü karşısında, eski TCK döneminde Av. K.'nın 1'inci ve 62'inci maddeleri ile ilgili tartışmalar²¹⁷ ve bu düzenlemelerin uygulamaya etkilerine değinmek gerekmektedir. 5237 sayılı TCK ile eski TCK'daki kamu hizmeti - kamu görevi ayrımı terk edilip, kamusal faaliyet ölçütü benimsendiğinden, Av. K.'nın 1'inci maddesindeki “kamu hizmeti ve serbest meslek” tanımından kaynaklanan tartışmalar sona ermiştir.²¹⁸

Av. K.'nın 62'nci maddesine göre “Bu Kanun ve diğer kanunlar gereğince avukat sıfatı ile veya Türkiye Barolar Birliğinin yahut baroların organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi kötüye kullanan avukat Türk Ceza Kanununun 257'nci maddesi hükümlerine göre cezalandırılır.” Bu maddedeki düzenlemenin, sadece TCK'nın 6'ncı maddesinde yer alan kamu görevlisi tanımı ile zımnen kaldırılmış olduğunun öne sürülme imkânı bulunmamaktadır. Her ne kadar Av. K.'nın 62'nci maddesi, TCK karşısında özel hüküm niteliği taşımakta ise de bu maddelere ilişkin olarak yapılacak değerlendirmede TCK'nın 5'inci madde hükmünün de dikkate alınması gerekmektedir.²¹⁹

TCK'nın 5'inci maddesi ile kanun koyucu özel kanun genel kanun ilişkisinde farklı bir sistem benimsemiştir.²²⁰ Bu düzenlemeye göre, “Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da

²¹⁶ Y. 5. CD., T. 24.12.2015, E. 2013/15290, K. 2015/17789; Y. 5. CD., T. 28.12.2015, E. 2015/12090, K. 2015/17843; Y. 5. CD., T. 15.3.2016, E. 2014/796, K. 2016/2752; Y. 5. CD., T. 08.10.2019, E. 2017/3907, K. 2019/9452; Y. 5. CD., T. 15.10.2019, E. 2015/7005, K. 2019/9757, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 29.03.2021.

²¹⁷ Birinci Bölüm, II., E., 2., a.

²¹⁸ MAHMUTOĞLU/TALAS, s. 17.

²¹⁹ MAHMUTOĞLU/TALAS, s. 17.

²²⁰ ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), s. 109.

uygulanır.” Eski TCK’ya paralel bir düzenleme²²¹ getiren Hükümet Tasarısı’nın 3’üncü maddesi TBMM Adalet Komisyonu’nda kabul görmemiş, madde metninin yürürlükteki hali 5’inci madde olarak kabul edilmiş ve bu haliyle kanunlaşmıştır.²²² Madde gerekçesinde bu düzenlemenin kabul ediliş sebebi, “*Özel ceza kanunlarında ve ceza içeren kanunlarda suç tanımlarına yer verilmesinin yanı sıra, çoğu zaman örneğin teşebbüs, iştirak ve içtima gibi konularda da bu kanunda benimsenen ilkelerle çelişen hükümlere yer verilmektedir. Böylece, ceza kanununda benimsenen genel kurallara aykırı uygulamaların yolu açılmakta ve temel ilkeler dolanılmaktadır. Tüm bu sakıncaların önüne geçebilmek bakımından, ayrıca hukuk uygulamasında birliği sağlamak ve hukuk güvenliğini sağlamak için; diğer kanunlarda sadece özel suç tanımlarına yer verilmesi ve bu suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesi ile yetinilmelidir. Buna karşılık, suç ve yaptırımlarla ilgili olarak bu kanunda belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan suçlar açısından da uygulanmasının temin edilmesi gerekmektedir. Aksi yöndeki düzenlemelerin hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturması nedeniyle Hükümet Tasarısındaki madde metni değiştirilmiştir.*”²²³

TCK’nın 5’inci maddesi hükmü 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un geçici 1’inci maddesi gereğince 31.12.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu sebeple bu tarihten önce yürürlüğe girmiş olan kanunlarda yer alan ve TCK’nın genel hükümlerine aykırı bulunan düzenlemeler zımnen yürürlükten kaldırılmış olmaktadır.²²⁴ Ancak TCK’nın 5’inci maddesi hükmünün “*genel norm- özel norm*” ilişkisinde uygulanması mümkün değildir.²²⁵ Bir suçun hem TCK’da hem de özel kanunda düzenlenmesi durumunda, “*genel norm- özel norm*” ilişkisi söz konusu olacak ve “*özel normun önceliği*” ilkesi uygulama

²²¹ Eski TCK’nın 10’uncu maddesinin “*Bu kanundaki hükümler, hususi ceza kanunlarının buna muhalif olmayan mevaddı hakkında da tatbik olunur*” şeklindeki düzenlemesi ile ceza kanununda yer alan genel hükümlerin, aksi belirtilmedikçe özel kanunlar veya ceza hükmü içeren diğer kanunlar yönünden de geçerli olacağı kabul edilmişti. [KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), s. 45].

²²² ÖZGENÇ, “*Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, s. 110.

²²³ <www.legalbank.net>, Erişim tarihi: 23.04.2021.

²²⁴ ÖZGENÇ, “*Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, s. 111; KOCA/ ÜZÜLMEZ, “*Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, s. 47.

²²⁵ ÖZGENÇ, “*Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, s. 112.

alanı bulacaktır.²²⁶ Ayrıca TCK'nın 5'inci maddesi anayasa hükmü olmadığından bu maddenin yürürlüğe girdiği 31.12.2008 tarihinden sonra kabul edilen ve TCK'nın genel hükümlerine aykırı düzenlemeler içeren özel kanunlar yürürlükte kalmaya devam edecektir. Zira kanunların anayasal ilke ve kurallara uygun olması gerekmekte, hukuka uygunluk denetimi yapılırken diğer kanun hükümleri değil anayasal ilke ve kurallar dikkate alınmaktadır. Bu sebeple TCK'nın 5'inci maddesinin, 31.12.2008 yürürlük tarihinden sonra çıkarılacak kanunlar için kanun koyucuyu bağlayıcı bir gücü olduğu söylenememektedir.²²⁷

Bu açıklamalar doğrultusunda, avukatlar kamu görevlilerine özgü tüm suçların faili olabilecekleri gibi suçun failinin kamu görevlisi olmasını nitelikli hal olarak belirten tüm hükümler avukatlar için de uygulanabilecektir. Av. K.'nın 62'nci maddesinin kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi kötüye kullanan avukatın TCK'nın 257'nci maddesine göre cezalandırılacağına ilişkin düzenlemesinin bu hususta bir sınırlama getirdiği ileri sürülemeyecektir.²²⁸

İdari teşkilat yapısında ast üst ilişkisi içinde, idareye bağlı olarak çalışan, ücretini devletten alan ve devlete karşı sadakat yükümlülüğü olan kamu görevlileri ile serbest meslek mensubu olan, bağımsız, ast üst ilişkisine tabi olmayan avukatların, ceza kanunu uygulamasında, her hal ve şartta aynı statüye tabi tutulmaları birtakım tutarsızlıklara sebep olabilecektir.²²⁹

Zimmet (TCK m. 247), irtikâp (TCK m. 250), rüşvet (TCK m. 252), görevi kötüye kullanma (TCK m. 257), resmi belgede sahtecilik (TCK m. 204) gibi suçlar bakımından avukatların kamu görevlisi sıfatı ile cezalandırılmaları doğru bir uygulama olsa da, TCK'nın "*kamu görevlisinin suçu bildirmemesi*" kenar başlıklı 279'uncu maddesinin, TCK'da kamu görevlisi olarak kabul edilmeleri sebebi

²²⁶ ÖZGENÇ, "*Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*", s.112; ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), s. 110.

²²⁷ KOCA/ ÜZÜLMEZ, "*Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*", s. 47.

²²⁸ MAHMUTOĞLU/TALAS, s. 18-19.

²²⁹ MAHMUTOĞLU/TALAS, s. 19; SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 22-23.

avukatlar hakkında da uygulanması avukatlık meslek ilkeleri ile bağdaşmayan sonuçlar ortaya çıkaracaktır.²³⁰

TCK'nın 279'uncu maddesine göre, “(1) 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. (2) Suçun, adli kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkra göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.” Bu düzenlemenin müvekkiline karşı sır saklama yükümlülüğü olan avukat hakkında uygulanması gerektiğini öne sürmek, avukatın müvekkili ile ilgili olarak edindiği bilgiyi yetkili makamlara bildirme zorunluluğu olduğunu kabul etmek ve avukata ihbar yükümlülüğü yüklemek anlamına gelecektir.²³¹ TCK'nın 279'uncu maddesi hükmü ile avukatlara ihbar yükümlülüğünün yüklendiğinin kabulü durumunda, göreve ilişkin sırrın açıklanması suçunu düzenleyen TCK'nın 258'inci maddesinin ihlal edilmesi söz konusu olacaktır.²³²

Doktrinde bu sakıncaların ortadan kaldırılması için çeşitli çözümler önerilmektedir. SUNGURTEKİN ÖZKAN, genel bir düzenleme ile avukatı kamu görevlisi kabul etmek yerine, avukatlık mesleğinin ilke ve özellikleri dikkate alınarak ayrı ayrı düzenlemeler yapılarak Av. K.'nın 62'nci maddesinde olduğu şekilde, uygulanacak ceza kanunu hükümlerinin tespit edilmesinin daha uygun olacağını ifade etmektedir.²³³

MAHMUTOĞLU/TALAS avukatlık mesleğinin niteliklerinin özenle irdelenmesi suretiyle sayma yöntemi kullanılarak suç tiplerinin belirlenebileceği veya mesleğe uygunluk gösteren suçlara ilişkin düzenlemelerde nitelikli hallerin ayrıca gösterilebileceği ya da avukatlara özgü suçların sadece avukatlık kanununda düzenlenebileceği şeklinde öneriler getirmektedir.²³⁴ Yazarlar ayrıca avukatları

²³⁰ MAHMUTOĞLU/TALAS, s. 19; SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 23- 24.

²³¹ MAHMUTOĞLU/TALAS, s. 19; SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 24.

²³² MAHMUTOĞLU/TALAS, s. 19.

²³³ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 25.

²³⁴ MAHMUTOĞLU/TALAS, s. 19.

memurlar ile eş tutan düzenlemeden mümkün olduğunca uzaklaşmanın daha yerinde bir yaklaşım olacağını savunmaktadırlar.²³⁵

Avukatın kamu görevlisi olduğuna ilişkin TCK'daki genel düzenleme yerine, Av. K.'nın 62'nci maddesi düzenlemesinde yapıldığı şekilde, uygulanacak TCK hükümlerinin, mesleğin nitelikleri ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükümleri dikkate alınarak tek tek belirlenmesi halinde mevcut düzenlemenin yarattığı sorunların çözüme kavuşacağına ilişkin görüşlere katılmaktayız.



²³⁵ MAHMUTOĞLU/TALAS, s. 19- 20.

İKİNCİ BÖLÜM

AVUKATLIK KANUNUNDAKİ ÖZEL SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜNÜN KAPSAMI

I. AVUKATLAR HAKKINDA ÖZEL SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜNÜN UYGULANMAYACAĞI HALLER

A. Görev Dışı Suçlar - Kişisel Suçlar

Av. K.’nın 58’inci maddesine 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.*” Bu düzenlemede avukatların mesleki faaliyetleri ile Türkiye Barolar Birliği veya baroların organlarındaki görevlerinden kaynaklanan ya da bu görevleri sırasında işledikleri suçlar dışındaki suçlar, görev dışı suç veya kişisel suç olarak kabul edilmiş ve özel soruşturma usulünün kapsamı dışında tutulmuştur.

Av. K.’nın 58’inci maddesinin bu hükmünden hareketle, avukatlık göreviyle ilgisi bulunmayan ve/veya avukatlık görevi sırasında işlenmiş olmayan suçlar kişisel suçlar olarak tanımlanmaktadır.²³⁶ Avukatlık sıfatı, avukatların görev dışı - kişisel suçları bakımından bir önem taşımamaktadır.²³⁷ Bu sebeple avukatların kişisel

²³⁶ MISIR, “*Avukatın Görev Suçları*”, s. 14; GÖKCAN, s. 51; ÇELİK, İsa, *Nitelikleri, Hak ve Yükümlülükleri Kapsamında Avukatlık Suçları*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), s. 281; ALDEMİR, Hüsnü, *Uygulamada Avukatlık Hukuku*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), s. 1763.

²³⁷ ALDEMİR, s. 1763; MISIR, “*Avukatın Görev Suçları*”, s. 17; ÇELİK, s. 281.

suçlarından dolayı, soruşturma ve kovuşturma CMK’da yer alan genel hükümlere göre yürütülür.²³⁸

B. Yargılanması Ağır Ceza Mahkemesinin Görevi Kapsamında Olan Suçtan Dolayı Suç Üstü Hali

1. Ağır Cezayı Gerektiren Suçüstü Hali Kavramı

“Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali” ifadesine Anayasa’nın yasama dokunulmazlığını düzenleyen 83’üncü maddesinin 2’nci fıkrasında, “Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır.” şeklinde yer verilmiştir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, “ağır cezayı gerektiren suçüstü hali” milletvekili dokunulmazlığının sağladığı anayasal güvencelerin istisnasını oluşturmaktadır.²³⁹

SAĞLAM, “ağır cezayı gerektiren suçüstü hali” ifadesine, Anayasa’da 83’üncü maddenin 2’nci fıkrasından başka bir maddede yer verilmemiş olduğuna dikkat çekmekte, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesinin zorunlu uzantısı olarak yüksek mahkeme üyeleri hakkında ceza soruşturması usulüne ilişkin kanunlarda milletvekili dokunulmazlığının bir istisnası şeklinde öngörülen bu düzenlemeye rastlandığını ifade etmektedir.²⁴⁰ Bu yorumdan hareketle aynı istisnanın Av. K.’nın 61’inci maddesinin “Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde soruşturma, bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından genel hükümlere göre yapılır” şeklindeki düzenlemesi ile avukatların görev suçlarına ilişkin özel soruşturma usulü içinde öngörüldüğünü söylemek mümkün olmaktadır.

Milletvekili dokunulmazlığının amacı milletvekiline cezasızlık sağlamak değil, siyasi sebeplerle açılacak keyfi ve asılsız kovuşturmalara karşı koruyucu

²³⁸ ÇELİK, s. 281; GÖKCAN, s. 51.

²³⁹ SAĞLAM, Fazıl, “Anayasa Hukuku Perspektifi İle Ağır Cezayı Gerektiren Suçüstü Hali Kavramı Üzerine Bir Deneme”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, (2019, C: 8, S: 15), s. 226, <<http://anayasader.org/wp-content/uploads/2020/05/Sa%C4%9Fam-AYHD-15.pdf>>, Erişim tarihi:09.04.2021.

²⁴⁰ SAĞLAM, s. 226-227.

kalkan oluşturarak milletvekillerinin yasama faaliyetinden uzaklaştırılmasını önlemektir. Daha açık bir ifade ile iktidar çoğunluğuna karşı, muhalefetteki milletvekillerini korumaktır.²⁴¹

Tıpkı yasama dokunulmazlığında olduğu gibi, devletin diğer bazı organlarında görev alan kişilerin görevlerini serbestçe yerine getirebilmesinde kamu yararı bulunmaktadır. Bu sebeple devlet görevlerini üstlenen kişilerin de keyfi ve asılsız soruşturmalardan korunması amacı ile kanunlarla özel soruşturma usulleri düzenlenmiş ve bu usullerde ceza muhakemesinin başlatılması için izin şartının gerçekleşmesi öngörülmüştür.²⁴²

Doktrinde izin kavramını aktif ve pasif ayırımı yaparak açıklayan görüşe göre²⁴³, aktif izin ile devletin bazı organlarının görevleri yönünden korunması amaçlanmakta ve eylem değil failin sıfatı dikkate alınmaktadır. Pasif izinde ise eylem esas alınır. Kanun koyucu tarafından düzenlenen özel soruşturma usullerinde izin ifadesine yer verilmekte ise de, failin sıfatının dikkate alındığı bu özel usullerde, aktif izin ile dokunulmazlık adı verilen yargılama engelinin kaldırılması söz konusudur.²⁴⁴ Nitekim kanun koyucu, avukatlar²⁴⁵, noterler²⁴⁶, hakimler ve savcılar²⁴⁷, hakimler savcılar yüksek kurulu üyeleri²⁴⁸, memurları²⁴⁹ için ön gördüğü

²⁴¹ TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, (İstanbul: Beta Basım, Yirminci Baskı'dan Tıpkı Yirmidördüncü Baskı, 2020), s. 456; TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, (İstanbul: Beta Basım, 2020), s. 267; KABOĞLU, İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2020), s. 124; ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), s. 283; GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I*, (Bursa: Ekin Basım, 2020), s. 864- 865.

²⁴² YENİSEY/NUHOĞLU, s. 588; ÖZTÜRK, Bahri/ TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ SİRMA GEZER, Özge/ SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ ALAN AKCAN, Esra/ ÖZAYDIN, Özdem/ ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser/ ALTINOK VILLEMIN, Derya/ TOK, Mehmet Can, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), s. 53-55.

²⁴³ Üçüncü Bölüm, I., B.

²⁴⁴ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 588.

²⁴⁵ Av. K. m. 61: "Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde soruşturma, bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından genel hükümlere göre yapılır."

²⁴⁶ NK m. 156: "Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde soruşturma genel hükümlere göre yapılır."

²⁴⁷ HSK m. 94/1: "Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde hazırlık soruşturması genel hükümlere göre yapılır. Hazırlık soruşturması yetkili Cumhuriyet savcıları tarafından bizzat yürütülür."

özel soruşturma usullerinde, aktif izin, bir diğer deyişle dokunulmazlığın kaldırılması sistemine yer vermiş, bu dokunulmazlığın istisnasını “ağır cezayı gerektiren suçüstü hali” olarak düzenlemiştir. Bu sebeple, kanaatimizce, SAĞLAM’ın milletvekili dokunulmazlığının istinası olarak anayasada öngörülen “ağır cezayı gerektiren suçüstü hali” ifadesine yüksek mahkeme üyeleri hakkında ceza soruşturması usulünü düzenleyen kanunlarda²⁵⁰, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesinin zorunlu uzantısı olarak yer verildiği şeklindeki yorumunun; avukatlar, noterler, hakimler ve savcılar, hakimler savcılar yüksek kurulu üyeleri, memurları ve özel soruşturma usulüne tabi tüm kişileri de kapsayacak şekilde genişletilmesi gerekmektedir.

2. Ağır Cezayı Gerektiren Suçüstü Hali Kavramının İstisna Olarak Belirlenmesinin Sebebi

Anayasa hukukçularının yasama dokunulmazlığının istisnası olarak ağır cezayı gerektiren suçüstü hali kavramının tercih edilme sebebine ilişkin

AHK m. 28/2: “Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hallerinde soruşturma genel hükümlere göre yapılır. Soruşturma yetkili Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcı vekilleri tarafından bizzat yürütülür.”

AHK m. 37/5: “Ağır ceza mahkemelerinin görevine giren suçüstü halleri dışında, suç işlediği ileri sürülen askeri hakimler, yakalanamaz, üzerleri, konutları ve araçları aranamaz, sorguya çekilemezler. Ancak durum, derhal Millî Savunma Bakanlığına bildirilir. Bu fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında genel hükümlere göre doğrudan doğruya soruşturma ve kovuşturma yapılır.”

²⁴⁸ HSKK m. 38/9: “Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde soruşturma genel hükümlere göre yürütülür ve durum hemen Kurula bildirilir.”

²⁴⁹ MDKGYHK m. 2/3: “Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir.”

²⁵⁰ AMKYUHK m. 16: “(1) Başkan ve üyelerin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçları, kişisel suçları ve disiplin eylemleri için soruşturma açılması Genel Kurulun kararına bağlıdır. Ancak, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde, soruşturma genel hükümlere göre yürütülür.”

AMKYUHK m. 17: “(1) Ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili suçüstü hâli istisna olmak üzere, görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçları ve kişisel suçları nedeniyle Başkan ve üyeler hakkında koruma tedbirlerine ancak bu madde hükümlerine göre karar verilebilir.

(2) Ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili suçüstü hâllerinde soruşturma genel hükümlere göre yürütülür. İddianame hazırlanması hâlinde kovuşturma Yargıtay ilgili ceza dairesince yapılır.

(3) Ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili suçüstü hâli dışındaki görevden doğan veya görev sırasında işlendiği iddia edilen suçlar ile kişisel suçlarda Soruşturma Kurulu, soruşturma sırasında 5271 sayılı Kanunda ve diğer kanunlarda yer alan koruma tedbirlerinin alınması talebinde bulunursa, Genel Kurulca bu konuda karar verilir.”

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

açıklamalardan yararlanarak aynı kavramın avukatlar hakkındaki özel soruşturma usulünün de istisnası olarak 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda öngörülmesinin sebebi açıklanmaya çalışılacaktır.

ÖZBUDUN'a göre, *“Ağır cezayı gerektiren suçüstü halinin dokunulmazlığın kapsamı dışında bırakılmış olmasının sebebi, bu durumda isnadın ciddiyeti hakkında kuvvetli bir karinenin varlığıdır.”*²⁵¹

TEZİÇ suçüstü halinde, *“isnadın asılsız, uydurma ve siyasi amaçla yapıldığına ilişkin bir sav ileri sürülemeyeceğinden, dokunulmazlığın koruyuculuğundan söz edilemez. Dokunulmazlığın tanınmasının temel nedeni olan bu tür ihtimal ortada olmayınca da, dokunulmazlıktan yararlanmaya imkan yoktur.”*

TANÖR ve YÜZBAŞIOĞLU'na göre, ağır cezayı gerektiren suçüstü halinin dokunulmazlık kapsamı dışında tutulmasında, *“suçun ağırlığı ile birlikte, sıcağı sıcağına olması nedeniyle, isnadın ciddiliğinin etken olduğu söylenebilir. Çünkü isnadın ciddi olması, dokunulmazlık kurumunun amacı olan siyasi istismar ihtimalini ortadan kaldırmaktadır.”*²⁵²

GÖZLER'e göre, *“Suçüstü halinde parlamento üyesinin suç işlediği apaçık ortadadır. Böyle bir durumda da parlamento üyesine dokunulmazlık tanınması, parlamento üyesine tanınmış bir ayrıcalık durumuna gelir ki, bu yasama dokunulmazlığının amacıyla bağdaşmaz. O nedenle genellikle, suçüstü halinde işlenmiş suçların yasama dokunulmazlığının kapsamı dışında kaldığını anayasalar belirtmektedir. Ancak ufak tefek birtakım suçların suçüstü halinde işlenmesi sebebiyle parlamento üyesinin tutuklanması durumunda da parlamento üyelerinin yasama fonksiyonunu ifa etmeleri gereksiz yere engellenebilir. O nedenle, genel olarak suçüstü halini değil, suçüstü halinde işlenmiş olan adam öldürme (cinai cürm-ü meşhut) veya ağır cezalı suçlar için bu istisnanın tanınması daha uygun olacaktır.”*²⁵³

²⁵¹ ÖZBUDUN, s. 283.

²⁵² TANÖR/ YÜZBAŞIOĞLU, s. 268.

²⁵³ GÖZLER, “Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I”, s. 867.

EREN, “suçüstü halinde dokunulmazlıkla amaçlanan görevin engellenmemesi şeklindeki kamu yararının ortadan kalktığını” belirtmektedir.²⁵⁴

Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali istisnasının sebebini açıklayan bu görüşler aynı doğrultuda olup istisnanın sınırları suçun ağırlığı ve suç işlendiğine dair isnadın ciddiyeti öngörülerek dar bir çerçevede belirlenmiştir.²⁵⁵

Avukatlık mesleğinin hak arama özgürlüğünün sağlanmasındaki fonksiyonu²⁵⁶ ve bağımsızlık niteliği gereğince, avukatların görevleri sırasında veya görevleri sebebiyle işledikleri iddia edilen suçların soruşturma ve kovuşturması Av. K.’nın 58’inci maddesi ile özel bir usule tabi tutulmuştur.²⁵⁷ Doktrinde “*avukat dokunulmazlığı*” olarak da ifade edilen²⁵⁸ bu özel soruşturma ve kovuşturma usulü ile avukatların haksız suçlamalara karşı korunması ve mesleki bağımsızlığın sağlanması amaçlanmaktadır.²⁵⁹ Avukatlık mesleğinin bu özellikleri dikkate alınarak, mesleki faaliyetlerin yerine getirilmesi sırasında avukatlara sağlanan dokunulmazlığa, Av. K.’nın 61’inci maddesi ile sınırlı bir istisna getirilmiş olduğunu söyleyebiliriz.

3. Ağır Cezayı Gerektiren Suçüstü Hali İstisnasının İncelenmesi

a. Ağır cezayı gerektiren suçlar

Ağır cezayı gerektiren suç kavramı eski TCK’da yer almakta ise de yeni TCK’da bu kavrama yer verilmemiştir.²⁶⁰ TCK’nın “*cezalar*” kenar başlıklı 45’inci

²⁵⁴ EREN, Abdurrahman, *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar- Türk Anayasa Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2020), s. 712.

²⁵⁵ SAĞLAM, s. 227-228.

²⁵⁶ “...hukuksal ilişkilerin düzenlenmesinde, her türlü hukuksal sorun ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında temel görev üstlenen avukat, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının da önemli bir unsurudur. Güçlü ve bağımsız savunma mesleği; hukukun üstünlüğünün, hukuksal uzlaşmanın, adil yargılanma duygusunun ve toplumsal barışın güvencesi olup bu değerler, mesleğinde yetkin bağımsız savunucularla teminat altına alınmıştır.” AYM., T. 15.10.2009, E. 2007/16, K. 2009/147, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 22.10.2020.

²⁵⁷ GÖKCAN, s. 54.

²⁵⁸ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 592.

²⁵⁹ GÖKCAN, s. 55; ÖZEN, “*Avukatlık Hukuku*”, s. 733.

²⁶⁰ SAĞLAM, s. 228; EREN, s. 712.

maddesine göre, “Suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır.” Hapis cezalarını sıralayan 46’ncı maddede ise bu cezalar ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezası olarak belirlenmiştir.

Ayrıca 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un, 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı kanunun 2’nci maddesiyle değişik 12’nci maddesinde ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; “Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ve 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay’ın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler, askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler ile çocuklara özgü kovuşturma hükümleri saklıdır.” Maddede, öncelikle öngörülen cezaya bakılmadan bir takım suçlar sayılmıştır. Ayrıca suç tipine bakılmadan on yıldan fazla hapis cezası öngörülen suçlarla müebbet hapis cezasının her iki türünü gerektiren suçlar da ağır ceza mahkemesinin görevi kapsamına alınmıştır.²⁶¹

Terörle Mücadele Kanunu’nun 10’uncu maddesi ile kurulan özel yetkili terör mahkemeleri 2014 yılında yürürlükten kaldırılırken, ağır ceza mahkemelerinin görev alanı terör suçlarını da kapsayacak şekilde genişletilmiş ve bölgesel yetki kaldırılmıştır.²⁶²

Kaçakçılık Kanunu’nun 17’nci maddesine göre, “Bu Kanun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye ceza mahkemelerinde görülür. Ancak bu

²⁶¹ SAĞLAM, s. 229.

²⁶² YENİSEY/NUHOĞLU, s. 248.

suçlarla bağlantılı olarak resmî belgede sahtecilik suçunun işlenmesi halinde, görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir.”

CMK’nın 161’inci maddesinin 6’ncı fıkrası gereğince, “Vali ve kaymakamların kişisel suçları hakkında soruşturma ve kovuşturma yapma yetkisi, ilgilinin görev yaptığı yerin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesinin bulunduğu yerdeki il Cumhuriyet başsavcılığı ve aynı yer ağır ceza mahkemesine aittir.”

Bu düzenlemeler doğrultusunda, doktrinde ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar, ağır cezayı gerektiren suçlar olarak kabul edilmektedir.²⁶³ Ayrıca 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 23.01.2008 tarih 5728 sayılı kanunun 332’nci maddesi ile değişik 61’inci maddesinde, “ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde” ifadesine yer verilmiştir. 5235 sayılı kanunun 12’nci maddesinde belirtilen suçlar ve özel kanunlarla ağır ceza mahkemesinin görevi kapsamında olduğu öngörülen suçlara ilişkin suçüstü halinin gerçekleşmesi durumunda, Av. K.’nın 61’inci maddesi gereğince soruşturma bizzat Cumhuriyet Savcısı tarafından genel hükümlere göre yapılır.

b. Suçüstü hali kavramı

Suçüstü hali kavramı, CMK’nın 2’nci maddesinin j bendinde üç kategoride tanımlanmıştır. Bu tanımlamada, “suçüstü halinin, (1) işlenmekte 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 ettiği belirtilmektedir.

İşlenmekte olan suç gerçek suçüstü halidir. Bu halde kişiye suç işlenirken rastlanması söz konusudur.²⁶⁴ Diğer iki hal ise suçüstü benzeri hal olarak nitelendirilmekte olup²⁶⁵ bu hallerde kişiye suç işlenirken rastlanmamıştır.²⁶⁶

²⁶³ SAĞLAM, s. 228; EREN, s. 712.

²⁶⁴ CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (İstanbul: Beta Basım, 2020), s. 384; ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), s. 337.

²⁶⁵ CENTEL/ZAFER, s. 384.

²⁶⁶ ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAŞIZ, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, s. 337.

CMK'nın “*tanımlar*” kenar başlıklı 2'nci maddesinde gerçek suçüstü ve suçüstü benzeri haller arasında ayırım yapılmamış maddede sayılan hallerin tamamı suçüstü olarak tanımlanmıştır.²⁶⁷

Suçüstü benzeri hallerde suça ilişkin icra hareketleri tamamlanmıştır. Bu hali anlatan ilk durumda, suçu işleyen kişinin takip edilerek yakalanması²⁶⁸, ikinci durumda ise kişinin suçu pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanması söz konusudur.²⁶⁹ Suçu işlediği anda ya da hemen sonra yakalanmayan failin takibi mümkün ise de takibin meşhut suç ile birlikte başlaması gereklidir. Diğer bir ifade ile suçun işlenmesinin ardından saatler geçmesi halinde faili görenlerin beyanları üzerine yapılan izleme meşhut suçu izleme olarak kabul edilemez.²⁷⁰

4. Avukatların Ağır Ceza Mahkemesinin Görevine Giren Bir Suçtan Dolayı Suçüstü Hali

Av. K'nın 61'inci maddesine göre, “*Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde soruşturma, bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından genel hükümlere göre yapılır.*” Bu maddenin uygulanabilmesi için ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suç olması ve suçüstü halinin gerçekleşmesi şeklinde iki şartın bir arada ve aynı anda bulunması gerekmektedir.²⁷¹

Avukatlar hakkındaki özel soruşturma usulünün istisnasını oluşturan bu düzenlemede görev suçu - kişisel suç ayırımı yapılmamıştır.²⁷² Avukat tarafından işlendiği iddia edilen suçun yargılamasının ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmesi ve suçüstü halinin bulunması durumunda, soruşturma izin alınmaksızın suç yeri Cumhuriyet savcılığınca genel hükümlere göre yapılır, görev suçu olsa dahi

²⁶⁷ CENTEL/ZAFER, s. 384.

²⁶⁸ ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAŞIZ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 337; ÖZTÜRK, Şerif Ahmet, “Kolluğun Gözaltı Yetkisi”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2020, C: 5, S: 1-2), s. 2615.

²⁶⁹ ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAŞIZ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 337.

²⁷⁰ CENTEL/ZAFER, s. 385.

²⁷¹ GÜNER, s. 950. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 61'inci madde hükmünün başlık kısmında ve içeriğinde yer alan “*ağır cezayı gerektiren suçüstü hali*” ifadesi, 23/1/2008 tarih ve 5728 sayılı kanunun 332'nci maddesi ile “*ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali*” şeklinde değiştirilmiştir. <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 08.04.2021.

²⁷² GÖKCAN, s. 51.

avukatlar hakkındaki özel soruşturma usulü uygulanmaz.²⁷³ Bu durumda soruşturma bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Suçüstü hali de olsa, kolluk durumu derhal Cumhuriyet savcısına bildirmek zorundadır.²⁷⁴

II. AVUKATLAR HAKKINDA ÖZEL SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜNÜN HANGİ HALLERDE UYGULANACAĞI

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58'inci maddesinin 1'inci fıkrası gereğince, “*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.*” Avukatlar görevlerini yerine getirirken, gerek çözmeyi üstlendikleri uyuşmazlıkların tarafları, gerekse görevleri sebebi ile muhatap oldukları adli makam ve merciler ile bir takım olumsuzluklar yaşayabilir, haksız suçlamalarla karşılaşabilirler. Bu özel soruşturma usulü ile avukatların görevlerini yaparken uğrayacakları haksız ve asılsız suçlamalara karşı korunması amaçlanmıştır.²⁷⁵ Avukatların görev suçlarından dolayı özel soruşturma ve kovuşturma usulünün uygulanmasının amacı, mesleki bağımsızlığın korunması olduğundan doktrinde bu özel usul “*avukat dokunulmazlığı*” olarak da isimlendirilmektedir.²⁷⁶

²⁷³ GÖKCAN, s. 51; GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, *Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), s. 1038; GÜNAY, Erhan, *Uygulamada Hakim Savcı Avukatlar ile Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1997), s. 94.

²⁷⁴ MISIR, “*Avukatın Görev Suçları*”, s. 20; GÜNAY, “*Uygulamada Hakim Savcı Avukatlar ile Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar*,” s. 94.

²⁷⁵ GÖKCAN, s. 55; ALDEMİR, s. 1723.

²⁷⁶ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 592; CENTEL ve ZAFER, soruşturma ve kovuşturma izni şartının dokunulmazlık hali oluşturduğunu ifade etmektedir. (CENTEL/ ZAFER, s. 732).

A. Avukatlar Hakkındaki Özel Soruşturma ve Kovuşturma Usulüne Tabi Kişiler

Av. K.'da düzenlenmiş olan özel soruşturma ve kovuşturma usulünün sadece serbest çalışan avukatlar hakkında uygulanabileceği; kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan avukatlar için Av. K.'nın hükümlerinin mi yoksa 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun²⁷⁷ hükümlerinin mi uygulanacağı konusunda değişik görüşler bulunmaktadır.²⁷⁸

Bu görüşlerden biri, kamu avukatlarının hem avukat hem de memur olmaları, hatta memur olma vasıflarının, avukatlık mesleğinin önüne geçtiği düşüncesinden hareketle Av. K.'nın yerine 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'da düzenlenen soruşturma usulünün uygulanması gerektiği yönündedir.²⁷⁹ Yargıtay'ın da bir kararında bu görüşü destekler şekilde kamuda çalışan avukatın görevi ihmal suçundan yargılandığı davada, Av. K.'nın 58'inci maddesine gereğince Adalet Bakanlığı'ndan izin alınması gerekmediği

²⁷⁷ “Madde 3 – Soruşturma izni yetkisi

a) İlçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında kaymakam,

b) (Değişik:6/12/2019-7196/51 md.) İlde ve merkez ilçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kaymakamlar hakkında vali,

c) Bölge düzeyinde teşkilatlanan kurum ve kuruluşlarda görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında görev yaptıkları ilin valisi,

d) Cumhurbaşkanına veya Cumhurbaşkanlığına bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşlar ve bakanlıkların merkez ve bağlı veya ilgili kuruluşlarında görev yapan diğer memur ve kamu görevlileri hakkında o kuruluşun en üst idari amiri,

e) (Değişik:6/12/2019-7196/51 md.) (b) ve (c) bentlerindeki hükümler saklı kalmak kaydıyla Cumhurbaşkanı kararıyla atanan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında Cumhurbaşkanı veya ilgili bakan,

f) Türkiye Büyük Millet Meclisinde görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri ve yardımcıları hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı,

g) (Değişik: 2/7/2018-KHK-703/196 md.) Cumhurbaşkanlığında görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı hakkında Cumhurbaşkanı,

h) Büyükşehir belediye başkanları, il ve ilçe belediye başkanları; büyükşehir, il ve ilçe belediye meclisi üyeleri ile il genel meclisi üyeleri hakkında İçişleri Bakanı,

i) İlçelerdeki belde belediye başkanları ve belde belediye meclisi üyeleri hakkında kaymakam, merkez ilçelerdeki belde belediye başkanları ve belde belediye meclisi üyeleri hakkında bulundukları ilin valisi, j) Köy ve mahalle muhtarları ile bu Kanun kapsamına giren diğer memurlar ve kamu görevlileri hakkında ilçelerde kaymakam, merkez ilçede vali, Yokluklarında ise vekilleri tarafından bizzat kullanılır. Yetkili mercilerin saptanmasında, memur veya kamu görevlisinin suç tarihindeki görevi esas alınır. Ast memur ile üst memurun aynı fiile iştiraki halinde izin, üst memurun bağlı olduğu merciden istenir.”

²⁷⁸ GÖKCAN, s.55.

²⁷⁹ ERTÜRK, Cahide Sultan, *Türk Hukukunda Kamu Avukatlığı ve Bağlı Avukatlık*, (Yüksek Lisans Tezi, 2010), <tez.yok.gov.tr>, Erişim tarihi: 19.11.2020.

yönünde hüküm tesis edilmiştir.²⁸⁰ Danıştay'ın da, “1136 sayılı Kanun'un 58, 59, 60 ve 61 inci maddeleri hükümlerinin, özel çalışan avukatlara ilişkin olduğu, kamuda görevli avukatları kapsamadığı” şeklinde kararı bulunmaktadır.²⁸¹

Oysa avukatlık mesleğine kabul için hukuk fakültesinden mezun olmak, bir yıllık staj süresini aralıksız tamamlamak gerekliliği²⁸² hem serbest çalışan avukatlar hem kamuda çalışan avukatlar hem de bir avukatın bürosunda ücret karşılığında çalışan avukatlar için aynıdır. Av. K.'nın 3'üncü maddesinde belirtilen mesleğe kabul şartları, avukatların vergi mevzuatında tabi oldukları hükümlere göre değişiklik göstermemektedir.²⁸³ Kamuda çalışan avukatların, GVK'da belirtilen serbest meslek tanımı dışında kalıyor olmaları, Av. K.'ya tabi olmadıkları ve bu kanun kapsamında mesleki faaliyetlerini yürütmedikleri sonucunu doğurmaz.²⁸⁴ Kaldı ki Av. K.'nın “kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadî teşebbüslerinde görevli avukatlar” kenar başlıklı ek 1'inci maddesine göre, “bu avukatlar görevlerinin gereği olan işleri yaparken baro levhasına kayıtlı avukatların yetkileriyle haklarına sahip ve onların ödevleriyle yükümlüdürler.”

Ayrıca “yargının kurucu unsurlarından bağımsız savunmayı serbestçe temsil eden” (Av. K. m. 1), “kamu görevlisi” (TCK m. 6-c), “yargı görevini yapan” (TCK

²⁸⁰ “Sındırgı Devlet Orman İşletmesi Müdürlüğü'ne bağlı Küzendere Köyü, Çiçekli Alanı Mevkii'ndeki 30.000 m2.lik arazinin, tahdit komisyonunca orman dışı bırakılması sebebiyle S..... Asliye Hukuk Mahkemesine açılan davaların süresinde açılmamış olduğu gerekçesiyle reddine ilişkin kararlar aleyhine Yargıtay yoluna başvurmamak suretiyle Orman Genel Müdürlüğü'nün zararına sebebiyet vermekten sanık anılan genel Müdürlük Avukatı Hasan hakkında, görevi ihmal suçundan dolayı S..... Asliye Ceza Mahkemesinde yapılan yargılama esnasında adı geçen avukat hakkında, Avukatlık Kanunu hükümlerine göre gerekli izin alınmadığından bahisle kamu davasının muvakkaten tatiline ilişkin S..... Asliye Ceza Mahkemesinden verilip kesinleşen 10/10/1979 günlü karar aleyhine Adalet Bakanlığı'ndan verilen 14/12/1979 gün ve 070565 sayılı yazılarına binaen bu işe ait dava evrakı Cumhuriyet Başsavcılığı'ndan 20/12/1979 gün ve 1294 sayılı ihbarname ile daireye gönderilmekle incelendi.Mezkur ihbarnamede: 4353 sayılı Kanunun 32. maddesi hükmüne göre 1136 sayılı Avukatlık Kanunun 58. maddesi mucibince izin istisnâli gerekmediği nazara alınarak duruşmanın devamı ile nihai karar tesisi gerekirken muvakkat tatil kararı ittihazında isabet görülmemiş olduğundan CMUK. nun 343. maddesi uyarınca mezkur kararın bozulması lüzumu ihbar olunmuştur.” Y. 4. CD., T. 25.12.1979, E. 1979/8548, K. 1979/8310, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 20.11.2020.

²⁸¹ Danıştay 2. D., T. 07.05.2002, E. 2002/316, K. 2002/2734, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 20.11.2020.

²⁸² KORKUSUZ/KORKUSUZ, s. 31-32; ÇİNE, Özcan, Uygulamada Soru ve Cevaplarla Avukatlık Hukuku, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), s. 25.

²⁸³ GÖKCAN, s. 56.

²⁸⁴ YILMAZ, “Kamuda Çalışan Avukatlar”, s. 738.

m. 6-d) şeklinde tanımlanan avukatlar arasında ayırım yapılamaz.²⁸⁵ Kaldı ki Av. K.'da, avukatlar hakkındaki özel soruşturma ve kovuşturma usulünün sadece serbest çalışan avukatlar için uygulanacağına dair bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Tüm bu tanım ve kurallar birlikte değerlendirildiğinde, Av. K.'nın avukatlara sağladığı haklar ve yüklediği sorumlulukların kamuda çalışan avukatlar için geçerli olmayacağının söylenemeyeceği, bu sebeple avukatlar hakkındaki özel soruşturma ve kovuşturma usulünün kamu avukatları için de uygulanması gerektiği öne sürülmektedir.²⁸⁶ Bu görüşü savunanlara göre, kamu avukatlarının çalıştıkları kurumlara karşı üstlendikleri idari görevler sebebi ile yapılacak ceza soruşturmalarında, avukatın çalıştığı kurumun çalışanları hangi kanuna tabi ise avukat da bu yasaya tabi olacaktır.²⁸⁷ İzmir Bölge İdare Mahkemesi'nin 19.11.2002 tarih ve 220/284 sayılı kararında da bu görüşü destekler şekilde, avukat hakkında, soruşturma izninin Av. K. gereğince Adalet Bakanlığı tarafından verilmesi gerektiği, MDKGYHK'ya dayanarak İzmir Valiliğince soruşturma izni verilmesinin hukuka uygun olmadığı belirtilmiştir.²⁸⁸

Yargının kurucu unsuru bağımsız savunmanın temsilcisi avukatlar arasında ayırım gözetmeyen bu görüş kanaatimizce de yerindedir. Ayrıca belirtmek isteriz ki Av. K.'nın 58'inci maddesi ile avukatların, avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlar için özel bir soruşturma usulü öngörülmüştür. Oysa MDKGYHK'nın 1'inci maddesinde, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin sadece görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için soruşturma izni verilmesi gerekmektedir. Başka bir ifade ile memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sırasında işledikleri suçlar özel soruşturma usulü kapsamında yer almamaktadır. Av. K.'nın görev sırasında işlenen suçlar için de özel soruşturma usulünün uygulanmasını öngören düzenlemesinin, MDKGYHK düzenlemesine göre daha geniş kapsamlı

²⁸⁵ GÖKCAN, s. 56-58; TOPUZ, İbrahim, *Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Soruşturma ve Yargılama Usülleri*, (Ankara: Mahalli İdareler Derneği Yayını, 2005), s. 277; MISIR, "Avukatın Görev Suçları", s. 24- 25.

²⁸⁶ GÖKCAN, s. 56-58; TOPUZ, s. 277; MISIR, "Avukatın Görev Suçları", s. 25.

²⁸⁷ GÖKCAN, s. 58; GÖKCAN/ARTUÇ, s. 57, 1038-1039; TOPUZ, s. 277.

²⁸⁸ Aktaran GÖKCAN, s. 58.

olmasının, kamuda çalışan avukatlar hakkında Av. K.’nın 58’inci maddesinin uygulanması için bir başka geçerli sebep olarak kabul edilebileceğini düşünmekteyiz.

Stajyer avukatlar, Av.K.’nın 26’ncı maddesi ve Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliği’nin 19’uncu maddesi gereğince, yanında staja başladıkları avukatın yazılı muvafakati ile onun gözetim ve sorumluluğu altında, sulh hukuk ve sulh ceza mahkemeleri, icra tetkik mercilerinde duruşmalara girebilir ve icra müdürlüklerindeki işleri yürütebilirler.

Av. K.’nın 26’ncı maddesi düzenlemesine rağmen, “*stajyer avukatların, baro levhasına kayıtlı avukat sıfatını kazanmadıkları gerekçesi ile TCK’nın 6/1-d maddesinde sayılan yargı görevi yapanlar kapsamında bulunmadığı*”²⁸⁹ yönünde Yargıtay kararları bulunmaktadır. Yargıtay’ın bu kararlarının yanı sıra; “*yanında staj yaptığı avukatın yazılı onayı olmak koşuluyla katılanın 1136 sayılı Kanunun 26’ncı maddesinde sayılan işleri yaparken kamu görevlisi ya da yargı görevi yapan kişilerden sayılacağı*”²⁹⁰ şeklinde aksi yönde görüşleri içeren yakın tarihli kararlarına da rastlanmaktadır.

Nitekim Yargıtay 11. Ceza Dairesi’nin yakın tarihli kararında, “*kamusal faaliyetin icrasını yapan kişilerin kamu görevlisi olduğu*” şeklinde tanımlama yapılmış, “*kamu görevlisinin yapmak istediği işin görevi ve yetkisi kapsamında olması gerektiği*” vurgulanmıştır. Kararda, ayrıca “*1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 26’ncı maddesi hükmünden hareket ile stajyer avukatın, avukat yanında staj aşamasında olup olmadığının araştırılarak avukat yanında staj aşamasında*

²⁸⁹ Y. 5. CD., T. 18.3.2014, E. 2012/16049, K. 2014/3049; Y. 5. CD., T. 20.1.2015, E. 2013/11835, K. 2015/1405; Y. 21. CD., T. 9.11.2015, E. 2015/3387, K. 2015/4834, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 29.03.2021.

²⁹⁰ Y. 4. CD., T. 17.12.2012, E. 2011/7342 E. , K. 2012/30448, <karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim tarihi: 01.04.2021; Y. 3. CD., T. 16.1.2018, E. 2017/6153, K. 2018/154; Y. 18. CD., T. 8.5.2018, E. 2016/7621, K. 2018/6940; Y. 18. CD., T. 7.5.2019, E. 2017/7788, K. 2019/8438; Y. 18. CD., T. 3.12.2019, E. 2018/3665, K. 2019/17112, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 29.03.2021. Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin T. 2.12.2003, E. 2002/28922, K. 2003/11966 sayılı kararında, “*1136 sayılı Avukatlık Yasası’nın 26. maddesi uyarınca yanında staj yaptığı avukatın onayıyla aynı yasanın 57. maddesi gereği işlem yapan stajyer avukata karşı işlenen suçlarda hakimlere karşı işlenen suçlara ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği*” şeklinde hüküm kurulmuştur. <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 29.03.2021.

*olduğunun anlaşılması halinde, kamu görevlisi sayılıp sayılmadığı hususunun irdelenerek sonuca göre hüküm kurulacağı” belirtilmiştir.*²⁹¹

Yargıtay 18. Ceza Dairesi’nin, “*öncelikle avukatlık stajının hangi aşamasında olduğunun tespiti, avukat yanında staj aşamasında olduğunun anlaşılması halinde yanında staj yaptığı avukatın olay tarihinde stajyer avukat olan katılan ...'nun icra işlerinde görevlendirilmesine dair yazılı bir muvafakatının olup olmadığı ve buna göre katılanın kamu görevlisi sayılıp sayılmadığı hususunun araştırılıp, sonucuna göre hüküm kurulacağı*” şeklindeki hükmü ile stajyer avukatın kamu görevlisi olarak kabul edilebilmesi için gerekli ölçütler sayılmış ve bu ölçütlerin Av. K.’nın 26’ncı maddesi ile öngörüldüğü hüküm altına alınmıştır.²⁹²

Av. K.’nın 26’ncı maddesinde belirlenen şartların gerçekleşmesi halinde stajyer avukatların kamu görevlisi olarak kabul edilecekleri yönündeki Yargıtay kararları dikkate alınarak Av. K.’nın 26’ncı maddesinde belirtilen görevleri icra eden stajyer avukatlar için de Av. K.’da düzenlenen özel soruşturma ve kovuşturma usulünün uygulanması gerektiği öne sürülmektedir.²⁹³

Av. K.’nın 26’ncı maddesi gereğince, stajyer avukatlar, yanında staj yaptıkları avukatların yazılı muvafakati ile yetkilendirilmektedir. Bu muvafakat sayesinde, sulh hukuk ve sulh ceza mahkemeleri ile icra tetkik mercilerinde duruşmalara girebilen ve icra müdürlüklerinde işlem yapabilen stajyer avukatların, yazılı muvafakat ile belirlenen sınırlar dâhilinde avukat gibi işlem yapabilecekleri aşîkârdır. Bu sebeple, stajyer avukatların, yanında staj yaptıkları avukatın yazılı muvafakati ile Av. K.’nın 26’ncı maddesinde belirtilen görevleri ifa ettikleri sırada kamu görevlisi oldukları ve bu görevlerinden doğan ya da bu görevleri sebebi ile işledikleri suçlarda, avukatlar hakkındaki özel soruşturma ve kovuşturma usulünden yararlanabilecekleri yönündeki görüş kanaatimizce de yerindedir.

²⁹¹ Y. 11. CD., T. 19.10.2020, E. 2018/2063, K. 2020/5988, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 29.03.2021.

²⁹² Y. 18. CD., T. 07.03.2018, E. 2015/33134, K. 2018/3131, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 29.03.2021.

²⁹³ GÖKCAN, s. 61; MISIR, “Avukatın Görev Suçları”, s. 25.

Av. K.’nın 185’inci maddesine gereğince dava vekilleri²⁹⁴ de avukatlar hakkındaki özel soruşturma ve kovuşturma usulünden yararlanabileceklerdir. Ancak Av. K.’nın geçici 17’nci maddesinin 7’nci fıkrası gereğince dava takipçileri²⁹⁵ bu özel usulden yararlanamazlar.

B. Avukatlar Hakkındaki Özel Soruşturma ve Kovuşturma Usulü Kapsamındaki Suçlar

1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 58’inci maddesinin 1’inci fıkrası, özel soruşturma ve kovuşturma usulünün, avukatların, avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlar için uygulanacağı düzenlenmiştir. Özel soruşturma ve kovuşturma usulünün hangi hallerde uygulanacağı sorusunun cevaplanabilmesi için avukatların görev alanının belirlenmesi gerekmektedir.²⁹⁶

1. Avukatların Görev Alanı

Avukatların görevleri, Av. K.’nın 35’inci maddesinin 1’inci fıkrasında, “*Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek*” olarak sayılmıştır. Sadece avukatlar tarafından yapılabilecek bu işler, avukatların yargılama faaliyeti sırasındaki görevleri olup, aynı zamanda avukatların görev alanını da belirlemektedir. Aynı maddenin 2’nci fıkrasında, resmi dairelerdeki bütün işlerin de avukatlar tarafından yapılabileceği ifade edilmiştir. Bu işlerin, 1’inci fıkrada sayılanlardan farkı, avukat olmayan kişiler tarafından vekâlet alınarak yapılabilecek işler olmasıdır. Av. K.’nın düzenlemesi gereği bu işler de avukatların görev alanı dâhilindedir.²⁹⁷

Av. K.’nın 2’nci maddesinde, avukatlık mesleğinin amacının, “*hukuki münasebetlerin düzenlenmesi, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve*

²⁹⁴ Birinci Bölüm, II., D., 3., b.

²⁹⁵ Birinci Bölüm, II., D., 3., c.

²⁹⁶ GÖKCAN, s. 61.

²⁹⁷ GÖKCAN, s. 61, MISIR, “*Avukatın Görev Suçları*”, s. 26-27, TOPUZ, s. 278-279.

hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlanması” olduğu ifade edilmiştir. Bu maddede ayrıca, “Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıfların avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorunda” oldukları da belirtilmiştir. Avukatların görev alanı tespit edilirken bu düzenlemenin de dikkate alınması ve geniş yorum yapılması gerekmektedir.²⁹⁸

Avukatlar, gerek yargılama faaliyeti kapsamındaki görevleri, gerekse resmi dairelerde müvekkilli adına takip ettikleri işler dolayısı ile kamu görevlisi olarak kabul edilmektedirler. Ancak avukatların özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olmaları, doğrudan kamu görevlisi olma niteliğinden kaynaklanmamaktadır. Av. K.’nın 58’inci maddesinde, avukatların işbu kanun kapsamındaki görevlerinden doğan veya görevi sırasında işledikleri suçlar, özel usulün uygulanma koşulu olarak belirlenmiştir.²⁹⁹ Dava veya icra takip dosyası dolayısı ile işlenen suçlar ile dava veya takip dosyası ile ilgili olmasa da avukatın müvekkilini temsilen resmi daire veya mercilerde takip ettiği idari işler sırasında işledikleri suçlar özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olacaktır.³⁰⁰ Avukatın yaptığı işlemlerde vekâletname ibraz ederek yazılı talepte bulunması özel usulün uygulanması için illiyet bağının kurulmasını sağlayacaktır.³⁰¹

Av. K.’nın 58’inci maddesinin 1’inci fıkrası gereğince, avukatların Türkiye Barolar Birliği veya baroların organlarındaki görevlerinden doğan yahut bu görevleri sırasında işledikleri suçlar da özel soruşturma ve kovuşturma usulü kapsamındadır.

²⁹⁸ MISIR, “*Avukatın Görev Suçları*” s. 26-27; Y. 4. CD., T. 07.11.2007, E. 2007/8456, K. 2007/10000; Y. 5. CD., T. 15.3.2016, E. 2014/796, K. 2016/2752; Y. 18. CD., T. 10.7.2018, E. 2015/21683, K. 2018/10988, <www.lexpera.com.tr>, Erişim tarihi: 27.04.2021; YCGK., T. 16.1.2018, E. 2015/188, K. 2018/9; YCGK., T. 20.3.2012, E. 2011/317, K. 2012/105, <www.legalbank.net>, Erişim tarihi: 05.05.2021; Y. 5. CD., T. 19.6.2014, E. 2013/3051, K. 2014/6821, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 05.05.2021.

²⁹⁹ GÖKCAN, s. 62.

³⁰⁰ GÖKCAN, s. 62; MISIR, “*Avukatın Görev Suçları*”, s. 27.

³⁰¹ MISIR, “*Avukatın Görev Suçları*”, s. 27; YCGK., T. 11.03.2008, E. 2007/4-259, K. 2008/47, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 01.05.2021; Y. 4. CD., T. 27.06.2006, E. 2005/5180, K. 2006/16506; Y. 11. CD., T. 23.11.2010, E. 2009/10620, K. 2010/556, <www.lexpera.com.tr>, Erişim tarihi: 01.05.2021.

2. Görevden Doğan Suç Kavramı

Görev sebebiyle işlenen suç kamu görevlisinin görevinden doğan suç anlamına gelmektedir.³⁰² Suçun kamu görevlilerinin bağlı oldukları mevzuat gereğince ifa ettikleri görevleri sebebiyle işlenmesi ve doğrudan görevin kapsamı ile ilgili olması, suçu meydana getiren eylem ile görev arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir.³⁰³ Bir başka ifade ile bu suçlar kamu görevlisi tarafından görevin yapılmaması, geç yapılması veya görevin yapılması sırasında kamu görevlisinin görev dolayısıyla elde etmiş olduğu yetkinin kötüye kullanılması sonucu oluşmaktadır.³⁰⁴ Görev suçunun, kamu görevlisi tarafından görevin ifası sırasında ya da görevin ifası sebebiyle işlenmesi gerektiğinden, görev bu suçların işlenmesine vasıta olmakta ya da kolaylık sağlamaktadır.³⁰⁵

Suçun görev sebebi ile işlenmiş olmasıyla ifade edilmeye çalışılan husus; kanun koyucu tarafından, ceza kanunlarında failin kamu görevlisi olmasının suçun unsuru, ağırlaştırıcı sebebi veya nitelikli hali olarak düzenlenmiş olmasıdır.³⁰⁶ İşlenen suçun TCK'da ya da başkaca bir özel kanunda yer alması arasında bir fark bulunmamaktadır.³⁰⁷ Failin taşıdığı özellik suçun oluşumunda veya nitelikli halin meydana çıkmasında etkili olduğundan, görevden doğan suçlar özgü suçtur. Başka

³⁰² YURTCAN, Erdener, “*Ceza Yargılaması Hukuku*”, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), s. 732.

³⁰³ GÖKCAN/ARTUÇ, s. 536; DÖNMEZ, “*Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu*”, s. 2735; DEMİR KOŞAR, G. Ceren, *Yaşam Hakkı ile İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Kapsamında Kamu Görevlileri Hakkında Soruşturma İzni İşlemleri*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019); YURTCAN, “*Ceza Yargılaması Hukuku*,” s. 732, Danıştay 1. Dairesinin 4483 sayılı kanuna dair istişari kararı, aktaran TARHAN, R. Bülent, *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Soruşturulması Usulleri*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018).

³⁰⁴ GÖKCAN/ARTUÇ, s. 536.

³⁰⁵ DÖNMEZ, “*Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu*”, s. 2735.

³⁰⁶ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 789; SELÇUK, Sami, “*Kamu Görevlilerinin Yargılanması*”, Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, ed. YENİSEY, Feridun / ÖZGENÇ, İzzet / NUHOĞLU, Ayşe / SÖZÜER, Adem / TURHAN, Faruk, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), s. 1195-1196, ERMAN, s. 236.

³⁰⁷ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 789.

bir deyişle, bu suçlar belirli nitelik ve özelliklere sahip kişiler tarafından işlenebilir, aksi halde suç oluşmaz.³⁰⁸

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun, T. 17.02.2004, E. 2004/2-10, K. 2004/40 sayılı kararında³⁰⁹da, “görev sebebiyle işlenen suç kavramının, memuriyet görevinden doğan, görev ile bağlantılı ve görevden yararlanılarak işlenebilen suçları, başka bir anlatımla sadece memurlar tarafından işlenebilen, failin memur olmasının suç tipinde kurucu unsur olarak öngörüldüğü suçları ifade ettiği” şeklinde tanımlama yapılmıştır. Yargıtay’ın avukatların görevlerinden doğan suç kavramının değerlendirildiği kararlarında da, YCGK’nın bu karara atıf yapıldığı, “avukatlık sıfatıyla kanunen üstlenilen görevler dolayısıyla işlenen suçların, bu görevlerin sadece avukatlar tarafından yerine getirilmesi sebebi ile görevden doğan suç kapsamına girdiği” ifade edilmektedir.³¹⁰

Ayrıca Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin T. 09.10.2007, E. 2007/8638, K. 2007/7904 sayılı kararında görevden doğmuş suç kavramının görevin yerine getirilmesine ilişkin olarak işlenen eylemleri kapsayabileceği dile getirilerek ve Av. K.’nın 58’inci maddesinin 1’inci fıkrasında yer alan “avukatların, avukatlık... görevlerinden doğan suç” kavramının, “görev ile bağlantılı ve görevden yararlanılarak işlenebilen suçları, başka bir anlatımla sadece avukatlar tarafından işlenebilen, failin avukat olmasının suç tipinde kurucu öge olarak öngörüldüğü suçları ifade ettiği” belirtilmiştir.³¹¹

Avukat olarak kanunen üstlenilen görevler sebebiyle işlenen tüm suçlar için Av. K.’nın 58’inci maddesinin 1’inci fıkrası ile düzenlenen soruşturma ve kovuşturma usulü uygulanmalıdır. Av. K.’da düzenlenen iş temin etmek için aracı

³⁰⁸ SELÇUK, s. 1195-1196; ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAŞIZ, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, s. 213; KOCA/ÜZÜLMEZ, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, s. 113; ÖZGENÇ, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, s. 212- 213; ÖZEN, Mustafa, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), s. 373; DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), s. 495-496.

³⁰⁹ <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 08.12.2020.

³¹⁰ Y. 4. CD., T. 16.04.2015, E. 2014/45937, K. 2015/27193; Y. 4. CD., T. 07.05.2015, E. 2015/5991, K. 2015/28501; Y. 18. CD., T. 23.01.2019, E. 2018/7572, K. 2019/2029, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 08.12.2020.

³¹¹ <www.lexpera.com.tr>, Erişim tarihi: 26.04.2021.

kullanma ve avukata iş getirmeye aracılık etme suçları (Av.K. m.48), aslı olmayan belge örneğini onaylama veya aslına aykırı belge verme suçları (Av.K. m.56/3) ile TCK'ndaki güveni kötüye kullanma (TCK m. 155), zimmet (TCK m. 247-249), rüşvet (TCK m. 252-254), görevi kötüye kullanma (TCK m. 257) gibi suçlar özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi görev suçlarındandır.

Av. K.'nın 63/1-2'nci maddesi gereğince, baro levhasında yazılı olmayanlar ve işten yasaklanmış olan avukatların, kendilerine ait olmayan dava ve icra işlerini takip edemeyecekleri gibi avukatlara ait diğer yetkiler ile avukatlık unvanını da kullanamazlar. Söz konusu düzenlemeye aykırı davrananlar hakkında yapılacak soruşturma Av. K.'nın 58'inci maddesinin 1'inci fıkrasına tabi olmayacak, genel hükümler uyarınca yapılacaktır. Zira bu maddede düzenlenen suç, avukatlar tarafından değil, avukatlık görevini yapmaları yasaklanan kişiler tarafından işlenmektedir. Bu yasağın yaptırımını, 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı kanun ile değişiklik yapılınca kadar ağır para cezası ve hapis cezası olarak düzenlenmişti. Değişiklik ile maddeye aykırı eylemlerin yaptırımını idari para cezasına dönüştürülmüş, dolayısıyla, bu eylemler suç olmaktan çıkarılmış ve kabahat niteliğine dönüşmüşlerdir.³¹²

3. Görev Sırasında İşlenen Suçlar

Görev sırasına işlenen suç görevin ifası sırasında, görev ile ilgili olmayan eylemler sonucunda oluşan suçları ifade etmektedir. Görevden doğan suçlardan farklı olarak bu suçlarda, görev ile suçu oluşturan eylem arasında illiyet bağı bulunmamaktadır.³¹³

Görev sırasında işlenen suçlar, kamu görevlisi sıfatı ile işlenmesi mümkün suçlar olabileceği gibi, herkes tarafından işlenen suçlar da olabilir. Avukatların, Av. K. ile belirlenen görevlerinin ifası sırasında, hakaret, tehdit, yaralama, mala zarar verme gibi suçlar işlemeleri halinde, bu suçlar için özel soruşturma ve kovuşturma usulü uygulanmalıdır. Ayrıca, avukatların ve Barolar Birliği veya baro organlarındaki idari görevleri sırasında işleyecekleri suçların soruşturması da Av.

³¹² GÖKCAN, s. 63, 162-163; MISIR, “*Avukatın Görev Suçları*”, s. 30.

³¹³ GÖKCAN/ARTUÇ, s. 537; TOPUZ, s. 100.

K.'nın 58'inci maddesinin 1'inci fıkrası ile düzenlenen özel usule göre yapılmalıdır.³¹⁴

4. Avukatın Görev Suçları ile Görev Dışı Suçlarının Ayırımında Kullanılan Ölçütler

Av. K.'nın 58'inci ve devamı maddelerinde düzenlenen özel usulün uygulanabilmesi için suçun, Yargıtay kararlarında ifade edildiği şekilde “*avukatlık sıfatıyla kanunen üstlenilen görevler*” sırasında veya bu görevlerden kaynaklanması gerekmektedir. Av. K.'nın 58'inci maddesine göre suçun avukatlık mesleği ile ilgili olmaması, avukatın özel ilişkileri nedeniyle işlenmiş olması³¹⁵ veya Av. K.'nın 35'inci maddesinde sayılanlar dışında kalan görevlerden doğması ya da bu görevler sırasında işlenmesi halinde³¹⁶, avukatlar hakkındaki özel usulün uygulanmasına imkân yoktur.

Yargıtay suç teşkil eden eylemin görevle bağlantılı olmasını ya da görevle ilgili bir konudan kaynaklanmasını, suçun görev suçu olarak kabul edilmesi için yeterli görmemektedir. Eylemin; görev sırasında gerçekleşip gerçekleşmediği, Av. K.'nın 35'inci maddesi gereğince yalnızca avukatlar tarafından yapılabileceği belirtilen görevlerin kapsamına girip girmediği ve failin avukat veya yargı görevini

³¹⁴ GÖKCAN, s. 63; MISIR, “Avukatın Görev Suçları”, s. 29-30.

³¹⁵ TOPUZ, s. 279; ÇELİK, s. 281.

³¹⁶ “DAVA : Bilirkişi görevinde yetkiyi kötüye kullanma suçundan sanıklar Fikret A. ve Niyazi B. hakkında açılan kamu davalarında yargılamanın C.Y.Yasasının 253/3. maddesi uyarınca durdurulmasına ilişkin KARTAL 4.Asliye Ceza Mahkemesince verilmiş 16.11.1999 gün ve 1999/333-830 sayılı kararına karşı vuku bulan itirazın reddine dair Kartal 1. Ağır Ceza Mahkemesince verilip kesinleşen 26.11.1999 günlü karar aleyhine Adalet Bakanlığından verilen 22.6.2001 gün ve 22298 sayılı yazılı emri içeren C.Başsavcılığının 13.7.2001 gün ve 96560 sayılı tebliğnamesiyle dava dosyası, daireye gönderilmekle incelendi ve gereği görüldü.

KARAR : Tebliğnamede: " Hukuk Mahkemelerinde açılan tapu tescil ve tazminat davalarında bilirkişilik görevini yapan avukat sanıkların aynı konuda farklı raporlar tanzim etmek suretiyle müşteki davacının davasını kaybetmesine sebebiyet vermek şeklinde tezahür eden eylemlerinin bilirkişilik görevi kapsamında genel hükümler uyarınca takibi gereken suç niteliğinde olduğu, 1136 sayılı Avukatlık Kanununda düzenlenen soruşturma usulüne tabi bulunmadığı gözetilmeden itirazın kabulü yerine yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir" denilmektedir.

SONUÇ : C.Başsavcılığının yazılı emir doğrultusunda düzenlendiği tebliğnamedeki düşünce, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görüldüğünden, bilirkişilik görevinde yetkiyi kötüye kullanma suçundan sanıklar Fikret A. ve Niyazi B. hakkında Kartal 1. Ağır Ceza Mahkemesinden verilip kesinleşen 26.11.1999 tarih ve 1999/287-284 sayılı kararın C.Y.Yasasının 343. maddesi gereğince BOZULMASINA, 25.9.2001 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” Y. 4. CD., T. 25.09.2001, E. 2001/11327, K. 2001/10569, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 01.05.2021.

yapan kişi olmasının suç tipinde kurucu unsur olarak öngörüldüğü suçları oluşturup oluşturmadığının irdelenmesi gerekmektedir.³¹⁷

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin bu değerlendirmeyi içeren T. 16.4.2015, E. 2014/45937, K. 2015/27193 sayılı kararına konu olayda, sanık avukat alacaklı vekili sıfatıyla takip ettiği icra dosyasından, tatbik edilen araç haczi sebebi ile gündüz vakti dosya borçlusu ile yaptığı telefon görüşmesinde tartışma yaşamıştır. Borçlu/müştekinin kendisine hakaret ettiğini iddia eden sanık avukat, tartışma sonrasında gece 02:42 ile 02:54 saatleri arasında, müştekiye hakaret ve tehdit içeren sekiz adet mesaj göndermiştir. Kararda, eylemin avukatın göreviyle ilgili bir konudan kaynaklanan tartışmanın devamı sırasında gerçekleştiği hususunda tereddüt bulunmadığı belirtilmiştir. Avukatın eyleminin, görev sırasında işlenmediği gibi, Av. K.'da yalnızca avukatlar tarafından yapılabilecek görevler arasında yer almadığı ve failin avukat veya yargı görevi yapan olmasının suç tipinde kurucu unsur olarak kabul edilen suçlar kapsamında da bulunmadığından avukat hakkında soruşturma izni alınmasına gerek olmadığına hükmedilmiştir.³¹⁸

Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin T. 23.1.2019, E. 2018/7572, K. 2019/2029 sayılı kararında, müştekinin boşanmak üzere olduğu eşinin avukatı olan sanık avukatın, müştekiye, *"... bey sizi bırakmakla hata etmiş, nerede oturuyorsunuz, profildekiler çocuklarınız sanırım, bir şey söyleyeyim mi, iyi akşamlar bu arada,*

³¹⁷ "...kanun koyucu eylemin yalnızca görevle ilgili bir konudan kaynaklanmasını yeterli görmemiş, bunun yanında eylemin görevden doğan veya görev sırasında işlenmesini aramıştır. Olay görev sırasında gerçekleşmediğinden, "görevden doğan" ibaresinin üzerinde durulmalıdır. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Yalnız avukatların yapabileceği işler" başlıklı 35. maddesinde: "Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir. Baroda yazılı avukatlar birinci fıkradakiler dışında kalan resmi dairelerdeki bütün işleri de takip edebilirler." hükmüne yer verilmiştir. Avukatların, Avukatlık Kanunu kapsamındaki tüm görevleri nedeniyle işledikleri suçların soruşturulması ve kovuşturulması özel hükümlere tabidir. Diğer bir deyişle avukatlık sıfatıyla kanunen üstlenilen görevler dolayısıyla işlenen suçlar, görevden doğan suç kapsamına girmektedir, zira Kanun gereği bu görevler yalnızca avukatlar tarafından yerine getirilmektedir.

Görevi sebebiyle işlenen suç kavramının ele alındığı Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17.02.2004 gün ve 2004/2-10 esas ve 2004/40 karar sayılı kararında da; "Yasada geçen "görev sebebiyle işlenen suç" kavramının, memuriyet görevinden doğan, görev ile bağlantılı ve görevden yararlanılarak işlenebilen suçları, başka bir anlatımla sadece memurlar tarafından işlenebilen, failin memur olmasının suç tipinde kurucu unsur olarak öngörüldüğü suçları ifade ettiği sonucuna varılmaktadır." görüşlerine yer verilmiştir." Y. 4. CD., T. 16.4.2015, E. 2014/45937, K. 2015/27193; Y. 4. CD., T. 7.5.2015, E. 2015/5991, K. 2015/28501; Y. 18. CD., T. 23.1.2019, E. 2018/7572, K. 2019/2029 , <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 03.05.2021.

³¹⁸ <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 03.05.2021.

*resimdeki siz misiniz, çocuklar kaç yaşında, az önce konuştum gidip şikâyet etsin diyor, çok mu sert bayansınız, pek konuşmayı sevmiyorsunuz sanırım, sohbet babında, çok sert bayansınız cidden” şeklinde çok sayıda mesaj göndererek müştekiyi rahatsız etmesi şeklinde gerçekleşen eylemin avukatın görevi sırasında gerçekleşmediği ve mesajların içeriğinden avukatlık görevi ile ilgili olmadığının anlaşıldığına karar verilmiştir.*³¹⁹

Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin T. 7.5.2015, E. 2015/5991, K. 2015/28501 sayılı kararına konu olayda, müştekinin sanık avukat hakkında görev suçu ile ilgili olarak daha önce yapmış olduğu şikâyetin ardından, sanık avukat müştekiyi cep telefonundan arayarak şikâyet ettiği için tehdit etmiştir. Yüksek mahkemece olayın avukatın göreviyle ilgili bir konudan kaynaklanan tartışmanın devamı sırasında gerçekleştiği tespitinde bulunulmuş ise de kanun koyucunun eylemin yalnızca görevle ilgili bir konuyla ilintili olmayı yeterli görmediği vurgulanmıştır.³²⁰

Avukatın vekil sıfatıyla değil asıl sıfatıyla mahkemeye veya başkaca resmi makam ve mercilere sunduğu beyanlar, yaptığı başvurular ve şikâyetlerin avukatlık görevi sırasında veya görev sebebiyle yapılmış olduğu öne sürülemeyeceğinden, bu hallerde soruşturma genel hükümlere göre yapılmalıdır.³²¹

³¹⁹ <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 03.05.2021.

³²⁰ <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 03.05.2021.

³²¹ ÇELİK, s. 283; “Avukatın kendisi ile ilgili yapılan disiplin soruşturmasına itiraz ederken veya kendisinin yakının olduğu bir suçtan dolayı şikayette bulunurken, avukat olarak davranmayıp, asıl kişi olarak müracaat ettiğinden bu başvurular görev sırasında veya görev nedeniyle yapılmış bir işlem olarak değerlendirilemeyeceğinden, bu şekilde işlenmiş olduğu iddia olunan suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturma genel hükümlere göre yapılacaktır.” Y. 4. CD., T. 09.07.2007, E. 2007/4497, K. 2007/6485, aktaran ALDEMİR, s. 1765, aktaran ÇELİK, s. 289-291; Y. 4. CD., T. 15.05.2007, 3607-4609, aktaran MISIR, “Avukatı Görev Suçları”, s. 29.

“Yakınan ve şüpheli avukatların takip ettikleri bir davada birbirlerini baroya şikâyet etmeleri nedeniyle İstanbul Barosu Disiplin Kurulu Başkanlığının yürüttüğü disiplin soruşturması sırasında şüpheli avukatların yakının hakkında kullandıkları “biz bu olayda yaptığımız araştırma sonucu, vasıflı dolandırıcılık olduğunu tespit ettik...Çünkü bu şekilde dolandırıcılık yapan bir kişinin aynı zamanda avukatlık yapmasına zekam yetmiyor.” biçimindeki sözlerinin bir görev sırasında değil, birbirleri hakkındaki şikâyetlerinin disiplin soruşturması sırasında söylendikleri, hakaret suçunun görevle ilgili olarak işlenmesinin söz konusu olamayacağı, görevden doğan bir suç niteliği de taşıyamayacağının, “görevden doğmuş suç” kavramının ancak görevin ifasına ilişkin olarak işlenen eylemleri kapsayabileceğinin, Yasada geçen “avukatların, avukatlık görevlerinden doğan suç” kavramında, görev ile bağlantılı ve görevden yararlanılarak işlenebilen suçları, başka bir anlatımla sadece avukatlar tarafından işlenebilen, failin avukat olmasının suç tipinde kurucu öge olarak öngörüldüğü suçları ifade ettiğinin düşünülmemiş olması, suçların görevden dolayı ve görevin ifası sırasında işlendiği, kişisel suç olmadığı, 1136 sayılı Yasanın 58. maddesi uyarınca Adalet Bakanlığından izin alınması gerektiği görüşüyle CYY’nın 223/8.maddesi gereğince kamu davasının

YCGK.'nın T. 11.03.2008, E. 2007/4-259, K. 2008/47 sayılı kararında, avukatın işlediği suçun, görev suçu veya görev dışı suç olduğu ayırımı yapılırken hem suç unsuru taşıyan eylemleri olayın gelişimine göre değerlendirilmiş hem de yazılı veya sözlü şekilde kurulmuş vekâlet ilişkisinin var olup olmadığı incelenmiştir.³²² Yargıtay 15. Ceza Dairesi'nin bir kararında da, suçun görev suçu

durdurulmasına karar verilmesi hukuka aykırıdır.” Y. 4. CD., T. 09.10.2007, E. 2007/8638, K. 2007/7904, <www.lexpera.com.tr>, Erişim tarihi: 26.04.2021.

“Özel belgede sahtecilik suçundan sanık K1'un yapılan yargılaması sırasında, sanığın eyleminin Avukatlık görevi sırasında ve görevi nedeniyle işlendiği ve bu durumda soruşturmanın Adalet Bakanlığının iznine tabi olduğundan bahisle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223/8.maddesi gereğince muhakemesinin durmasına, sanık hakkında soruşturma izninin alınması ve gereğinin yapılması bakımından dosyanın Karşıyaka Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine dair Karşıyaka 3.Asliye Ceza Mahkemesinin 20.11.2008 tarihli ve 2007/629 Esas, 2008/604 sayılı kararına yönelik itirazın reddine ilişkin Karşıyaka 2.Ağır Ceza Mahkemesinin 02.02.2009 tarihli ve 2009/125 değişik iş sayılı kararın tüm dosya kapsamına göre.

Sanığın Karşıyaka 2.Ağır Ceza Mahkemesinin 2005/371 Esas sayısına kayden görülmekte olan kamu davasında vekillik görevini ihmal suçundan yargılandığı sırada, davanın müştekisi tarafından imzalanmış gibi gerçeğe aykırı şekilde tanzim ettiği "talimatımdır" başlıklı yazıyı delil olarak mahkemeye ibraz etmek şeklindeki eyleminin avukatlık görevinden kaynaklanmadığı gibi bu görevin ifası sırasında da gerçekleşmediği...

...suç tarihinde avukat olan sanığın, Karşıyaka 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2005/371 esas sayılı dosyasında görevi ihmal suçundan yargılandığı ve bu davada vekil olarak işlerinin bulunmadığı halde, mahkemeye delil olarak gerçeğe aykırı belge sunduğunun iddia edilmesine göre; eylemin avukatlık görevinden kaynaklanmadığı veya bu görevin ifası sırasında gerçekleşmediği anlaşılmakla...” Y. 11. CD., T. 05.02.2010, E. 2009/10620, K. 2010/556, <www.lexpera.com.tr>, Erişim tarihi: 01.05.2021.

³²²“Katılan avukat Ali Kaya'nın, gece vakti polis karakoluna alkollü vaziyette giderek, bir suç soruşturması gereği nezarete alınan arkadaşı Saffet Yaşar'ın nezaret halini sona erdirmeye yönelik davranışlar sergilemesinin, "müdafilik" kapsamında, "görevle ilgili" ve "görevden kaynaklanan" eylemler mahiyetinde bulunmadığı, yazılı vekaletnameye dayalı olarak ya da sözlü vekillendirmeye istinat eder şekilde bir avukatlık görevinin varlığını düşündürecek halin gerçekleşmediği, bu değerlendirmenin doğal sonucu olarak Saffet Yaşar'ın, polisleri ve nöbetçi cumhuriyet savcısını kastederek biçimde, katılan Ali Kaya'yı muhatap tutarak söylediği; "Aliciğim köpek köpeği ısırıyor" sözüne, katılan Ali'nin "doğru söylüyorsun" diye karşılık verip onaylamak suretiyle yaptığı hakaretin, 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 58. ve 59. maddeleri kapsamında değerlendirilemeyerek kişisel suç mahiyetinde kabul edilmek suretiyle, önce yargılama ve bilahare onaylanıp kesinleşen mahkumiyete konu edildiği, bu itibarla; soruşturma görevlilerine karşı 765 sayılı TCY'nın 266/1. maddesi kapsamında hakaret suçu işleyen ve esasen eylem sırasında sarhoş olduğu da gözlemlenen kişinin, velev avukat dahi olsa ancak ve sadece kişisel suçundan söz edilebileceği, bu hal karşısında, durumdan telefonla haberdar edilen nöbetçi cumhuriyet savcısının, avukatın işlediği kanaatine vardığı kişisel suçu itibarıyla, polis karakolunda alıkonulması ve alkol denetimine tabi tutulması yönünde talimat vermesinde, hukuka aykırılıktan ve görevde yetkiyi kötüye kullanmaktan söz edilemeyeceği sonucuna varılmış, bu gerekçelerle; Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 5271 sayılı CYY'nın 223/2-a maddesince verdiği beraat kararının usul ve yasaya uygun bulunduğu görüşüyle; Yargıtay C.Başsavcılığının, sanığın görevde yetkiyi kötüye kullanmak suçunu işlediğine yönelik temyizinin reddine ve hükmün onanmasına karar verilmesi gerekmektedir.” YCGK., T. 11.03.2008, E. 2007/4-259, K. 2008/47, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 01.05.2021.

olup olmadığı hususunun tespiti için vekâletnamenin doğruluğunun, vekil - müvekkil ilişkisinin varlığının araştırılması gerektiği belirtilmiştir.³²³

Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin T. 13.10.2014, E. 2014/1927, K. 2014/16372 sayılı kararında, “*Avukatlık Yasasının 163'üncü maddesine göre; avukatlık sözleşmesi serbestçe düzenlenir. Avukatlık sözleşmesinin belli bir hukuki yardımı meblağı yahut değeri kapsamaması gerekir. Yazılı olmayan anlaşmalar, genel hükümlere göre ispatlanır. Yasaya aykırı olmayan şarta bağlı sözleşmeler geçerlidir. Bir şekle bağlı olarak yapılması şart olmayan bu 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*”³²⁴ şeklinde hüküm kurulmuştur.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin T. 10.11.2020, E. 2019/2539, K. 2020/7184 sayılı kararında, “*Her ne kadar sanık vekili yazılı bir vekâletname sunmamış ise de, yazılı olma şartı zorunlu olmayıp sanığın temyize muvafakat vererek aralarında vekâlet sözleşmesi bulunduğunu teyit ettiği*”³²⁵ belirtilerek vekâletnamenin yazılı olma zorunluluğu bulunmadığı vurgulanmıştır.

TBK'nın 502'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, “*Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme*” olup vekâlet sözleşmesi ile vekile vekâlet verenin menfaat ve iradesine uygun şekilde

³²³“... katılanın soruşturma aşamasındaki ifadesinde, kredi kartı borcu için banka tarafından kendisine ihtarname çekilmesi üzerine işlerini halletmesi için sanığa noterlik vasıtasıyla düzenlenen vekâletnameyi verdiğini belirtmesi ile sanık müdafii tarafından ibraz edilen ve Ankara 4. Noterliği tarafından 14.10.2005 tarihinde düzenlenmiş görünen vekâletnamenin taraflarının katılan ile sanık olduğu ve düzenleme tarihinin suç tarihine isabet ettiği hususları birlikte değerlendirildiğinde; maddi gerçeğin hiçbir kuşkuyla yer vermeksizin ortaya çıkarılması bakımından sözü edilen vekâletnamenin doğruluğunun ilgili noterlikten teyit edilerek sanığın vekil sıfatının bulunduğu anlaşıldığı halde, suçun avukatlık göreviyle ilgili olacağı, buna göre de 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58 ve 59. maddeleri uyarınca soruşturma ve kovuşturma yapılmasının Adalet Bakanlığı'ndan izin alınmasını gerektireceği gözetilerek, izin alınmasının gerekip gerekmediği saptanmadan, sonucuna göre de izin alınması gerekliyse bu koşul yerine getirilmeden, eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiş, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan, sair yönleri incelenmeyen hükmün bu nedenlerle, 5320 sayılı Kanun'un 8/1. maddesine istinaden uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 12.05.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” Y. 15. CD., T. 12.05.2014, E. 2012/16955, K. 2014/9372, <www.lexpera.com.tr>, Erişim tarihi: 01.05.2021.

³²⁴ <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 03.05.2021.

³²⁵ <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 02.05.2021.

iş görme ya da işlem yapma borcu yüklenmektedir.³²⁶ Kural olarak şekle bağlı olmayan vekâlet sözleşmesi yazılı, sözlü ya da resmi biçimde yapılabilir.³²⁷ TBK'nın 503'üncü maddesi gereğince, *“Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sifata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır.”*

Hal böyle iken, Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin T. 27.06.2006, E. 2005/5180, K. 2006/16506 sayılı kararında, suç tasniinde bulunmak suçundan yargılanan avukatın, suç unsuru taşıyan eyleminin gerçekleştiği tarihte yazılı vekâletnamenin düzenlenmemiş olması sebebiyle avukatlık görevinin başlamamış olduğuna ve eylemin avukatlık görevinin ifasından kaynaklanmadığına hükmedilmiştir. Söz konusu karara konu olayda, sanık avukat, borçlunun bir kurumdan almakta olduğu maaşının haczi için icra dosyasından müzekkere yazılmasına rağmen, ilgili kurum yetkililerinin müzekkerenin gereğini yerine getirmedikleri, görevlerini ihmal ettikleri iddiaları ile 7.4.2004 tarihinde Cumhuriyet savcılığına şikâyet dilekçesi sunmuştur. Ancak sanık avukat icra dosyasının alacaklısı tarafından 4.5.2004 tarihinde noter aracılığıyla vekili olarak atanmıştır. Yargıtay 4. Ceza Dairesi, bu gelişmelerin sonucunda, *“kurum yetkililerinin yazı gereğini yerine getirmedikleri ve görevlerini savsadıkları iddiasını içeren şikâyet dilekçesinin C.Başsavcılığına verildiği tarih olan 7.4.2004'de alacaklının henüz vekili olmadığı, dolayısıyla henüz vekalet ilişkisinin ve avukatlık görevinin başlamaması nedeniyle eylemin avukatlık görevinin ifasından kaynaklanmadığı anlaşıldığından, sanık hakkında kamu davası açılabilmesi için son soruşturma kararının alınması gerektiği düşüncesiyle verilen durma kararının 5271 sayılı CMY'nin 309'uncu maddesi uyarınca, Yargıtay Başsavcılığı tebliğnamesine uygun olarak yasa yararına bozulması”* şeklinde hüküm tesis etmiştir. Kanaatimizce, vekâlet sözleşmesinin yazılı şekil şartına bağlı olmaması ve müvekkilin sözlü talimatıyla kurulabilmesi³²⁸, avukat tarafından müvekkili adına,

³²⁶ AYDOĞDU, Murat/ KAHVECİ, Nalan, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), s. 791.

³²⁷ AYDOĞDU/ KAHVECİ, s. 792; TANDOĞAN, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), s. 369.

³²⁸ YCGK., T. 13.5.2008, E. 2008/10-101, K. 2008/113; YCGK., T. 6.3.2007, E. 2007/6-13, K. 2007/54; YCGK., T. 21.12.2010, E. 2010/11-246 K. 2010/266; Y. 11. CD., T. 13.10.2014, E. 2014/1927, K. 2014/16372; Y. 11. CD. T. 25.6.2014, E. 2014/9765, K. 2014/12565, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 03.05.2021.

maaş haczinin gereğini yapmayan ilgililer hakkında Cumhuriyet savcılığına şikâyet dilekçesi verilmiş olması işin kabul edildiği anlamına gelmektedir. Bu sebeple sadece vekâletname tarihine bakarak suçun avukatın görevinden kaynaklanmadığı yönündeki kararın hukuka uygun olduğunu kabul etmek mümkün olamamaktadır.

Yargıtay kararlarında; avukat tarafından işlendiği iddia edilen suçun görev suçu veya kişisel suç olduğu değerlendirilirken, eylemin, avukatın 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'ndan kaynaklanan görevleri ile ilgili olup olmadığı, vekâlet ilişkisinin kurulup kurulmadığı ölçüt olarak kabul edilmekte ise de, “*vekâlet ücretinin avukatlık görevi ile ilgisinin bulunmadığı*” yönünde kararlara rastlanmaktadır.³²⁹ Yargıtay bu kararlarında vekâlet ücreti ile ilgili olarak yaşanan tartışmalar sırasında işlenen hakaret suçunun kişisel suç olduğuna hükmetmiştir. Avukatın mesleki faaliyetinden kaynaklanan ücretin, avukatlık görevi ile ilgili olmadığı yönündeki bu kararlar hukuki çelişkiler barındırmaktadır.³³⁰

³²⁹ “Sanıkların avukat olan katılana sövme suçunu, 1136 sayılı Yasanın 57. maddesinde öngörülen biçimde, onun (görevi sırasında ya da görevinden dolayı) değil vekalet ücretiyle ilgili olarak işlediklerinden eylemlerinin TCY.nın 482. maddesine uyduğu gözetilmeden, aynı Yasanın 266/3. maddesiyle hükümlülük kararı verilmesi,... yasaya aykırı görüldüğünden hükümlerin bozulmasına...” Y. 4. CD., T. 06.07.2004, E. 2003/9956, K. 2004/8530, <www.legalbank.net>, Erişim tarihi: 05.05.2021; Y. 4. CD., T. 27.09.1989, 5087/5538, aktaran MISIR, “Avukatın Görev Suçları”, s. 14.

³³⁰ MISIR, “Avukatın Görev Suçları”, s. 14- 15.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVUKATLARIN GÖREV SUÇLARINDA SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

I. AVUKATLARIN GÖREV SUÇLARINDA SORUŞTURMA SÜRECİNİN BAŞLAMASI

1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 58’inci maddesinin 1’inci fıkrası gereğince, “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.”

Suç ihbarı üzerine savcılık tarafından hangi işlemlerin yapılabileceği, hangi işlemlerin yapılamayacağı ve bu işlemlerin sonuçları, savcılığın izin talebi üzerine Adalet Bakanlığı tarafından verilebilecek kararlar ile bu kararların sonuçları, soruşturma izninin hukuki niteliği ve kapsamı, “avukatların görev suçlarında soruşturma sürecinin başlaması” başlığı altında incelenecektir.

A. Hazırlık Niteliğinde İnceleme- Soruşturma İzni Öncesi Dönem

1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 58’inci maddesinin 1’inci fıkrası gereğince, Adalet Bakanlığında izin alınmadığı sürece, savcılık tarafından avukatlar hakkında görevlerinden doğan veya görev sırasında işlenen suçlardan dolayı soruşturma yapılamayacaktır.³³¹ Soruşturma, bu hususta izin verilmesi ile başlayacağından, izinden önceki bu dönem, ceza soruşturması niteliği taşımamaktadır. GÖKCAN, bu dönem için “inceleme devresi” ifadesinin kullanılabileceğini önermektedir.³³² Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel

³³¹ CENTEL/ ZAFER, s. 733.

³³² GÖKCAN, s. 69.

Müdürlüğü'nün 01.01.2006 tarih ve 13 No'lu genelgesinde ise, soruşturma öncesi bu dönem, “*ihzari nitelikte inceleme*” olarak isimlendirilmiştir. Bu çalışmada, soruşturma öncesi dönem, genelgede kullanılan tanımdan hareketle, hazırlık niteliğinde inceleme olarak ifade edilecektir.

Hazırlık niteliğinde inceleme, suç işlendiğine ilişkin ihbar, şikâyet veya suç unsuru taşıyan eylemin gerçekleştiğinin kolluk veya savcılık tarafından bizzat duyulması, görülmesiyle başlayacaktır.³³³ Ayrıca Adalet Bakanlığı'na yapılan başvuruların, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü tarafından suçun işlendiği yer Cumhuriyet Savcılığına gönderilmesi suretiyle de hazırlık niteliğinde inceleme evresinin başlatılması mümkündür.³³⁴ Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi elektronik sistemi kullanılarak yapılan şikâyetler de ilgili savcılıklara yönlendirilmekte ve inceleme evresinin başlaması sağlanmaktadır.³³⁵

1. Hazırlık Niteliğinde İnceleme Sırasında Yapılacak İşlemler

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 01.01.2006 tarih ve 13 No'lu genelgesinde, Adalet Bakanlığı tarafından soruşturma izni verilmeden önce avukatın savunmasının alınmaması gerektiği, avukat kendi isteğiyle açıklama yapmak veya dosyaya yazılı belge sunmak istediği takdirde, “*beyanda bulunan*” sıfatıyla açıklamalarının tutanağa kaydedilebileceği ve sunulan belgelerin dosyaya alınabileceği belirtilmiştir. Nitekim izin, ceza muhakemesinin başlaması için gerekli bir şart olup, bu şart gerçekleşmez ise soruşturmaya başlamak mümkün olamayacaktır.³³⁶

GÖKCAN ve MISIR, soruşturma izni alınmadan suç isnadında bulunulamayacağı ve sanık sıfatı ile avukatın ifadesinin alınamayacağını, şüpheli olarak beyan alınabileceğini öne sürmektedirler.³³⁷ GÜNAY ise izin alınmadan

³³³ GÖKCAN, s. 69.

³³⁴ GÜNAY, “*Uygulamada Hakim Savcı Avukatlar ile Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar*”, s. 85.

³³⁵ <<https://cimer.gov.tr/50sorudacimer.pdf>>. Erişim tarihi:25.12.2020.

³³⁶ CENTEL/ ZAFER, s. 733.

³³⁷ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 575; GÖKCAN, s. 68-69; MISIR, “*Avukatın Görev Suçları*”, s. 37.

şüpheli olarak avukatın savunmasının alınamayacağı görüşündedir.³³⁸ MAHMUTOĞLU/TALAS ise soruşturma izni verilmeden soruşturmaya başlanamayacağından, hazırlık niteliğinde inceleme aşamasında Cumhuriyet savcılığının soruşturma aşamasına ilişkin yetkilerini kullanması mümkün değildir. Bu aşamada Cumhuriyet savcılığı sadece bilgi toplama görevini yerine getirmektedir. Diğer bir ifade ile Cumhuriyet savcılığı avukatın ifadesini alamaz. Avukat açıklama yapmak isterse Cumhuriyet savcılığınca avukatın beyanları bilgi toplama faaliyeti kapsamında dinlenir ve Adalet Bakanlığı'na gönderilecek fezlekeye eklenir.³³⁹

CMK'nın 2/a maddesinde, şüpheli, soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişi; 2/b maddesinde ise sanık, kovuşturmanın başlamasından hükmün kesinleşmesine kadar olan süreçte suç şüphesi altında bulunan kişi olarak tanımlanmaktadır.³⁴⁰ Bu tanımlama ve hazırlık niteliğinde inceleme evresinin soruşturmanın başlamasından önceki bir aşama olduğu hususu dikkate alındığında, soruşturma izni alınmadan, ne şüpheli ne de sanık olarak, avukatın savunmasının alınamayacağı görüşüne katılmaktayım. Nitekim uygulamada da Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 13 No'lu genelgesi gereğince, hazırlık niteliğinde inceleme evresinde, avukatın savunması alınmamakta, şikayet konusu olay ile ilgili olarak sadece “*beyanda bulunan*” sıfatıyla açıklama yapabileceğine dair ilgili avukata, Cumhuriyet savcılığınca bildirimde bulunmaktadır.

GÖKCAN, hazırlık niteliğinde inceleme evresinde Cumhuriyet savcısının Adalet Bakanlığı karşısındaki durumunu, CMK'nın 161'inci maddesinin 2'nci fıkrası gereğince, el koydukları olaylar, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri Cumhuriyet savcısına derhâl bildirmek zorunda olan adli kolluk görevlilerinin durumuna benzetmektedir. CMK'nın 161'inci maddesinin 2'nci fıkrası ile kolluk görevlilerine, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde tedbir almak ve bu tedbirleri Cumhuriyet savcısına bildirmek yükümlülüğü getirilmiştir. GÖKCAN, bu yükümlülüğün, avukatların görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işlenen

³³⁸ GÜNEY, Erhan, *Avukatlar Hakkında Suç ve Disiplin Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), s. 17.

³³⁹ MAHMUTOĞLU/TALAS, s. 34.

³⁴⁰ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 247.

suçlar bakımından Cumhuriyet savcıları için de geçerli olduğunu, soruşturma izni alınmadan önceki hazırlık niteliğinde inceleme aşamasında, Cumhuriyet savcılarının gerekli tedbirleri almak ve durumu Adalet Bakanlığına bildirmek zorunda olduklarını ifade etmektedir. Bir başka deyişle, soruşturma başlamadan önce Cumhuriyet savcısı ve kolluk tarafından yapılabilecek işlemlerin yasal dayanağının CMK'nın 161'inci maddesinin 2'nci fıkrası olduğunu öne sürmektedir.³⁴¹ Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 13 No'lu genelgesinde, “*İhzarî nitelikteki incelemeler*” başlığı altındaki 8'inci maddesinde, şikâyet konusu işlemlere ilişkin evrakın, iddialar açıklığa kavuşturulacak şekilde incelenerek, gerekli görülen belgelerin onaylı suretinin eklenerek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderileceği belirtilmektedir. Ayrıca aynı bölümde yer alan 10'uncu maddeye göre, yapılan inceleme sonunda düzenlenen fezlekenin sonuç kısmında, Cumhuriyet savcısının soruşturma izni verilip verilmeme konusundaki düşüncesini açıkça belirtmesi gerekmektedir. Genelgenin bu maddelerinden, hazırlık niteliğinde inceleme sırasında, Cumhuriyet savcılarınca, soruşturma izni verilmesine gerek olup olmadığı hususunu açıklığa kavuşturacak şekilde araştırma yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu sebeple, hazırlık niteliğinde inceleme sırasında, Cumhuriyet savcısı ve kolluk tarafından yapılabilecek işlemlerin yasal dayanağının CMK'nın 161'inci maddesinin 2'nci fıkrası olduğu yönündeki görüş kanaatimizce de yerindedir.

Soruşturma izni alınmadan önce, yani muhakeme şartı gerçekleşmeden hakkında şikâyetle bulunulan avukat tutuklanamaz.³⁴² Soruşturma başlamadan önceki dönemde avukat şüpheli kabul edilmediğinden hakim tarafından sorguya çekilemez (CMK m. 2/h), avukatın üzeri, iş yeri, konutu ve aracı aranamaz (CMK m. 130). Ağır cezalı suçüstü hali hariç, suçüstü halinde dahi avukat gözaltına alınamaz ve tutuklanamaz (Av. K. m.58/1).

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 13 No'lu genelgesi gereğince, avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlarından dolayı yapılacak olan inceleme ve soruşturmalar kolluk makam ve memurlarına

³⁴¹ GÖKCAN, s. 68-69.

³⁴² YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 363.

bırakılmamalı ve bizzat Cumhuriyet başsavcısı ya da bu konuda görevlendireceği bir Cumhuriyet savcısı tarafından yapılmalıdır. Bu sebeple suç ihbarı ya da şikâyet karşısında kolluk görevlileri, sadece ihbarı yapan veya şikâyetçinin yazılı veya sözlü ifadesi ve gecikmesinde sakınca olan hallerde gerekli tedbirleri de alarak Cumhuriyet savcısına bilgi vermelidir.³⁴³ Genelgede, avukatın suç işlediğine dair ihbar veya şikâyetin Cumhuriyet başsavcılığına yapılması durumunda doğrudan inceleme yapılması, inceleme için Bakanlıktan izin talep edilmemesi gerektiği belirtilmektedir.

Şikâyet veya ihbarın doğrudan Cumhuriyet savcılıklarına yapılması durumunda, Cumhuriyet savcısı tarafından, şikâyetçinin ifadesi alınır, sunduğu belgeler ve kanıtlar da dosyaya eklenir. Şikâyet konusu olayın özelliğine göre gerekli bilgi ve belgeler Cumhuriyet savcılığı tarafından toplanır.³⁴⁴ 13 No’lu genelgenin “İhzarî nitelikteki incelemeler” başlığı altındaki 11’ici maddesinde, şikâyetçinin bildirmiş olduğu tanıkların dinlenmesi, delil olarak ibraz edilen belgelerin Suç Eşyası Yönetmeliği hükümlerine göre emanete alınması, bu belgelerin postada kaybolmasının önlenbilmesi için onaylı bir suretinin inceleme evrakına eklenmesi gerektiği belirtilmektedir. MISIR, soruşturma başlamamış olduğundan, tanıkların ifadelerinin tanık sıfatı ile alınamayacağı, ifade sahibi olarak beyanlarının alınabileceğini öne sürmektedir.³⁴⁵ GÖKCAN, hazırlık niteliğinde inceleme aşamasında, mecbur kalınmadıkça tanıkların ifadesine başvurulmaması, sadece delillerin tespiti için tanıkların kimlik ve adres bilgilerinin saptanması yönünde işlem yapılması, suçun oluşumu ve soruşturma izni verilip verilmeyeceğine dair karara etki edecek nitelikteki hususlara ilişkin ifadelerin dinlenmesi gerektiği görüşündedir.³⁴⁶ Bu aşamada soruşturma henüz başlamamış olduğundan, suçun oluşumu ve soruşturma izni verilmesi gerekip gerekmediği kararına etki edecek hususlara ilişkin ifadeler dışında tanıkların ifadelerinin alınmaması, sadece tanıkların isim ve adres bilgilerinin dosyaya eklenmesi yönündeki görüşüne katılmaktayım. Ayrıca belirtmek gerekir ki, delil yasakları soruşturma öncesi dönemde inceleme yapan makamlar için

³⁴³ GÖKCAN, s. 69-70.

³⁴⁴ GÖKCAN, s. 70.

³⁴⁵ MISIR, “Avukatın Görev Suçları”, s. 37.

³⁴⁶ GÖKCAN, s. 71.

de geçerli olduğundan³⁴⁷ Cumhuriyet savcılığınca, CMK'nın 217'nci maddesinin 2'inci fıkrasının “*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir*” şeklindeki düzenlemesine uygun hareket edilmelidir.

Ayrıca, 13 No'lu genelgeye göre, şikâyet veya suç ihbarı üzerine hakkında hazırlık niteliğinde inceleme yapılan avukatın adı, soyadı, kullanılıyorsa kızlık soyadı, kayıtlı bulunduğu baro ve sicil numarası, tebligata yarar açık adresi ile müştekilerin açık adresleri; avukatın şikâyet konusu olayla ilgili vekâletnamesinin onaylı örneği; hakkında inceleme yapılanın, avukat, stajyer, dava takipçisi veya dava vekili olup olmadığının ilgili barodan sorulmak suretiyle açıklığa kavuşturulması ile ilgili avukatın isnat edilen eylemin yapıldığı tarihte hangi baroya kayıtlı olduğu ve sicil numarasının Cumhuriyet savcılığı tarafından tespit edilerek inceleme evrakına eklenmelidir. Kamu kurumlarında görev yapan avukatların MDKGYHK hükümleri uyarınca haklarında yapılmış herhangi bir kanunî işlem bulunup bulunmadığı ilgili kurumdan sorulmalıdır. Yapılan bu inceleme sonunda Cumhuriyet savcılığı tarafından düzenlenen fezlekede, Cumhuriyet savcısının soruşturma izni verilip verilmemesi gerektiği hususundaki görüşüne de yer verilir.

2. Hazırlık Niteliğinde İncelemenin Sonuçlandırılması

Önceki bölümlerde izah edildiği üzere, Av. K.'nın 58'inci maddesinin 1'inci fıkrası gereğince, Adalet Bakanlığından izin alınmadığı sürece, savcılık tarafından avukatlar hakkında görevlerinden doğan veya görev sırasında işlendikleri suçlardan dolayı soruşturma yapılamayacaktır.³⁴⁸ Suç ihbarı veya şikâyet üzerine Cumhuriyet savcılığı tarafından yapılacak inceleme üzerine hazırlanan dosya, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilecektir. Bu aşamada, soruşturma izni verilip verilmeyeceği, soruşturma izni verilse dahi kovuşturma izni verilip verilmeyeceği belli değildir. Soruşturma veya kovuşturma izni verilmemesi durumunda dosya suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcılığına gönderilmemekte, Adalet Bakanlığı nezdinde kalmaktadır.³⁴⁹

³⁴⁷ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 789.

³⁴⁸ İkinci Bölüm, I., A.

³⁴⁹ GÖKCAN, s. 66.

Bu özel soruşturma usulü sebebiyle Cumhuriyet savcılığının takipsizlik kararı vermesi mümkün değildir.³⁵⁰ Bir diğer deyişle, Cumhuriyet savcılığı, hazırlık niteliğinde incelemeyi sonuçlandıramaz, sadece soruşturma izni verilmesi gerekip gerekmediğine dair görüşünü de ekleyerek dosyayı Adalet Bakanlığı'na gönderebilir.³⁵¹

Soruşturma henüz başlamamış olduğundan bu aşamada yapılan işlemler soruşturma defterine değil, muhabere defterine kaydedilir.³⁵² Soruşturma izni verilmesinin ardından soruşturma defterine kayıt yapılacaktır. Av. K. ile düzenlenen özel soruşturma usulünde, Cumhuriyet savcılığının soruşturma başlatmaya ve sona erdirmeye yetkileri bulunmamaktadır. Bu özel usulde soruşturma başlatma ve sona erdirmeye Adalet Bakanlığı yetkilidir. Cumhuriyet savcılığının kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verebileceğinin kabul edilmesi halinde, özel soruşturma usulü terk edilmiş ve genel hükümler tatbik edilmiş olacaktır.³⁵³

Adalet Bakanlığı tarafından soruşturma izni verilmesine yer olmadığına karar verilmesinin ardından şikâyetçinin aynı konu üzerine yaptığı ikinci şikâyet ile ilgili olarak Cumhuriyet Başsavcılığınca mükerrer soruşturma yapılamayacağından bahisle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilemez. Mükerrer olduğu iddia olunan soruşturma dosyasının önceki dosya ile birleştirilmesi ve mükerrerlik konusunda değerlendirme yapılmak üzere dosya Adalet Bakanlığına gönderilmelidir.³⁵⁴

³⁵⁰ EREM / SAV, s. 268; GÜNER, s. 941- 942.

³⁵¹ “1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58/1. maddesi uyarınca soruşturma izni verilip verilmeyeceğinin takdiri için dosyanın Adalet Bakanlığına gönderilmesi gerektiği nazara alınmadan, şüpheli hakkında soyut iddia dışında kamu adına takibat yapılmasını gerektirir yeterli ve somut delillerin bulunmadığından bahisle genel hükümler uyarınca kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesinin hukuka aykırı olduğu...” Y. 5. CD., T. 22.5.2014, E. 2014/240, K. 2014/5635, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 28.12.2020.

Benzer kararlar: Y. 5. CD., T. 12.5.2016, E. 2016/1882, K. 2016/5003, Y. 15. CD., T. 23.1.2017, E. 2016/4571, K. 2017/782, Y. 18. CD., T. 27.3.2018, E. 2017/6844, K. 2018/4309, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 28.12.2020.

Y. 5. CD., T. 08.02.2017, E. 2016/10658, K. 2017/417, <www.legalbank.net>, Erişim tarihi: 19.05.2021.

³⁵² Cumhuriyet Başsavcılıkları İle Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik madde 30/5: “Bakanlık ve Kurulla yapılan yazışmalar ile hâkim, Cumhuriyet savcısı, avukat ve en üst dereceli kolluk amirleri hakkında yapılan araştırma, inceleme veya soruşturmalar için ayrı ayrı muhabere kaydı tutulur.”

³⁵³ GÖKCAN, s. 67.

³⁵⁴ Y. 12. CD., T. 4.10.2017, E. 2017/4117, K. 2017/7036, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 28.12.2020.

3. Fezlekenin Adalet Bakanlığı Tarafından İncelenmesi ve Sonuçları

Hazırlık niteliğinde inceleme sonucunda suç yeri Cumhuriyet savcılığınca hazırlanan fezleke, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nde ilgili tetkik hakimi tarafından incelenir. Bu incelemede öncelikle, şikâyet konusu eylemin görev sırasında veya görev sebebiyle gerçekleşip gerçekleşmediği hususu tespit edilir. Avukatın suç işlediği şüphesini kuvvetlendirir nitelikte delil bulunması halinde soruşturma izni verilmesine; eylemin suç niteliği taşıması halinde ise soruşturma izni verilmemesine dair fezleke hazırlanarak Adalet Bakanına sunulur. Soruşturma izni verilmemesine ilişkin karar üzerine dosya işleminden kaldırılır. Soruşturma izni verilmesi halinde dosya suç yeri Cumhuriyet savcılığına gönderilir. Bu işlem ile soruşturma aşaması başlar.³⁵⁵

Uygulamada soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararlar, idari dava yargı yoluna başvurabilmeleri için Adalet Bakanlığı tarafından şikâyetçilere tebliğ edilmektedir. Şikâyetçinin bu idari işlemin iptali için dava açmaması veya dava açtığı halde idare mahkemesince davanın reddedilmesi durumunda, soruşturma izni verilmemesine dair kararlar kesinleşmektedir. Ancak Adalet Bakanlığı'nın soruşturma izni verilmemesine dair kararları şikâyet edilen avukata tebliğ edilmemektedir.³⁵⁶ Bu durumda avukat, hazırlık niteliğinde inceleme evresinin sonucunu öğrenemediğinden, soruşturma başlatılacağı baskısı altında mesleğini yapmak durumunda kalmaktadır. Kanaatimizce bu durumun önlenmesi için Adalet Bakanlığı'nın soruşturma açılmamasına dair kararlarının avukatlara tebliğ edilmesi gerekmektedir. Şikâyetçinin, soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararın iptali için dava açması durumunda, bu dava İYUK'un 31'inci maddesi gereğince, idare mahkemesi tarafından şikâyet edilen avukata ihbar edildiğinde, avukat soruşturma izni verilmediği yönündeki karar hakkında bilgi edinmiş olmaktadır.

³⁵⁵ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 1039-1040.

³⁵⁶ SAKARYA, Aytekin (Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürü), "Avukatın Cezai Sorumluluğu Hakkındaki Konuşması", *Hukuk Kurultayı 2016*, (Ankara, 13-16 Ocak 2016) s. 320, <<http://www.ankarabarasu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/2016-hukuk-kurultayi-3-cilt.pdf>> Erişim Tarihi: 30.05.2021.

B. Soruşturma İzninin Hukuki Niteliği

Kanun koyucu bazı durumlarda, suç ihbarı veya şikâyet üzerine savcılığın dava açabilmesi için, kanun ile belirlenen yetkili makamlar tarafından fail hakkında dava açılmasının uygun görüldüğü hususunun açıklanması gereğini öngörmüştür. Ceza Muhakemesi Hukukunda izin olarak isimlendirilen bu açıklama³⁵⁷ ile kamu menfaatinin korunması amacıyla, dava açılmasına ilişkin engel ortadan kaldırılmış olmaktadır.³⁵⁸ İzin, ceza davasının açılması hususundaki mecburilik ilkesini sınırlamaktadır.³⁵⁹

İzin açıklaması, takdir yetkisine dayalı idari işlemdir.³⁶⁰ TOROSLU ve FEYZİOĞLU'na göre, izin vermeme kararı geri alınabilir. Ancak izin verme kararı geri alınamaz. Bu durumun kabulü halinde, izin vermeye yetkili makam, ceza yargılaması başladıktan sonra, yargılama üzerinde etki yaratan bir işlem yapmış, yargılamanın durmasını veya ortadan kalkmasını sağlamış olacağından, izin verildiğine dair karar geri alınamaz.³⁶¹ YENİSEY ve NUHOĞLU'na göre ise, kanun koyucu, izin yöntemini öngörerek, bazı makamlara, yargılama yapılıp yapılmaması hususunda takdir yetkisi vermektedir. Bu takdir yetkisinin kullanımı olay ve koşullara göre değişiklik gösterebilecektir; başka bir deyişle, yargılama hususunda izin verilmesinde sakınca görülmeyen bir suç için, sonradan sakınca görülebileceğinden, iznin geri alınabileceğinin kabulü gerekir.³⁶² İzin kararının takdir yetkisine dayalı olması sebebi ile geri alınabileceğine dair görüş kanaatimizce de yerindedir.

Anayasanın 129'uncu maddesinin son fıkrasına göre, “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması*

³⁵⁷ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 53; ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, “*Ceza Muhakemesi Hukuku*”, s. 114; TOSUN, s. 122; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 62.

³⁵⁸ YURTCAN, “*Ceza Yargılaması Hukuku*”, s. 110.

³⁵⁹ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 587; ŞAHİN, Cumhuriyet/ GÖKTÜRK, Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), s. 78; CENTEL/ ZAFER, s. 732.

³⁶⁰ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 587.

³⁶¹ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 63.

³⁶² YENİSEY/NUHOĞLU, s. 587-588.

açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.” Anayasanın bu düzenlemesi doğrultusunda MDKGYHK, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında, görevlerinden doğan suçlar ile ilgili izin sistemi getirmiştir. İzin sistemi gereğince, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin işledikleri suçların görevlerinden doğan suçlar olması halinde, soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi, dava açılabilmesi için, yetkili merciden izin alınması gerektiğinden, bir diğer deyişle izin alınmadan dava açılması mümkün olamayacağından burada öngörülen izinin dava şartı olduğu öne sürülmektedir. Zira soruşturma izni ifadesini kullanan kanun koyucunun, hazırlık soruşturması yapılabilmesini anlatmak istediği düşüncesinden hareket eden görüşe göre, izin dava açılmasına imkan sağladığından dava şartı olarak kabul edilmelidir.³⁶³

Avukatların görevlerinden doğan ve görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı dava açılabilmesi için Adalet Bakanlığından izin alınması gerekliliğini dokunulmazlığın kaldırılması olarak nitelendiren yazarlar da mevcuttur.³⁶⁴ KUNTER, YENİSEY ve NUHOĞLU’na göre izin, aktif ve pasif olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Aktif izin ile devletin bazı organlarının görevleri yönünden korunması amaçlanmakta, suçun niteliği değil, failin sıfatı dikkate alınmaktadır. Pasif izin ise kanun koyucunun belirlediği makamlar tarafından, belirli suçlardan dolayı ceza davası açılmasında kamu yararının bulunduğu açıklanmasıdır. Pasif izinde eylem esas alınır. Dava şartı olan izin, pasif izindir. Failin sıfatının dikkate alındığı aktif izin, ceza davasının açılmasındaki kamu yararı yerine yasama faaliyeti, diplomatlık gibi görevlerin serbestçe yapılabilmesindeki kamu yararı açısından kabul edilmiştir. Aktif izinde “*dokunulmazlık*” adı verilen yargılama engelinin kaldırılması söz konusudur.³⁶⁵

Kamu yararı açısından bazı görevlerde bulunan kişilerin, bu görevlerini yaparken haksız suçlamalara karşı korunmaları hatta bu suçlamalardan dolayı

³⁶³ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s.54; ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAŞIZ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.114; KİTAPÇIOĞLU, Tülay, *Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Soruşturmanın Sonuçlandırılması*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2014), s. 112.

³⁶⁴ TOSUN, s. 121-122; KUNTER, Nurullah, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978), s. 72; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 592; BİÇAK, Vahit, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), s. 366.

³⁶⁵ KUNTER, s. 68; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 588.

görevlerini yapamaz hale gelmelerinin önlenmesi gerekmektedir. Bu amaç ile kanun koyucu bazı kanunlarda bu görevlilerin yargılanabilmeleri için izin sistemi öngörmüştür. Sadece bulundukları görevler sebebiyle ve görevleri ile ilgili olarak bir kısım kişilere tanınan bu ayrıcalığı dokunulmazlık olarak tanımlayan görüşe katılmaktayız.

Bu çalışmada incelediğimiz avukatlar hakkındaki özel soruşturma ve kovuşturma usulünün yanı sıra, Askeri Ceza Kanunu, Hakimler Savcılar Kanunu, Noterlik Kanunu, Devlet İstihbarat Hizmetleri ve MİT Kanunu, Bankacılık Kanunu’nda da izin sistemine ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

C. İzin Alınmadan Soruşturma ve Kovuşturma Yapılması

Soruşturma veya kovuşturmanın yapılmasının izin şartına bağlı tutulduğu hallerde, soruşturma izni alınmadan iddianame düzenlenir ise, CMK’nın 174’üncü maddesinin 1-d fıkrası gereğince mahkeme tarafından bu iddianamenin Cumhuriyet savcılığına iade edilmesine karar verilir.³⁶⁶ Bu düzenleme, 17.10.2019 tarihinde kabul edilen 7188 sayılı kanun ile CMK’nın 174’üncü maddesinin 1’inci fıkrasına eklenmiştir. Madde gerekçesinde “*kesintisizlik*” ilkesi gereğince, davanın duruşmaya ara verilmeksizin tek celsede bitirilmesinin sağlanması amacı ile CMK’da iddianamede yer alması gereken unsurların ayrıntıları ile düzenlendiği vurgulanmıştır. Soruşturma ve kovuşturma yapılması için izin şartının gerekli olduğu durumlarda bu şartlar sağlanmadan dava açılmış olmasının yargılamanın uzaması sebeplerinden biri olduğuna dikkat çekilmiştir.³⁶⁷

7188 sayılı kanun ile yapılan bu değişiklikten önce uygulamada iddianamenin incelenmesi aşamasında izin şartının yerine getirilmediğinin fark edilmesi halinde, iddianamenin iade edilmesi gerektiği savunulmaktaydı.³⁶⁸ Yargıtay’ın 4. CD. T. 03.05.2012, E.2012/5915, K. 2012/10384 sayılı kararında, “4483 sayılı Yasa ve

³⁶⁶ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s.628; YAŞAR, Osman, *Yeni İctihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu II. Cilt*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), s. 1697.

³⁶⁷ YAŞAR, s. 1693-1694.

³⁶⁸ KAYA, Asım, *Cumhuriyet Savcısının Etkin Soruşturma Yapma Görevi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), s. 275-276.

benzeri özel soruşturma usulünü düzenleyen diğer yasalar gereğince, ilgili idari merci tarafından soruşturma ve/veya kovuşturma izni verilmeksizin ceza soruşturması yürütülemeyeceğinden ve soruşturma ve kovuşturma şartlarının gerçekleşmediği hallerini de içerecek şekilde 5271 sayılı Yasa'nın 172/1'inci maddesinde 'kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir' hükmü de gözetildiğinde Ceza Yargılama Yasası'nın 174'üncü maddesinde açıkça belirtilmemekle birlikte, iddianamenin iadesi kurumuna ilişkin yasal düzenlemenin amacı gözetildiğinde soruşturma ve kovuşturma şartı niteliğinde bulunması nedeniyle, 4483 sayılı Yasa uyarınca soruşturma izni alınmamasının da iddianamenin iadesi nedeni olarak kabul edilmesi bir zorunluluk olarak kabul edilmelidir³⁶⁹ şeklinde hüküm kurularak izin şartının yerine getirilmemiş olmasını iddianamenin iade sebebi olabileceği belirtilmişti.

Süresi içinde izin almadan dava açılır ve izin alınması gerektiği yargılama sırasında anlaşılır ise, mahkemece izni beklemek üzere durma kararı verilmelidir.³⁷⁰ Yargıtay da, "soruşturma ve kovuşturmanın, Adalet Bakanlığı'nın vereceği izin üzerine yürütülmesi gerektiği, sanık avukat hakkında bu suçtan soruşturma ve kovuşturma izni alınmamış olması nedeniyle, mahkemece CMK'nın 223/8'inci maddesi uyarınca durma kararı verilmesi gerekirken, genel hükümler çerçevesinde kovuşturma yapılarak, sanığın cezalandırılmasına karar verilmesinin hukuka aykırı olduğu" görüşündedir.³⁷¹

D. Soruşturma İzninin Kapsamı

Soruşturma izni suç unsuru taşıyan hangi eylem için alınmış ise, sadece o eylem ile ilgili olarak soruşturma yapılabilir. Soruşturma sırasında, izin alınmış olaydan ayrı ve farklı, suç niteliği taşıyan başka bir eylemle karşılaşılması ve bu eylemin avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlar (Av. K.

³⁶⁹ <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 09.01.2021.

³⁷⁰ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 588; KİTAPÇIOĞLU, s. 112; KAYA, s. 275-276.

³⁷¹ Y. 4. CD., T. 5.11.2014, E. 2013/33006, K. 2014/31898; Y. 4. CD., T. 10.4.2014, E. 2013/25032, K. 2014/11619; Y. 18. CD., T. 20.6.2016, E. 2016/3596, K. 2016/13670; Y. 18. CD., T. 15.1.2019, E. 2018/3598, K. 2019/1302; Y. 18. CD., T. 27.3.2018, E. 2017/6844 K. 2018/4309 , <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 30.11.2020.

m.58) kapsamında olması durumunda, bu eylem ile ilgili soruşturma yapılamaz. Suç unsuru taşıyan bu yeni eylem ile ilgili soruşturmanın başlatılabilmesi için Adalet Bakanlığında ayrıca izin alınması gerekmektedir.³⁷² Burada önemli olan, görev suçu niteliği taşıyan farklı bir eylemin ortaya çıkmış olmasıdır. Belirli bir suçtan dolayı izin alınarak soruşturmaya başlanmasının ardından, başka bir suçun oluştuğunun anlaşılması halinde, yeni bir eylem ortaya çıkmamış ise, tekrar izin alınması gerekmemektedir. Yeni bir eylemin ortaya çıkmış olması durumunda ise oluşan suç görevden doğan veya görev sırasında işlenmiş bir suç ise ayrıca soruşturma izni alınmalıdır. Ancak oluşan yeni suç görevden doğan veya görev sırasında işlenmiş bir suç değil ise Cumhuriyet savcısı CMK'nın 160'ıncı maddesine göre soruşturmaya başlayacaktır.³⁷³

E. Soruşturma İzni Verilmesinin Sonuçları

1. Soruşturma Evresinin Başlaması

Hazırlık niteliğinde inceleme evresinde, suç yeri Cumhuriyet savcılığınca yapılan araştırma sonucunda hazırlanan fezleke ve ekindeki belgelerin, Adalet Bakanlığına gönderilir. Bakanlık, hazırlanan bu dosyadaki bilgi ve belgelerin, hakkında araştırma yapılan avukatın görev sırasında veya görev sebebiyle suç işlediği şüphesini güçlendirdiği kanaatine varır ise soruşturma izni verecektir. Adalet Bakanlığı tarafından soruşturma izni verilmesi üzerine, dosya suç yeri Cumhuriyet savcılığına gönderilmekte ve böylece ceza soruşturması başlamaktadır. Yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı CMUK düzenlemesine göre bu dönem “*hazırlık soruşturması*” şeklinde ifade edilirken; 5271 sayılı CMK'nın 2'nci maddesi ile “*soruşturma evresi*” olarak isimlendirilmiştir.³⁷⁴

2. Soruşturma Evresinde Yapılacak İşlemler

Adalet Bakanlığının izni üzerine başlayan soruşturma evresinde, suç yeri Cumhuriyet savcılığı, tanık dinleyebilecek, her türlü delili toplayabilecek (CMK m. 160/2), tutuklama hariç (CMK m. 100) koruma tedbirlerine başvurabilecektir.

³⁷² GÖKCAN, s. 73; TOPUZ, s. 283; KAYA, s. 276; GÜNER, s. 941.

³⁷³ KAYA, s. 276.

³⁷⁴ GÖKCAN, s. 72; MISIR, “*Avukatın Görev Suçları*”, s. 39.

Şüpheli avukata ceza soruşturmasının başladığı bildirilerek savunması alınabilecektir. Bu sebeple Adalet Bakanlığı'nın soruşturma yapılmasına dair kararı avukata tebliğ edilmeli ve savunmasını yapması gerektiği bildirilmelidir.³⁷⁵ Cumhuriyet savcılığının kovuşturma aşamasına geçme yetkisi bulunmadığından, bu aşamada, sulh ceza hakimliğinden, şüpheli avukatın sorgulanması ve tutuklanmasının istenmesi gibi, şüpheli avukatı sanık durumuna getirecek işlemlerin yapılması mümkün değildir.³⁷⁶

3. Şüpheli Avukatın Savunmasının Alınması

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 13 No'lu genelgesi gereğince, Cumhuriyet savcısı şüpheli avukatı savunma yapması için davetiye ile çağırmalıdır. Bu davetiyeye, soruşturma izninin bir örneği eklenir. 7201 sayılı Tebligat Kanunu uyarınca, *“yasal süre içinde gelmediği ya da savunma yapmadığı takdirde bu hakkından vazgeçmiş sayılacağı”* meşruhatı ile birlikte davetiye avukata tebliğ edilir. Avukat, Cumhuriyet savcısına bizzat sözlü savunma verebileceği gibi, savunmasını yazılı olarak da sunabilir.³⁷⁷ Cumhuriyet savcısı tarafından, avukatın savunmasının bizzat alınması gerekmektedir, avukatın savunmasının alınması kolluk güçlerine havale edilemez.³⁷⁸

Usulüne uygun tebligata rağmen yasal süre içinde, avukatın savunma yapmaması veya delillerini sunmaması hâlinde evrakın bekletilmeyerek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilmesi gerekmektedir. Genel soruşturma usulüne göre, CMK'nın 146'ncı maddesi gereğince, çağrıldığı halde savunma vermeye gelmeyen şüpheli veya sanığın zorla getirilmesine karar verilebilir. Ancak, Av. K. ile düzenlenen özel soruşturma ve kovuşturma usulünün, avukatların bağımsızlığının korunması amacı taşıdığı dikkate alındığında, savunmasının alınması için şüpheli avukatın zorla getirilmesine karar verilmesi mümkün değildir.³⁷⁹ Uygulamada da, 13 No'lu genelge doğrultusunda, savunma için

³⁷⁵ MAHMUTOĞLU/TALAS, s. 35.

³⁷⁶ GÖKCAN, s. 72-73; MISIR, “Avukatın Görev Suçları”, s. 39.

³⁷⁷ GÖKCAN, s. 73; MISIR, “Avukatın Görev Suçları”, s. 40.

³⁷⁸ GÜNAY, “Avukatlar Hakkında Suç ve Disiplin Hukuku”, s. 18; GÜNER, s. 941.

³⁷⁹ GÖKCAN, s. 73-74; MISIR, “Avukatın Görev Suçları”, s. 40-41.

çağrı yapılmakta, avukat tarafından savunma yapılmaması durumunda, mutlaka savunmanın alınması yoluna başvurulmamaktadır.³⁸⁰ Savunma yapmayan avukat hakkında, dosyada mevcut bilgi ve belgelere göre kovuşturma izni verilip verilmeyeceğine dair karar oluşturulmaktadır.³⁸¹

Cumhuriyet savcısı, savunma çağrısını, şüpheli avukatın bağlı bulunduğu barodan temin ettiği adrese gönderecektir. Av. K.'nın 43'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası gereğince, bürosunu veya konutunu değiştiren avukat, yenilerinin adresini bir hafta içinde baroya bildirmek zorundadır. MISIR, uygulamada sadece avukatın, baroya bildirmiş olduğu büro adresine tebligat yapıldığını, avukat savunmasını sunmadığında başkaca işlem yapılmadan dosyanın Adalet Bakanlığına gönderildiğini ve bu durumda da genellikle kovuşturma izni verildiğini belirtmektedir. Bu sebeple yazar Cumhuriyet savcılarının barolardan adres bilgisi talep etmeleri durumunda, baroların, avukatların büro adreslerinin yanı sıra konut adresleri ile telefon numaralarını da bildirmelerinin önemine işaret etmektedir. Yazar ayrıca Cumhuriyet savcılarının da, hoş görülme davranarak sadece avukatların büro adresine davetiye tebliğe çıkarmakla yetinmemeleri gerektiğini ifade etmektedir.³⁸²

13-16 Ocak 2016 tarihleri arasında yapılan Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı'nda, müştekinin ifadesi ve sunduğu deliller ile şikâyet konusu olayın anlaşılmasının her zaman mümkün olamadığı belirtilmiş ve bu noktada soruşturma başlamadan önce avukatların Cumhuriyet savcılıklarına sundukları yazılı beyanların önemine dikkat çekilmiştir. Soruşturma öncesinde şikâyet edilen avukatlarca verilen yazılı beyanlar sayesinde şikâyet konusu olayın açık ve net bir şekilde anlaşıldığı ve böylece soruşturma verilmesine ilişkin karar sayısının azaldığı belirtilmiştir.³⁸³

Kanaatimizce, Adalet Bakanlığı'nın bu açıklamaları, MISIR'ın avukatın Cumhuriyet savcılığına şikâyet konusu olay ile ilgili açıklamalarını yazılı olarak sunmaması durumunda soruşturma ve/veya kovuşturma izni verilme olasılığının

³⁸⁰ GÖKCAN, s. 74.

³⁸¹ MISIR, "Avukatın Görev Suçları", s. 40.

³⁸² MISIR, "Avukatın Görev Suçları", s. 41.

³⁸³ SAKARYA, s. 320.

yükseldiğine dair görüşünü doğrulamaktadır. Ancak bu durum, Cumhuriyet savcılarına, avukatların şikayet konusu olay ile ilgili beyanlarını talep ederken hem büro adreslerine hem de konut adreslerine davetiye gönderme yükümlülüğü yüklemes. Kaldı ki Av. K.’nın 43’üncü maddesi gereğince, avukatın kayıtlı bulunduğu baroya adresini bildirme yükümlülüğü mevcuttur. Bu sebeple, hem müvekkillerinin hak kaybına uğramaması hem de şahsi olarak hak kaybı yaşamaması için avukat, Av. K.’nın 43’üncü maddesine uygun olarak kayıtlı bulunduğu barodaki adres bilgilerini güncellemek zorundadır.

F. Soruşturma Aşamasının Sonuçlandırılması

Soruşturmanın tamamlanmasından sonra, suç yeri Cumhuriyet savcısı tarafından hazırlanan dosya, 13 No’lu genelge gereğince, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilmektedir.³⁸⁴ Genelgeye göre yapılan soruşturma sonunda düzenlenen fezleke, Cumhuriyet savcısının, kovuşturma izni verilip verilmeme konusundaki düşüncesini açıkça belirtmesi gerekmekte ise de Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, bu görüş ile bağlı değildir.³⁸⁵ Adalet Bakanlığı, suç yeri Cumhuriyet savcılığı tarafından hazırlanan dosyayı inceleyerek, mevcut kanıtların kovuşturma yapılması için yeterli olduğuna karar vermesi halinde, Av. K.’nın 59’uncu maddesi gereğince, dosyayı suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet savcılığına göndermektedir. Bu düzenleme ile kovuşturmanın başlaması kararını vermeye Cumhuriyet savcılığı değil, Adalet Bakanlığı yetkili kılınmaktadır.³⁸⁶ Diğer bir ifade ile Cumhuriyet savcısının dava açma yetkisi bulunmamaktadır.³⁸⁷

³⁸⁴ GÖKCAN, s. 74; GÜNAY, “Avukatlar Hakkında Suç ve Disiplin Hukuku,” s. 21-22.

³⁸⁵ GÜNAY, “Avukatlar Hakkında Suç ve Disiplin Hukuku”, s. 22; GÜNER, s. 946.

³⁸⁶ GÖKCAN, s. 74; MISIR, “Avukatın Görev Suçları”, s. 42.

³⁸⁷ MAHMUTOĞLU/TALAS, s. 35.

II. KOVUŞTURMA İZNİ VERİLMESİ VE SONUÇLARI

A. Kovuşturma İzninin Verilmesi

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 59'uncu maddesi gereğince; “58 inci maddeye göre yapılan soruşturmaya ait dosya Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'ne tevdi olunur. İnceleme sonunda kovuşturma yapılması gerekli görüldüğü takdirde dosya, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesine en yakın bulunan ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet Savcılığına gönderilir. Cumhuriyet Savcısı beş gün içinde, iddianamesini düzenleyerek dosyayı son soruşturmanın açılmasına veya açılmasına yer olmadığına karar verilmek üzere ağır ceza mahkemesine verir.”

Soruşturma iznini talep eden ve izin üzerine soruşturmayı yapan savcılık suç yeri Cumhuriyet savcılığı; kovuşturma izni verilmesinin ardından Adalet Bakanlığı tarafından dosyanın gönderildiği savcılık ise suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesine en yakın bulunan ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet savcılığıdır. Başka bir deyişle, soruşturmayı yapan savcı ile iddianameyi hazırlayan savcı farklıdır. EREM ve SAV, bu özel soruşturma usulünde Cumhuriyet savcılığının takipsizlik kararı veremeyeceğine de dikkate çekerek iddianamenin, soruşturmayı yapan Cumhuriyet savcısından başka bir Cumhuriyet savcısı tarafından hazırlanmasına dair düzenlemenin, kanun koyucunun, ileride davaya katılacak savcılığı tarafsız tutmak isteğinden kaynaklandığını ifade etmektedirler.³⁸⁸

B. Avukatlık Kanunu'nun 59. Maddesine Göre İddianamenin Hazırlanması

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 59'uncu maddesi gereğince, kovuşturma izni üzerine, Adalet Bakanlığı dosyayı, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesine en yakın bulunan ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet savcılığına gönderir. Dosyanın gönderildiği Cumhuriyet savcısı beş gün içinde iddianameyi düzenlemeli ve son soruşturmanın açılmasına veya açılmasına yer olmadığına dair karar verilmesi için dosyayı, bulunduğu yer ağır ceza mahkemesine sunmalıdır (Av. K. m.59/2).

³⁸⁸ EREM / SAV, s. 268.

Cumhuriyet savcısı kovuşturma izni üzerine iddianameyi hazırlamak zorunda olup kovuşturmayla yer olmadığına dair karar veremez.³⁸⁹

Av. K.'nın 59'uncu maddesinde iddianamenin hazırlanması için öngörülen beş günlük süre hak düşürücü bir süre olmayıp³⁹⁰, kovuşturma sürecinin uzamaması amacı ile öngörülmüş bir düzenlemedir. Bu süre geçtikten sonra iddianame düzenlenmesi halinde, sırf bu husus öne sürülerek iddianamenin geçersizliği ileri sürülemez.³⁹¹

İddianamede, şüpheli avukata yükletilen eylem anlatılmalı ve bu eylemin hukuki niteliği belirtilmeli, deliller gösterilmeli, son soruşturmanın açılması talebi ifade edilmelidir.³⁹²

C. Avukatlık Kanunu'nun 59. Maddesinde Düzenlenen İddianamenin Hukuki Niteliği

Kanun koyucu, Av. K.'nın 59. maddesinde, “iddianame” ifadesini kullanmış ise de, Bakanlığın kovuşturma izni üzerine düzenlenen iddianame, CMK'nın 170'inci maddesinde belirtilen ve kamu davasını açma niteliği taşıyan iddianame değildir.³⁹³ Bu özel usulde, kamu davasının açılması, ağır ceza mahkemesi tarafından son soruşturmanın açılmasına dair karar verilmesi sureti ile sağlanmaktadır.³⁹⁴

³⁸⁹ GÖKCAN, s. 74; EREM / SAV, s. 268.

³⁹⁰ GÜNER, s. 947.

³⁹¹ GÖKCAN, s. 75; GÜNAY, “Avukatlar Hakkında Suç ve Disiplin Hukuku”, s. 22; GÜNAY, “Uygulamada Hakim Savcı Avukatlar ile Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar”, s. 89.

³⁹² GÖKCAN, s. 75.

³⁹³ “...son soruşturmanın açılmasına veya açılmasına yer olmadığına karar verilmek üzere düzenlenen iddianame, teknik anlamda kamu davasını açan belge olmadığından...” Y. 4 CD., T. 05.12.2006, E. 2006/6755, K. 2006/17304, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 11.01.2021.

³⁹⁴ “Avukatlık Yasası'nın 59. maddesinde belirtilen iddianamenin, Ceza Yargılama Yasası'nın 170. maddesi kapsamında bir iddianame olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin ön sorunu olarak irdelenmesi gerekmektedir. Avukatlık Yasası'nın 59. maddesi uyarınca düzenlenen iddianame, dava açan belge niteliğinde değildir. Bu husus, anılan yasa maddesinin son fıkrasında açık biçimde belirtilmiştir. Avukatlık Yasası'na göre dava açan belge, son soruşturmanın açılması kararıdır. Bu karar verildikten sonra kovuşturma aşaması ve yargılama başlayacaktır.” Y. 4 CD., T. 10.06.2009, E. 2009/4326, K. 2009/11761, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 11.01.2021.

MISIR, avukatların Av. K.'da düzenlenen özel soruşturma usulü hakkında yeteri kadar bilgi sahibi olmadıklarını ve uygulamada Av. K. 59'uncu maddesinin 2'nci fıkrası gereğince kendilerine tebliğ edilen iddianameyi (Av. K. m.59/3), CMK'nın 170'inci maddesinde düzenlenen kamu davasını açma niteliği taşıyan teknik anlamdaki iddianame ile karıştırdıklarını üzümlere belirtmektedir. Yazar, Av. K.'nın 59'uncu maddesine göre düzenlenmiş iddianameleri tebliğ alan avukatların haklarında ceza davası açılmış olduğu ve bu sebeple savunmalarını yargılama sırasında yapabileceklerini düşünerek özel soruşturma usulüne ilişkin prosedüre katılmadıklarını dikkat çekmektedir. Uygulamada ortaya çıkan bu karışıklığın giderilebilmesi için yazar Av. K.'nın 59'uncu maddesindeki “iddianame” teriminin kaldırılması gerektiğini savunmaktadır.³⁹⁵ Av. K.'nın 59'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan iddianame, CMK'nın 170'inci maddesinde düzenlenen ceza davasını açan belge olmaması sebebi ile Av. K.'da yer alan bu ifadenin değiştirilmesi gerektiği yönündeki görüş kanaatimizce de yerindedir. Ancak bu görüşü avukatların, Av. K.'da düzenlenen özel soruşturma usulüne ilişkin yeteri kadar bilgi sahibi olmadıkları şeklinde bir gerekçeye dayandırmanın doğru olmadığını düşünmekteyiz.

Soruşturma sonucu toplanan bilgi ve belgelerden kamu davası açılması için yeterli şüphenin var olduğu sonucuna varılması durumunda Adalet Bakanlığınca kovuşturma izni verilmesi yönünde, idari takdir yetkisini içeren karar oluşturulacaktır.³⁹⁶ MAHMUTOĞLU ve TALAS, kovuşturma aşamasının başlaması için kanun koyucunun Adalet Bakanlığı'nın izni ve suçun işlendiği yere en yakın ağır ceza mahkemesinin son soruşturmanın açılması kararı şeklinde, izin ve karardan oluşan yargılama şartı öngörüldüğünü ifade etmektedir.³⁹⁷

GÖKCAN'a göre, kanun koyucu, Adalet Bakanlığı'nın idari takdirinin, son soruşturmanın açılması veya açılmasına yer olmadığına dair kararı verecek makama doğrudan iletilmesini uygun görmemiş, bu kararı, Cumhuriyet savcılığı aracılığıyla iletmeyi tercih etmiştir. Bu sebeple, bu özel usul kapsamında düzenlenen iddianame, Adalet Bakanlığı'nın kamu davası açılmasına dair kararını ortaya koyan bir işlem olarak kabul edilmedi. Öyle ki, bu sebeple, iddianameyi düzenleyecek Cumhuriyet

³⁹⁵ MISIR, “Avukatın Görev Suçları”, s. 42.

³⁹⁶ MISIR, “Avukatın Görev Suçları”, s. 43; MAHMUTOĞLU/TALAS, s. 35; Üçüncü Bölüm, I., B.

³⁹⁷ MAHMUTOĞLU/TALAS, s. 35.

savcılığının başka bir görev yetkisi de yoktur.³⁹⁸ EREM ve SAV, bu işlemi “Adalet Bakanlığı’nın emri” olarak nitelendirmiştir.³⁹⁹

Yargıtay, “Cumhuriyet Savcısı beş gün içinde, iddianamesini düzenleyerek dosyayı son soruşturmanın açılmasına veya açılmasına yer olmadığına karar verilmek üzere ağır ceza mahkemesine verir. İddianamenin bir örneği, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun hükümleri uyarınca, hakkında kovuşturma yapılan avukata tebliğ olunur. Bu tebliğ üzerine avukat, kanunda yazılı süre içinde⁴⁰⁰ bazı delillerin toplanmasını ister veya kabule değer bir istemde bulunursa nazara alınır, gerekirse soruşturma başkan tarafından derinleştirilir” hükmü yer almaktadır. Bu maddeye göre, Adalet Bakanlığınca kovuşturma yapılmasına izin verilmesiyle ilgili karar kendisine gelen Cumhuriyet Başsavcılığı beş gün içinde iddianame düzenleyerek dosyayı son soruşturmanın açılmasına ya da açılmamasına dair karar verilmek üzere ağır ceza mahkemesine verir. Burada Cumhuriyet savcısının herhangi bir takdir yetkisi yoktur. Evrak kendisine geldiğinde, son soruşturmanın açılması yönünde iddianame düzenleyerek yetkili Ağır Ceza Mahkemesi başkanlığına göndermek zorundadır. Cumhuriyet savcısının bu aşamada delil toplama ve soruşturmayı genişletme yetkisi bulunmamaktadır. Soruşturma evrakı içeriğine göre bir kısım delillerin toplanması gerekirse, evrak kendisine gelen ağır ceza mahkemesi bu delilleri toplayacaktır”⁴⁰¹ şeklindeki kararında, avukatlar hakkındaki bu özel soruşturma usulünde iddianamenin hazırlanması süreci ve esasları ile bu süreçte Cumhuriyet savcılığı ile ağır ceza mahkemesinin yetkilerini özetlemiştir.

Yargıtay, Av. K.’nın 59’uncu maddesi gereğince, son soruşturmanın açılmasına veya açılmasına yer olmadığına karar verilmek üzere düzenlenen iddianamenin teknik anlamda kamu davasını açan belge olmadığından CMK’nın

³⁹⁸ GÖKCAN, s. 74-75; MISIR, “Avukatın Görev Suçları”, s. 42-43.

³⁹⁹ EREM / SAV, s. 268.

⁴⁰⁰ 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 194/1 maddesinde bu süre üç gün olarak belirtilmiş ise de, bu madde 21.05.1985 tarih ve 3206 sayılı kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. (Üçüncü Bölüm, III., B).

⁴⁰¹ Y. 4. CD., T. 05.12.2006, E. 2006/6755, K.2006/17304, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 30.05.2021.

174'üncü maddesi gereğince iadesinin mümkün olmadığı⁴⁰²; bu durumda son soruşturmanın açılması kararının iade edilebileceğini ifade etmiştir.⁴⁰³

17.10.2019 tarihinde kabul edilen 7188 sayılı kanun ile soruşturma veya kovuşturmanın yapılmasının izin şartına bağlı tutulduğu hallerde, soruşturma izni alınmadan düzenlenen iddianamenin mahkeme tarafından Cumhuriyet savcılığına iade edilmesine karar verileceği hususu, CMK'nın 174'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının d bendine eklenmiştir. Bu düzenlemeden önce Yargıtay'ın, iddianamenin iadesi kurumuna ilişkin düzenlemenin amacı gözetilerek, dava şartı niteliğindeki soruşturma izninin alınmamış olmasının iddianamenin iadesi nedeni olarak kabul edilmesi gerektiğine dair kararları mevcuttu.⁴⁰⁴ 7188 sayılı kanun ile CMK'nın 174'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının d bendine eklenen düzenlemede, soruşturma veya kovuşturma yapılması izne bağlı olan suçlarda; iddianamenin sadece izin alınmaması sebebi ile Cumhuriyet savcılığına iade edilebileceği belirtilmiştir. Bu sebeple; Av. K.'nın 59'uncu maddesi gereğince düzenlenen iddianamenin; sadece soruşturma izni alınmamış olması sebebi ile iade edilebileceği; bu özel usul kapsamında düzenlenen iddianame, teknik anlamda kamu davasını açan belge olarak kabul edilmediğinden, CMK'nın 174'üncü maddesinde düzenlenen diğer sebepler ile iadesinin mümkün olamayacağı görüşündeyim. CMK'nın 174'üncü maddesinde sayılan diğer sebepler ile ancak son soruşturmanın açılması kararının iade edilebileceğini, yeni yasal düzenlemenin uygulamada farklılık yaratmayacağını düşünmekteyim.

⁴⁰² Y. 4. CD., T. 10.06.2009, E. 2009/4326, K. 2009/11761 , <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 11.01.2021.

⁴⁰³ Y. 4. CD., T. 05.12.2006, E. 2006/6755, K.2006/17304, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 11.01.2021.

⁴⁰⁴ Üçüncü Bölüm, I., C.

III. SON SORUŞTURMA SÜRECİNİN BAŞLAMASI

A. Son Soruşturma İle İlgili Kararı Vermeye Yetkili Mahkeme

Av. K.'nın 59'uncu maddesi gereğince, Adalet Bakanlığınca, kovuşturma izni verilmesinin ardından, dosyanın gönderildiği suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesine en yakın bulunan ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet savcılığı tarafından, beş gün içinde iddianamenin⁴⁰⁵ düzenlemesi ve soruşturmanın açılmasına veya açılmasına yer olmadığına dair karar verilmesi için ağır ceza mahkemesine gönderilmesi gerekmektedir. Av. K.'nın 59'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında ifade edilen iddianame, iddianameyi hazırlayan Cumhuriyet savcılığının bulunduğu yer ağır ceza mahkemesine sunulacaktır.⁴⁰⁶

B. Ağır Ceza Mahkemesi Tarafından Son Soruşturma Aşamasında Yapılan İnceleme

Av. K.'nın 59'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, *“İddianamenin bir örneği, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun hükümleri uyarınca, hakkında kovuşturma yapılan avukata tebliğ olunur. Bu tebliğ üzerine avukat, kanunda yazılı süre içinde bazı delillerin toplanmasını ister veya kabule değer bir istemde bulunursa nazara alınır, gerekirse soruşturma başkan tarafından derinleştirilir.”* Bu düzenleme gereğince, iddianamenin gönderildiği ağır ceza mahkemesi, öncelikle şüpheli avukata iddianameyi tebliğ ederek, savunmasını ve delillerini sunması için süre verir.⁴⁰⁷

Av. K.'nın 59'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında, avukatın, kanunda yazılı süre içinde bazı delillerin toplanmasını isteyebileceği ifade edilmiştir. 04.04.1929 tarih ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 194'üncü maddesinin

⁴⁰⁵ Burada söz edilen iddianamenin CMK'nın 170'inci maddesinde düzenlenen ceza davasının açılmasını sağlayan teknik anlamda iddianame olmadığı yönündeki açıklamalara, Avukatlık Kanunu'nun 59'uncu maddesinde düzenlenen iddianamenin hukuki niteliği başlığı altında yer verilmiştir (Üçüncü Bölüm, II., C). Ancak Av. K.'nın 59'uncu maddesinde iddianame ifadesi kullanıldığı için burada iddianame şeklinde ifade edilmiştir.

⁴⁰⁶ MAHMUTOĞLU/TALAS, s. 35; GÖKCAN, s. 75; MISIR, “Avukatın Görev Suçları”, s. 42.

⁴⁰⁷ GÖKCAN, s. 75.

1'inci maddesinde bu süre üç gün olarak belirtilmiş⁴⁰⁸ ise de bu madde 21.05.1985 tarih ve 3206 sayılı kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. 5271 sayılı CMK'nda süreye ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Av. K.'nın disiplin işlem ve cezalarına ilişkin savunma hakkını düzenleyen 137'nci maddesinde “*savunma için en az on günlük sürenin tanınmasının zorunlu olduğu*” öngörülmektedir. GÖKCAN, şüpheli avukata, delillerini ve savunmasını mahkemeye sunmak üzere, dosyanın kapsamına göre makul bir süre verilmesi gerektiğini vurgulamakta ve süre yönünden oluşan boşluğun doldurulabilmesinin, Av. K.'nın 137'nci maddesinin kıyasen uygulanması ile mümkün olabileceğini öne sürmektedir.⁴⁰⁹

Av. K.'nın 59'uncu maddesinin 3'üncü fıkrası gereğince, şüpheli avukata iddianamenin bir örneği tebliğ edilir. Bu tebliğin ardından, avukat mahkemeye savunmasını sunarak bazı delillerin toplanmasını talep eder veya mahkemeden kabule değer bir başka talepte bulunur ise mahkemece bu taleplerin kabul edilmesi ya da re'sen gerekli olduğuna karar verilmesi halinde soruşturma başkan tarafından derinleştirilir.⁴¹⁰ Şüpheli avukatın soruşturmanın derinleştirilmesine yönelik talebi üzerine, mahkemece talebin kabulü veya reddine karar verilmesi halinde, bu kararlara karşı itiraz yolu kapalıdır.⁴¹¹ Zira CMK'nın 267'nci maddesi gereğince; mahkeme kararlarına karşı itiraz edilmesi, kanunda itiraz yolunun öngörüldüğü hallerde mümkün olabilmektedir.

GÖKCAN, son soruşturmanın açılıp açılmamasına dair karar verebilmek için inceleme yapan mahkemenin, Cumhuriyet savcısının, CMK'nın 160 ve devamındaki maddelerinde düzenlenen görev ve yetkilerini kullanabileceğini belirtmektedir. Yazara göre, mahkemenin gerekli görmesi halinde, soruşturma mahkeme başkanı tarafından derinleştirileceğinden, CMK'nın 160 ve devamındaki maddelerde belirtilen yetkilerin kullanılması sureti ile inceleme, araştırma ve delil toplama

⁴⁰⁸ EREM / SAV, s. 268.

⁴⁰⁹ GÖKCAN, s. 75.

⁴¹⁰ EREM / SAV, s. 268.

⁴¹¹ GÜNER, s. 947.

işlemleri yapılabilmelidir.⁴¹² Bu aşamada avukat hakkında tutuklama ve salıverme kararları verilebilecektir (Av. K. m. 60).

Son soruşturmanın açılması kararının mahkeme tarafından verilmesi, avukatlar için güvence oluşturmaktadır. Öyle ki mahkemece yapılan inceleme sonucunda delil yetersizliği veya eylemin suç unsuru taşımaması, sadece disiplin suçu olmasının anlaşılması üzerine, son soruşturmanın açılmamasına karar verilmeli⁴¹³ ve böylece haksız yargılamaların yapılmasının önüne geçilmelidir.⁴¹⁴

C. Ağır Ceza Mahkemesinin İncelemesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar

Av. K.'nın 59'uncu maddesinin 2'nci fıkrası gereğince, son soruşturmanın açılmasına veya açılmasına yer olmadığına dair karar ağır ceza mahkemesi tarafından verilecektir. Cumhuriyet savcılığınca iddianamenin ağır ceza mahkemesine sunulması (Av. K. m. 59/1) üzerine başlayan inceleme sürecinde, soruşturmanın derinleştirilmesi ve yeni deliller elde edilmesi halinde, mahkeme heyeti, bu delilleri gözeterek son soruşturmanın açılmasına, açılmasına yer olmadığına (Av. K. m. 59/2-3) veya açılmasının ertelenmesine (CMK m. 171) karar verebilir.⁴¹⁵

1. Son Soruşturmanın Açılması Kararı

a. Son soruşturmanın açılması kararının hukuki niteliği ve içeriği

Avukatlar hakkında Av. K. ile düzenlenen özel soruşturma ve kovuşturma usulünde, son soruşturmanın açılmasına dair karar, CMK'nın 170'inci maddesinde düzenlenen ve kamu davasını açan iddianame niteliğindedir.⁴¹⁶ Yargıtay kararlarında da Av. K. gereğince, davanın açılmasını sağlayan belgenin son soruşturmanın

⁴¹² GÖKCAN, s. 76.

⁴¹³ GÜNER, s. 947.

⁴¹⁴ GÖKCAN, s. 76.

⁴¹⁵ GÖKCAN, s. 76.

⁴¹⁶ GÜNAY, *Avukatlar Hakkında Suç ve Disiplin Hukuku*, s. 25; GÖKCAN, s. 77, 79.

açılması kararı olduğu, bu kararın ardından kovuşturma aşaması ve yargılamanın başlayacağı⁴¹⁷ ifade edilmektedir.⁴¹⁸

Av. K.'da, son soruşturmanın açılması kararının şekli ve içeriğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Son soruşturmanın açılması kararı, CMK'nın 170'inci maddesinde düzenlenen kamu davasını açan belge, diğer bir ifade ile iddianamedir. Bu sebeple son soruşturmanın açılmasına dair kararda, CMK'nın 170'inci maddesinde iddianamede bulunması gerektiği belirtilen tüm hususlara yer verilmelidir.⁴¹⁹

İddianamede gösterilmesi gereken hususlar, şüphelinin kimliği (CMK m.170/3-a), müdafii (CMK m.170/3-b), maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği (CMK m.170/3-c), mağdurun veya suçtan zarar görenin vekili veya kanunî temsilcisi (CMK m.170/3-d), açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliği (CMK m.170/3-e), şikâyetle bulunan kişinin kimliği (CMK m.170/3-f), şikâyetin yapıldığı tarih (CMK m.170/3-g), yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri (CMK m.170/3-h), yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi (CMK m.170/3-i), suçun delilleri (CMK m.170/3-j), şüphelinin tutuklu olup olmadığı (CMK m.170/3-k), tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri (CMK m.170/3-l) olarak sıralanmaktadır. İddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin aleyhine olan hususların yanı sıra lehine olan hususlara da yer verilmeli (CMK m.170/5) ve işlendiği iddia edilen suç ile ilgili olarak hangi ceza ve güvenlik tedbirlerine hükmedilmesinin istendiği (CMK m.170/6) belirtilmelidir.

Ayrıca isnat edilen suç oluşturana olaylara, bu olaylar mevcut delillerle ilişkilendirilerek iddianamede yer verilir (CMK m. 170/4). CMK'nın bu düzenlemesi gereğince sadece delillerin iddianamede sıralanmış olması yeterli görülmemektedir. Delillerin değerlendirilmesi ve suça konu olaylar ile ilişkilendirilmesi, suçun unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması üzerine varılacak sonuca

⁴¹⁷ Y. 4 CD., T. 15.12.2017, E. 2017/19244, K. 2017/28181 , <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 20.01.2021.

⁴¹⁸ Üçüncü Bölüm, II., C.

⁴¹⁹ GÖKCAN, s. 79-80.

göre ya iddianame düzenlenerek ceza davası açılacak ya da kovuşturmaya yer olmadığına karar verilecektir.⁴²⁰ Av. K.'nın 59'uncu madde düzenlemesi gereğince son soruşturmanın açılmasına dair karar, CMK'nın 170'inci maddesinde düzenlenen ve kamu davasını açan iddianame niteliğinde olduğundan bu değerlendirmenin, son soruşturmanın açılmasına karar verecek olan ağır ceza mahkemesi tarafından yapılması gerekmektedir.⁴²¹ Bu hususta görevli olan mahkeme başkanı değildir, mahkemedir.⁴²²

Teknik anlamda iddianame niteliğinde olan son soruşturmanın açılmasına dair kararda, yargılamanın hangi yer mahkemesinde yapılacağı ve hangi mahkemenin görevli olduğu belirtilmelidir.⁴²³

b. Son soruşturmanın açılacağı mahkeme

İddianamenin sunulduğu ağır ceza mahkemesi tarafından yapılan inceleme ve toplanan delillerin değerlendirilmesi sonucunda, mahkemenin son soruşturmanın açılması gerektiği kanaatine varması halinde, son soruşturmanın açılması yönünde karar verilir. Av. K.'nın 59'uncu maddesinin 4'üncü fıkrası gereğince, *“haklarında son soruşturmanın açılmasına karar verilen avukatların duruşmaları, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesinde yapılır. Durum avukatın kayıtlı olduğu baroya bildirilir.”* Başka bir deyişle, son soruşturmanın açılacağı mahkeme, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesidir. Suçun işlendiği yerde ağır ceza mahkemesi bulunmaması halinde, suçun işlendiği yerin bağlı olduğu ağır ceza mahkemesi tarafından dava açılacak ve yargılama yapılacaktır. Son soruşturmanın açılmasına dair kararda, ceza davasının hangi ağır ceza mahkemesinde açılacağı hususuna da yer verilir.⁴²⁴

⁴²⁰ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 227.

⁴²¹ Üçüncü Bölüm, III., A.,B.

⁴²² EREM/SAV, s. 268; GÜNER, s. 948.

⁴²³ CENTEL/ ZAFER, s. 562; GÜNER, s. 948.

⁴²⁴ GÖKCAN, s. 79.

c. Son soruşturmanın açılması kararına itiraz

Av. K.’nın 60’ıncı maddesinin 1’inci maddesine göre, “59. maddede yazılı mahkemelerin tutuklama veya salıverilmeye yahut son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına dair kararlarına karşı Cumhuriyet Savcısı veya sanık tarafından genel hükümler uyarınca itiraz olunabilir.” Madde metninde, son soruşturmanın açılmasına dair kararlara itiraz edilebileceğine yer verilmemiştir.

CMK’nın 267’inci maddesi ile “*Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebileceği*” öngörüldüğünden, kanun ile itiraz yolu düzenlenmeyen mahkeme kararlarına itiraz edilmesi mümkün değildir. Ağır ceza mahkemesinin şüpheli avukat hakkında son soruşturmanın açılması kararına karşı, Av. K.’da itiraz yolu düzenlenmediğinden, bu kararlara itiraz edilememektedir.⁴²⁵ Son soruşturmanın açılması kararındaki hukuka aykırılıklara karşı CMK’nın 309’uncu maddesinde düzenlenen kanun yararına bozma yoluna başvurulması mümkündür.⁴²⁶

2. Son Soruşturmanın Açılmasına Yer Olmadığına Dair Karar

a. Son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına dair kararın hukuki niteliği ve içeriği

Av. K.’nın 59’uncu maddesinin 2’inci fıkrasında, Cumhuriyet savcısının iddianameyi hazırlayarak, dosyayı son soruşturmanın açılmasına veya açılmasına yer olmadığına karar verilmek üzere ağır ceza mahkemesine göndereceği belirtilmiş ise de mahkemenin vereceği karara esas alınması gereken hukuki ölçütlere yer verilmemiştir. Mahkemenin son soruşturmanın açılması kararının kamu davasını açan iddianame niteliği taşıması gibi son soruşturmanın açılmaması yönündeki kararı da kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar niteliğindedir.⁴²⁷

CMK’nın 34’üncü maddesine göre, “*Hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dahil, gerekçeli olarak yazılır. Gerekçenin yazımında 230 uncu*

⁴²⁵ GÜNER, s. 948.

⁴²⁶ GÖKCAN, s. 77,80.

⁴²⁷ MISIR, “*Avukatın Görev Suçları*”, s. 44.

madde göz önünde bulundurulur. Kararların örneklerinde karşı oylar da gösterilir.” Bu düzenleme gereğince, son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına dair kararda, kararın dayanağı hukuki ve fiili sebeplere yer verilmelidir.⁴²⁸

GÖKCAN, mahkemenin son soruşturmanın açılmamasına karar verirken CMK’nın 171’inci ve 172’nci maddelerini esas alması gerektiğini düşünmektedir.⁴²⁹ CMK’nın 172’nci maddesine göre, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmelidir. Şüphelinin ölümü, af, zamanaşımı gibi hallerde kovuşturma olanağının bulunmaması söz konusudur.⁴³⁰

Mahkeme ayrıca, CMK’nın 171’inci maddesinde belirtilen sebeplerin var olması durumunda, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı niteliğinde son soruşturmanın açılmaması kararı verebilir.⁴³¹ CMK’nın 171’inci maddesi ile kamu davasının açılması hususunda Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınmıştır. Bu düzenleme gereğince, “*Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebilir.*”⁴³²

b. Son soruşturmanın açılmaması kararına itiraz

Av. K.’nın “*itiraz hakkı*” başlıklı 60’ıncı maddesine göre, “*59 uncu maddede yazılı mahkemelerin tutuklama veya salıverilmeye yahut son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına dair kararlarına karşı Cumhuriyet Savcısı veya sanık tarafından genel hükümler uyarınca itiraz olunabilir.*” Bu düzenleme gereğince son

⁴²⁸ GÖKCAN, s. 77; MISIR, “*Avukatın Görev Suçları*”, s. 44.

⁴²⁹ GÖKCAN, s. 76-77.

⁴³⁰ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 617.

⁴³¹ GÖKCAN, s. 77; MISIR, “*Avukatın Görev Suçları*”, s. 44.

⁴³² ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 614-616.

soruşturmanın açılmasına yer olmadığı kararının itiraz hakkı sahiplerine tebliğ edilmesi gerekmektedir.⁴³³

Mahkemece, CMK'nın 172'nci maddesi gereğince, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması sebebiyle son soruşturmanın açılmamasına karar verilmesi halinde, bu kararlara karşı itiraz edilmesi mümkündür. Kovuşturmaya yer olmadığı kararı niteliğindeki son soruşturmanın açılmaması kararı, CMK'nın 171'inci maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenen takdir yetkisinin kullanılması sonucu oluşturulmuş ise bu kararlara karşı itiraz yolu bulunmamaktadır.⁴³⁴

Av. K.'nın 60'ıncı maddesinin 2'nci fıkrasına göre, son soruşturmanın açılmaması kararına itiraz, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesi hariç olmak üzere, kararı veren mahkemeye en yakın ağır ceza mahkemesinde incelenir. Son soruşturmanın açılmaması kararına Cumhuriyet savcısı tarafından itiraz edilebilir. Bu itiraz üzerine yapılan incelenme sonucunda verilen karar kesindir.⁴³⁵ İtirazın incelenmesi sonucunda verilen karara karşı kanun yararına bozma yoluna başvurulabilir. Kanun yararına bozma yönünde karar verilmesi durumunda, CMK 390/4-a maddesi gereğince, son soruşturmanın açılmasına karar verilmeli ve yargılama yapılmalıdır.⁴³⁶

İtiraz süresine ilişkin olarak Av. K.'da düzenleme yer almamakta, Av. K.'nın 60'ıncı maddesinin 1'inci fıkrası ile itirazın genel hükümlere göre yapılacağı ifade edilmektedir. Bu maddede yer alan atıf sebebi ile itiraz süresi için, CMK'nın 268'inci maddesinin 1'inci fıkrasının “*hâkim veya mahkeme kararına karşı itirazın,*

⁴³³ “Ankara Batı 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 09/05/2018 tarih, 2018/176 esas, 2018/203 Sayılı kararı ile son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına dair karar verildiği, ancak, bu kararın 1136 Sayılı Kanun'un 60/1. maddesi gereğince itiraz hakkının kullanılıp kullanılmayacağına karar verilmesi amacıyla Cumhuriyet Başsavcılığına tebliğ edilmesi gerektiği, dosyanın incelenmesinde bu kararın tebliğ edildiğine ilişkin belge bulunmadığı, mahkemenin kararda kesin olarak karar verildiğini belirttiği, dolayısıyla kesinleştirme işleminin hukuka aykırı olduğu...” Y. 18. CD., T. 19.02.2019, E. 2018/7172, K. 2019/3491, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 24.01.2021.

⁴³⁴ GÖKCAN, s. 77; ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SİRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 616-617.

⁴³⁵ GÖKCAN, s. 77.

⁴³⁶ Y. 4. CD., T. 10.6.2009, E. 2009/4326, K. 2009/11761; Y. 4. CD., T. 18.11.2020, E. 2020/18641, K. 2020/16796, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 31.05.2021.

*kanunun ayrıca hüküm koymadığı hâllerde ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde yapılacağı” hükmü uygulanacaktır.*⁴³⁷

İtirazın yetkili olmayan mahkemeye yapılması veya dosyanın yetkili olmayan mahkemeye incelenmek üzere gönderilmesi durumunda, yetkisiz mahkeme tarafından, Av. K.’nın 60’ıncı maddesi gereğince, yetkisizlik kararı verilmeli, dosya yetkili mahkemeye gönderilmelidir.⁴³⁸

Son soruşturmanın açılmaması kararına karşı, suçtan zarar gören veya müştekiye, Av. K.’nın 60’ıncı maddesi ile itiraz hakkı tanınmamıştır. 1412 sayılı CMUK döneminde, bu kanunun 165’inci maddesi ile düzenlenen genel hükümlere göre suçtan zarar gören kişilerin takipsizlik kararına karşı itiraz hakkı mevcuttu. Ancak Av. K.’da müşteki veya suçtan zarar gören kişinin itiraz hakkı olduğuna dair düzenleme mevcut olmadığından, avukatlar hakkındaki özel soruşturma ve kovuşturma usulünde, son soruşturmanın açılmaması kararına müşteki veya suçtan zarar gören tarafından itiraz edilemeyeceği belirtilmektedir.⁴³⁹

CMK’nın 260’ıncı maddesinin 1’inci fıkrasına göre, “*Hâkim ve 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.*” Ayrıca, CMK’nın 173’üncü maddesinde, genel hükümlere göre verilen kovuşturmayla yer olmadığına dair kararlara karşı suçtan zarar gören kişilerin itiraz edebileceği belirtilmiştir. Ceza yargılamasına ilişkin olarak getirilen bu düzenlemeler sebebi ile Av. K. gereğince yürütülen soruşturma ve kovuşturma usulünde, son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına dair karara karşı, müşteki veya suçtan zarar görenin itiraz hakkı elde edip etmediği sorusu ile karşılaşılacaktır. Yargıtay bu soruyu; “...son soruşturmanın açılmamasına karar verildiği, karara karşı sözü edilen hukuksal ilişkide vekil eden durumunda olan yakınının itirazda bulunması üzerine, merci Kadıköy Birinci Ağır Ceza Mahkemesi’nce, 1136 sayılı Yasa’nın 60/1. maddesi uyarınca yakınının itiraz hakkının bulunmadığı belirtilerek, itirazın reddine

⁴³⁷ GÖKCAN, s. 76; MAHMUTOĞLU/TALAS, s. 36.

⁴³⁸ GÖKCAN, s. 78.

⁴³⁹ EREM / SAV, s. 268; GÖKCAN, s. 78.

karar verildiği anlaşılmaktadır. 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 60/1. maddesinde, 'mahkemelerin ... son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına dair kararlarına karşı Cumhuriyet Savcısı veya sanık tarafından genel hükümler uyarınca itiraz olunabilir' hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme bakımından merciin kararı yerinde görülmektedir. Ancak, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CYY'nin yasa yollarına ilişkin 260/1. maddesinde ise; 'Hakim ve 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' hükmü getirilmiştir. Bu yasal düzenleme karşısında, 1136 sayılı Yasa uyarınca yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda verilen son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına ilişkin karara karşı suçtan zarar gören kişilerin de itiraz hakkının bulunduğu kabul edilmesi gerekmektedir"⁴⁴⁰ şeklinde cevaplamış ise de yakın zamanda verdiği kararlarda görüşünü değiştirdiği görülmektedir.

Yargıtay 5. CD. T. 03.05.2017, E. 2017/738, K. 2017/1862 sayılı kararında, "1136 sayılı Avukatlık Yasasının 1'inci maddesi uyarınca; bir kamu hizmeti ve serbest bir meslek olarak yerine getirilen avukatlık, yargının kurucu unsurlarından olup bağımsız savunmayı serbestçe temsil ettiği gibi, Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğünün güvencesini de oluşturmaktadır. Avukatlık mesleğinin bu nitelikleri gereği olarak, görev sırasındaki veya görevden doğan suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılıp yürütülmesi konusunda CYY'da yer alan genel düzenlemelerden ayrık biçimde 1136 sayılı Yasanın 58 – 61'inci maddelerinde özel düzenlemeler yapılmıştır. 1136 sayılı Yasanın özel soruşturma ve kovuşturmayı öngören hükümlerinde tüm ayrıntılar düzenlenmediğinden, açık hüküm bulunan konularda bu düzenlemenin uygulanması gerekmekte, düzenlenmeyen veya ilgili maddelerde atıf yapılan hususlarda ise genel hükümlerin uygulanması zorunlu bulunmaktadır. Başka deyişle, 1136 sayılı Yasada açık bir düzenlemenin bulunması durumunda, aynı konunun genel hükümler ile (5271 sayılı CYY) aykırı biçimde düzenlense dahi, bu konuda 1136 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanması gerekmektedir...1136 sayılı kanunun 60/1. maddesinde; ise '59. maddede yazılı mahkemelerin tutuklama veya salıverilmeye yahut son soruşturmanın açılmasına yer

⁴⁴⁰ Y. 4. CD., T. 21.5.2008, E. 2008/3638, K. 2008/10271<www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 24.01.2021.

olmadığına dair kararlarına karşı Cumhuriyet savcısı veya sanık tarafından genel hükümler uyarınca itiraz olunabileceği' belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, özel soruşturma yönteminin düzenlendiği 60/1. madde ile son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına ilişkin karara kimin itiraz edeceği sorunu açıklığa kavuşturulup, yalnızca Cumhuriyet savcısının itiraz edebileceği kabul edilmiş, ancak itiraz yöntemi bakımından genel hükümlere gönderme yapılmıştır. Bu durumda, incelenen dosyada suçtan zarar gören yakınının itiraz hakkının bulunmadığı kabul edilmelidir. Bu nedenle özel yasasındaki hükümle düzenlenen bir konuda, genel soruşturma ve kovuşturma yöntemiyle ilgili olarak, suçtan zarar gören yakınının da yasa yollarına başvuru hakkı bulunduğunu düzenleyen CYY'nın 260/1. maddesi hükmünün uygulanma olanağı bulunmadığı..."⁴⁴¹ yönünde hüküm kurulmuştur.

Kanaatimizce, Av. K.'nın 60'ıncı maddesinde son soruşturmanın açılmaması kararlarına karşı sadece Cumhuriyet savcısı tarafından itiraz edilebileceğinin belirtilmiş olması sebebi ile müşteki veya suçtan zarar gören kişilerin bu karara karşı itiraz edemeyecekleri yönündeki kararların, Anayasa'nın 36'ıncı maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü ile bağdaşması mümkün değildir. Kaldı ki son soruşturmanın açılmaması kararları, kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karar niteliğindedir. CMK'nın 173'üncü maddesinin 1'inci fıkrası ile suçtan zarar gören kişilere, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlara karşı itiraz hakkı tanınmış ve maddede bu hakkın, kararın suçtan zarar gören kişiye tebliğinden itibaren on beş gün içinde kullanılması gerektiği belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlara karşı sulh ceza hakimliğine itiraz edilebilecektir. Bu sebeple ağır ceza mahkemesince verilen son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına dair kararlar ile ilgili olarak CMK'nın 173'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının uygulanmasının mümkün olamayacağını söylemek tabii ki de mümkündür. Ancak bu itirazların, Av. K.'nın 60'ıncı maddesinin 2'nci fıkrasında belirtildiği şekilde, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesi hariç olmak üzere, itiraz edilen kararı veren mahkemeye en yakın ağır ceza mahkemesince incelenmesi mümkün olabilecektir. Ayrıca, CMK'nın 260'ıncı maddesinin 1'inci fıkrasına göre "*Hâkim ve mahkeme kararlarına karşı Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya*

⁴⁴¹ <www.legalbank.net>, Erişim tarihi: 24.01.2021; Benzer kararlar: Y. 5. CD., T. 29.05.2019, E. 2019/2654, K. 2019/5916; Y. 4. CD., T. 25.06.2019, E. 2019/3047, K. 2019/11774, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 24.01.2021.

katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yolları açıktır.” Bu düzenlemeye dayanarak müşteki veya suçtan zarar gören kişilerin, son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına dair kararlara karşı itiraz edebilecekleri kabul edilebilir. Kaldı ki eski tarihli kararlarında Yargıtay da bu görüşü benimsemiştir. Tüm bu açıklamalar doğrultusunda, son soruşturmanın açılmaması kararlarının, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar niteliği taşıması, hak arama özgürlüğü (AY. m.36), CMK’nın 173’üncü maddesinin 1’inci fıkrası ile 260’ıncı maddesinin 1’inci fıkrasında yer alan düzenlemeler dikkate alındığında müşteki veya suçtan zarar gören kişilerin, son soruşturmanın açılmamasına ilişkin kararlara karşı itiraz edebileceklerini düşünmekteyiz.

3. Son Soruşturmanın Ertelenmesi Kararı

1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nda düzenlenen özel soruşturma ve kovuşturma usulünde ceza davası, iddianamenin hazırlanması ile değil, son soruşturmanın açılmasına ilişkin kararın verilmesi üzerine açılmaktadır. Bir başka deyişle, son soruşturmanın açılmasına dair karar CMK’nın 170’inci maddesinde düzenlenen iddianame niteliğindedir.⁴⁴² Bu sebeple, son soruşturma ile ilgili karar verecek olan mahkemenin, son soruşturmanın açılmasının ertelenmesi kararı vermesi mümkündür. Kaldı ki 5271 sayılı CMK’nun 170’inci, 171’inci ve 172’nci maddeleri ile şüpheli lehine olarak getirilen hukuki düzenlemelerin avukatlar hakkında da uygulanmasına engel bir durum bulunmamaktadır.⁴⁴³

4. Son soruşturmanın açılması kararının iadesi

“İzin alınmadan soruşturma ve kovuşturmanın yapılması”⁴⁴⁴ ile “Avukatlık Kanunu’nun 59. Maddesinde düzenlenen iddianamenin hukuki niteliği”⁴⁴⁵ başlıkları altında da belirttiğimiz gibi, avukat hakkında ceza davasını açan belge, iddianame niteliği taşıyan son soruşturmanın açılması kararının iade edilmesi mümkündür.

⁴⁴² Üçüncü Bölüm, III., C., 1., a.

⁴⁴³ GÖKCAN, s. 80; MISIR, “Avukatın Görev Suçları”, s. 44.

⁴⁴⁴ Üçüncü Bölüm, I., C.

⁴⁴⁵ Üçüncü Bölüm, II., C.

Yargıtay 4. CD., T. 05.12.2006, E. 2006/6755, K.2006/17304 sayılı kararında, “İddianamenin iadesini düzenleyen CYY'nın 174. maddesine göre de, iade edilebilecek iddianame, kamu davasını açan iddianamedir. Yoksa son soruşturmanın açılmasına veya açılmasına yer olmadığına karar verilmek üzere düzenlenen iddianame, teknik anlamda kamu davasını açan belge olmadığından iadesi de mümkün değildir. Böyle durumlarda, son soruşturmanın açılması kararının iade edilebileceği” ifade edilmiştir.⁴⁴⁶

IV. ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN DURMASI VEYA KESİLMESİ

TCK'nın 67'inci maddesinin 1'inci fıkrasında soruşturma ve kovuşturma için izin alınması gereken hallerde, bu süreçler içinde zamanaşımı süresinin işlemesi ve kesilmesine ilişkin düzenleme yapılmış, 2'inci fıkrada ise soruşturma ve kovuşturma sırasında zaman aşımının kesileceği haller belirlenmiştir.

A. Soruşturma ve Kovuşturma İzninin Gerekli Olduğu Hallerde Zamanaşımı Süresine İlişkin Düzenleme

TCK'nın 67'nci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, “Soruşturma ve kovuşturma yapılmasının, izin veya karar alınması veya diğer bir mercide çözülmesi gereken bir meselenin sonucuna bağlı bulunduğu hallerde; izin veya kararın alınmasına veya meselenin çözümüne veya kanun gereğince hakkında kaçak olduğu hususunda karar verilmiş olan suç faili hakkında bu karar kaldırılincaya kadar dava zamanaşımı durur.” Bu düzenlemede hem soruşturma hem de kovuşturma izni alınması gereken haller zamanaşımını durduran sebepler olarak öngörülmüştür. Avukatlar hakkındaki özel usulde, hem soruşturma (Av. K. m.58/1) hem de kovuşturma (Av. K. m.59/1) için izin alınması gerekmektedir. Soruşturma izni verilmesi ilk durma sebebidir. Hazırlık niteliğinde inceleme sürecinde zamanaşımı süresi işlemeye devam eder, avukat hakkında Cumhuriyet savcılığınca soruşturma talebini içeren fezleke yazıldığı

⁴⁴⁶ <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 11.01.2021.

tarihte durur. Zamanaşımı, Adalet Bakanlığı tarafından soruşturma izni verildiği tarihte tekrar işlemeye başlar ve soruşturma sürecinde işlemeye devam eder.⁴⁴⁷

Soruşturma sonucunda avukat hakkında ceza davası açılması gerektiğinin anlaşılması üzerine bu kez Cumhuriyet savcılığı tarafından Adalet Bakanlığı'ndan kovuşturma izni talep edilir (Av. K. m.59/1). Soruşturma sürecinde işleyen zamanaşımı süresi, kovuşturma izni talebini içeren fezlekenin yazıldığı tarihte tekrar durur. Kovuşturma izninin verildiği tarihte zamanaşımı süresi tekrar işlemeye başlar.⁴⁴⁸

B. Soruşturma ve Kovuşturma Sırasında Zamanaşımını Kesen Haller

TCK'nın 67'nci maddesinin 2'nci fıkrasında zamanaşımını kesen haller, “Bir suçla ilgili olarak; a) Şüpheli veya sanıklardan birinin savcı huzurunda ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi, b) Şüpheli veya sanıklardan biri hakkında tutuklama kararının verilmesi, c) Suçla ilgili olarak iddianame düzenlenmesi, d) Sanıklardan bir kısmı hakkında da olsa, mahkûmiyet kararı verilmesi” olarak sıralanmıştır.

TCK'nın 67'nci maddesinin 2'nci fıkrasının c bendinde yer alan suçla ilgili olarak iddianame düzenlenmesi şeklindeki zamanaşımını kesen hal, avukatlar hakkındaki özel soruşturma ve kovuşturma usulü bakımından özellik taşımaktadır. Av. K.'nın 59'uncu maddesinin 2'nci fıkrası gereğince düzenlenen iddianame CMK'nın 170'inci maddesindeki teknik anlamda iddianame olmadığından⁴⁴⁹ dava zamanaşımını kesmemektedir.⁴⁵⁰

Bu özel usulde, son soruşturmanın açılmasına dair ağır ceza mahkemesi kararı iddianame niteliğinde olduğundan, avukat hakkında ceza davası bu karar

⁴⁴⁷ GÖKCAN/ARTUÇ, s. 735.

⁴⁴⁸ GÖKCAN/ARTUÇ, s. 736.

⁴⁴⁹ Üçüncü Bölüm, II., C.

⁴⁵⁰ “1136 sayılı Avukatlık Kanununun 59. maddesi uyarınca son soruşturmanın açılmasına veya açılmasına yer olmadığına karar verilmek üzere düzenlenen iddianamenin teknik anlamda kamu davasını açan bir belge olmadığı, bu itibarla dava zamanaşımını kesen bir işlem sayılamayacağı...” Y. 5. CD., T. 01.04.2009, E. 2008/8428, K. 2009/4050, aktaran, GÖKCAN, s. 102-103.

üzerine açılmaktadır.⁴⁵¹ GÖKCAN, bu durumda, son soruşturmanın açılmasına dair kararın zamanaşımını kesen sebep olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁴⁵² Kanaatimizce bu görüş yerindedir.

V. UZLAŞMA KURUMUNUN AVUKATLAR HAKKINDAKİ ÖZEL SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜNDE UYGULANMASI

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile hukuk sistemimize kazandırılmış olan uzlaşma kurumunun, avukatların görevleri sırasında veya görevleri sebebi ile işledikleri suçlar için uygulanmasını engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak avukatlar hakkındaki özel soruşturma usulünde uzlaşmanın uygulanmasına dair sorunlar ve tartışmalar ile karşılaşilmektedir.⁴⁵³

A. Uzlaştırmmanın Tanımı, Hukuki Niteliği ve Kapsamı

Uzlaştırma ve uzlaşmanın tanımına CMK’da yer verilmemiştir.⁴⁵⁴ Bu kavramların tanımları, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği’nde yapılmıştır. Yönetmeliğin 4-j maddesinde uzlaşmanın, *“uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle, şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve esaslara uygun olarak anlaşmış olmalarını”*; 4-k maddesinde ise uzlaştırmmanın: *“uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya kanuni temsilcisinin, Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve esaslara uygun olarak uzlaştırmacı tarafından anlaştırmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi sürecini”* ifade ettiği belirtilmiştir. Yönetmelikteki bu tanımlardan anlaşılacağı üzere, *“uzlaşma tarafların üçüncü bir kişinin yardımı olmadan uzlaşma haline gelme durumu”*; *“uzlaştırma,*

⁴⁵¹ Üçüncü Bölüm, III., C., 1., a.

⁴⁵² GÖKCAN, s. 103.

⁴⁵³ GÖKCAN, s. 81.

⁴⁵⁴ AKBULUT, Berrin/ AKSAN, Murat, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), s. 27; DEĞİRMENCİ, Olgun, *Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), s. 87.

uzlaştırmacı olarak adlandırılan üçüncü bir kişi yardımıyla tarafların uzlaşma durumuna gelme sürecidir.”⁴⁵⁵

Uzlaştırma, doktrinde, “uzlaşma kapsamındaki bir suç nedeniyle başlatılan ceza soruşturması veya kovuşturması sırasında, uzlaştırma bürosunda görevli Cumhuriyet savcısı tarafından uzlaştırmacı olarak görevlendirilen kişinin şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar göreni, varsa mağdurun zararının giderilmesine, şüpheli veya sanığın da yargılamanın sonuçlarından kurtulmasına yönelik olarak anlaştırmak için bir araya getirilmesi suretiyle uyuşmazlığın yargı dışı yolla çözümünü amaçlayan bir kurum” şeklinde tanımlanmaktadır.⁴⁵⁶

Uzlaştırma kural olarak soruşturma aşamasında yapılır. Yargılama sırasında, mahkemece, suçun uzlaşmaya tabi bir suç olduğunun tespiti halinde durma kararı verilerek dosyanın uzlaştırma bürosuna gönderilmesi gerekmektedir.⁴⁵⁷ Uzlaşmanın gerçekleşmemesi soruşturma aşamasında dava şartıdır.⁴⁵⁸ Kovuşturma aşamasında uzlaşmanın gerçekleşmesi ise davayı düşüren sebeplerdendir.⁴⁵⁹

CMK’nın 253’üncü maddesinde, hangi suçlar için uzlaştırma kurumunun uygulanacağı belirtilmiştir. TCK’da düzenlenen ve soruşturulma ile kovuşturulması şikayete bağlı suçlar uzlaştırma kapsamındadır. Ayrıca şikayete bağlı olup olmadığı dikkate alınmaksızın CMK’nın 253’üncü maddesinde tek tek sayılan suçlar da uzlaştırmaya tabidir. Özel kanunlarda düzenlenen ve soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olmayan suçlarda, uzlaştırmanın uygulanması için bu hususun kanunda açıkça belirtilmiş olması gerekmektedir.⁴⁶⁰

⁴⁵⁵ DEĞİRMENCİ, s. 87.

⁴⁵⁶ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 59.

⁴⁵⁷ ÜNVER, Yener/ HAKERİ Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 3*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), s. 1842.

⁴⁵⁸ ALAN AKCAN, Esra, “Soruşturma Evresinde Mağdurun Hakları ve Yükümlülükleri”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (C.2, S.2, 2015), s. 38, <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1102166>>, Erişim Tarihi: 06.06.2021.

⁴⁵⁹ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 60.

⁴⁶⁰ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 60.

Cumhuriyet savcısı tarafından uzlaştırmının başlatılması için CMK'nın 253'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen bir suça ilişkin, CMK'nın 170'inci maddesi anlamında yeterli şüphenin varlığı gereklidir. Yeterli şüphenin bulunması halinde Cumhuriyet savcısı tarafından, iddianame düzenlemeden önce, şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin uzlaştırılması için, dosya uzlaştırma bürosuna gönderilir.⁴⁶¹

B. İzin Şartının Öngörüldüğü Hallerde Uzlaştırma Kurumunun Uygulanıp Uygulanmayacağı Tartışması

Kanun koyucu tarafından, soruşturmanın başlaması için izin veya talep gibi dava şartlarının öngörüldüğü hallerde, uzlaştırma kurumunun uygulanıp uygulanmayacağı hususunda doktrinde görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Kimi yazarlara göre, soruşturmanın başlaması için izin veya talep gibi dava şartlarının gerektiği hallerde, bu şartlar yerine getirilmeden uzlaştırma aşamasına geçilemez. Öncelikle soruşturmanın başlatılabilmesi için gerekli izin şartı yerine getirilmelidir. İzin şartı gerçekleşmeden soruşturmanın başlaması halinde ise, yeterli şüpheye ulaşıldığı öne sürülerek uzlaştırma yoluna başvurulamaz. Öncelikle izin prosedürü tamamlanmalı, izin alındıktan sonra uzlaştırma süreci başlatılmalıdır.⁴⁶²

Bir diğer görüşü savunan yazarlara göre, uzlaştırma kurumu mağdur veya suçtan zarar görenin gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olması halinde uygulanabildiğinden talep, müracaat, izin gibi dava şartlarının gerektiği suçlar ise bu özellikleri taşımadığından bu durumda uzlaştırma yoluna gidilemez.⁴⁶³ Doktrinde bu görüşün izin şartının gerekli olduğu özel soruşturma usullerinin uygulanması gereken haller dikkate alındığında, hatalı olduğu öne sürülmektedir.⁴⁶⁴ CMK'nın 253'üncü maddesinde belirtilen suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek

⁴⁶¹ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 810.

⁴⁶² EKİCİ ŞAHİN, Meral/ YEMENİCİ, Kürşat, 6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (C. 13, S. 1, Nisan 2018), s. 460, < <https://www.jurix.com.tr>>, Erişim tarihi: 08.02.2021; AŞKIN, Uğur/ TOPUZ, Veysel/ BİLGE, Burak, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), s. 118.

⁴⁶³ AKBULUT/ AKSAN, s. 90.

⁴⁶⁴ DEĞİRMENCİ, s. 200.

veya özel hukuk tüzel kişinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur. Kanunun bu hükmü dayanak gösterilerek, soruşturulması izin şartına bağlı suçlar için uzlaştırma kurumunun uygulanması gerektiği öne sürülemez. Şikayet ile, talep, izin gibi dava şartlarına bağlı suçlar nitelikleri itibariyle birbirinden farklıdır. Ancak, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlı ve bu sebeple uzlaştırma kapsamında olan bir suç ile ilgili olarak soruşturma başlatılabilmesi için ayrıca izin şartının da gerçekleşmesi gereken haller ile karşılaşmak mümkündür. Avukatın, duruşma sırasında kendisine müdahale eden duruşmayı izleyen bir şahsa hakaret etmesi ve TCK'nın 125'inci maddesinde düzenlenen ve TCK'nın 131'inci maddesinin 1'inci fıkrası gereğince soruşturulması şikâyetle bağlı olan hakaret suçunun oluşması halinde, avukat hakkında görevi sırasında işlediği bu suç sebebi ile soruşturma yapılabilmesi için Av. K.'nın 58'inci maddesi gereğince, Adalet Bakanlığından izin alınması gerekmektedir. Bu durumda Adalet Bakanlığı'ndan izin alınmadan soruşturmanın başlatılması mümkün olmayacağından, uzlaştırma prosedürünün başlayabilmesi için öncelikle soruşturma izni alınmalıdır.⁴⁶⁵

C. Avukatların Görev Suçlarında Uzlaştırma Nasıl Uygulanacak?

Uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilmesi için öncelikle eylemin soruşturulabilir veya kovuşturulabilir olması, başka bir deyişle, soruşturma ve kovuşturma şartlarının bulunması gerekmektedir.⁴⁶⁶ Avukatlar hakkındaki özel soruşturma ve kovuşturma usulünde, soruşturma Adalet Bakanlığı'nın izni üzerine başlayacağından, bu iznin ardından dosya uzlaştırma bürosuna gönderilebilecektir.⁴⁶⁷

CMUY'un 10'uncu maddesinin 1'inci fıkrası gereğince, “*yapılan soruşturma neticesinde kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma imkânının bulunmaması hâlinde soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısı dosyayı büroya göndermeksizin sonuçlandırır.*” Cumhuriyet

⁴⁶⁵ DEĞİRMENCİ, s. 200; GÖKCAN, s. 81.

⁴⁶⁶ ÜNVER/ HAKERİ, s. 1831.

⁴⁶⁷ GÖKCAN, s. 81; MISIR, s. 54-55.

savcılığınca kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi gereken durumlarda, uzlaştırma hükümlerinin uygulanması yoluna gidilemez.⁴⁶⁸

Avukatlar hakkındaki özel soruşturma ve kovuşturma usulünde Cumhuriyet savcılıklarınca kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilememektedir. Bu özel usulde soruşturma ve kovuşturmanın yapılıp yapılmayacağına Adalet Bakanlığı karar vermektedir. Bu aşamada, uzlaşma hükümlerinin nasıl uygulanacağı sorunu ile karşılaşılmaktadır. Zira Av. K.'da düzenlenen özel soruşturma ve kovuşturma usulünde, uzlaşma hükümlerinin nasıl uygulanacağı hususu belirtilmemiştir.⁴⁶⁹

Bazı yazarlarca uzlaşma hükümlerinin uygulanması için çeşitli yöntemler önerilmektedir. Bu yöntemlerden biri, Av. K.'nın 58'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, Adalet Bakanlığı'nca soruşturma izni vermesinin ardından suç yeri Cumhuriyet savcılığınca soruşturmaya başlandığı sırada uzlaştırma hükümlerinin uygulanabileceğidir. Bu öneriye göre, suç yeri Cumhuriyet savcılığı tarafından, uzlaşma teklifinde bulunulabilir. Taraflardan birinin uzlaşma teklifini reddetmesi üzerine, soruşturmaya devam edilir ve soruşturma tamamlanınca dosya, kovuşturma izni verilip verilmeyeceği hususunda karar verilmek üzere Adalet Bakanlığına gönderilir. Soruşturma aşamasında uzlaşma teklifinin taraflarca kabul edilmesi halinde, Cumhuriyet savcılığınca soruşturma işlemleri tamamlanarak dosya Adalet Bakanlığı'na gönderilmelidir. Adalet Bakanlığı, kovuşturma izni verilmemesine karar verir ise soruşturma sona ermiş olur. Ancak Adalet Bakanlığı kovuşturma izni verilmesi gerektiği kanaatinde ise, bu izni vermeden önce dosyayı, uzlaştırma hükümlerinin uygulanması için suç yeri Cumhuriyet savcılığına gönderir. Uzlaştırmacı tarafından uzlaşmanın sağlandığına ilişkin olarak hazırlanan rapor, Cumhuriyet savcılığının raporun hukuka uygun olduğunu belirtir görüşü ile birlikte Adalet Bakanlığı'na gönderilmelidir. Uzlaşma, edimin yerine getirilmesi ile sonuçlandığında, Adalet Bakanlığınca uzlaşmanın sağlanması sebebi ile kovuşturma izni verilmesine yer olmadığına karar verilir.⁴⁷⁰

⁴⁶⁸ GÖKCAN, s. 81.

⁴⁶⁹ GÖKCAN, s. 81; MISIR, s. 54.

⁴⁷⁰ GÖKCAN, s. 82.

Doktrinde önerilen bir diğer yöntem ise, uzlaşma hükümlerinin son soruşturmanın açılması veya açılmamasına dair karar verecek olan suç yerine en yakın ağır ceza mahkemesi tarafından uygulanmasıdır. CMK'daki genel soruşturma usulünde Cumhuriyet savcısına tanınmış yetkileri, avukatlar hakkındaki özel soruşturma ve kovuşturma usulünde kullanabilen bu ağır ceza mahkemesi, son soruşturmanın açılması gerektiği kanaatinde ise, uzlaştırma prosedürünü başlatabilir. Mahkeme, uzlaşmanın sağlanması durumunda son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına, uzlaşma teklifinin reddedilmesi durumunda ise son soruşturmanın açılması kararı vermelidir.⁴⁷¹

Kimi yazarlar ise son soruşturmanın açılmasına dair verilen karar üzerine avukatlar hakkında ceza yargılamasının başlayacağına dikkat çekmekte ve bu sebeple bu kararın ardından yargılama aşamasında uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilmesinin mümkün olacağını ifade etmektedirler.⁴⁷²

Son soruşturmanın açılmasına dair karar iddianame niteliği taşımaktadır. Ayrıca genel hükümlere göre yürütülen soruşturmalarda Cumhuriyet savcısına tanınmış yetkiler, avukatlar hakkındaki bu özel usulde, son soruşturmanın açılıp açılmayacağına dair kararı verecek olan ağır ceza mahkemesince kullanılabilir. Uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilmesi için eylemin soruşturulabilir veya kovuşturulabilir olması, yeterli şüphenin bulunması gerekmektedir. Bu hususlar dikkate alındığında, uzlaştırma prosedürünün son soruşturmanın açılması kararının verilmesi aşamasında uygulanmasının hem uzlaştırma kurumu hem de avukatlar hakkındaki özel soruşturma usulüne ilişkin hükümlere daha uygun bir yöntem olduğunu düşünmekteyiz.

⁴⁷¹ GÖKCAN, s. 82.

⁴⁷² YERDELEN, Erdal/ ÖZBEK, Mustafa Serdar/ ALTUNTAŞ, Şeyda/ BOZ, Burak/ ERDEM, Dilek Özge/ YILMAZ, Berna Ayşen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), s. 162.

VI. ADALET BAKANLIĞININ SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA İZNİ İLE İLGİLİ KARARLARINA KARŞI İDARİ DAVA YOLUNA BAŞVURULMASI

A. İdari İşlemin Tanımı ve Özellikleri

İdarenin her türlü işlemi idari işlem değildir. Bir diğer deyişle idare tarafından yapılan her işlem idarenin işlemidir, ancak bu işlem aynı zamanda idari işlem olmayabilir. İdarenin kamu gücünü kullanmadan yaptığı iki taraflı ve özel hukuk kurallarına tabi işlemler idarenin işlemi olsalar da idari işlem olarak kabul edilemezler. Bu işlemlere örnek olarak kira, istisna, alım satım sözleşmeleri, idarenin özel mallarının yönetimine ilişkin yapılan işlemler gösterilebilir.⁴⁷³

İdari işlem bir hukuki işlem olduğundan tüm hukuki işlemler gibi hukuk düzeninde yenilik veya değişiklikler yapan irade açıklaması sonucu gerçekleşmektedir. Ancak idari işlemi meydana getiren irade sebebi ile idari işlem hukuki işlemden ayrılmaktadır.⁴⁷⁴ Zira idari işlemi gerçekleştiren irade kamu yararının sağlanmasını amaçladığından⁴⁷⁵ özel hukuktan farklı olarak sübjektif değil objektif nitelik taşımaktadır.⁴⁷⁶

Bu açıklamalar doğrultusunda, kamu gücü aracılığı ile bir idari görev ya da faaliyetin yerine getirilmesi amacına yönelik, hukuk düzeninde yenilik veya değişiklikler yapan ve idarenin tek taraflı iradesi ile sonuç doğuran irade açıklamaları idari işlem olarak adlandırılmaktadır.⁴⁷⁷ Danıştay kararlarında idari işlemin, “*İdari makam veya merciilerin, idare hukukuna özgü usul ve kurallar çerçevesinde tek yanlı olarak tesis ettiği, kesin ve yürütülmesi zorunlu, ilgililerin hukuki durumlarında değişiklikler meydana getiren ya da var olan bir hukuki durumu değiştiren, kaldıran veya yeni bir hukuki durum ortaya koyan idare işlevine ilişkin tasarruflar*” şeklinde

⁴⁷³ SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 301; KALABALIK, Halil, *İdare Hukuku Dersleri Cilt-II*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), s. 27.

⁴⁷⁴ ERKUT, Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, (Ankara: Danıştay Yayınları, 2015), s. 9.

⁴⁷⁵ ÖZAY, “*Günüşığında Yönetim*”, s. 325.

⁴⁷⁶ ERKUT, s. 10-11.

⁴⁷⁷ SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 301.

tanımlandığı görülmektedir.⁴⁷⁸ Bu tanımlardan da anlaşıldığı üzere idari işlemlerin tek yanlılık, kanunilik, kamu gücüne dayalı olma ve icrailik gibi özellikleri bulunmaktadır.⁴⁷⁹

Tek yanlılık özelliği, idari işlemin, bir kişi tarafından yapılması değil, tek bir irade açıklaması sonucunda oluşmasını ifade etmektedir.⁴⁸⁰ İdari işlem, işlemin muhatabının iradesi dikkate alınmadan sadece işlemi yapan gücün iradesi ile oluşmakta ve ilgililerin hukuki durumları üzerinde etki yapmaktadır.⁴⁸¹ Bir başka deyişle, tek yanlılık, kamusal güç ve iradenin birey karşısındaki üstünlüğüdür.⁴⁸² İdarenin kamu yararının sağlanması amacına yönelik faaliyetlerini gerçekleştirebilmesi için, özel hukuk alanındaki iradelerin eşitliği prensibi yerine, idare hukukunda kamusal iradenin üstünlüğü prensibi egemendir.⁴⁸³ Kamu yararının söz konusu olduğu durumlarda, idare ilgililerin rızası aramaksızın tek yanlı olarak işlem tesis etme ayrıcalığına sahiptir.⁴⁸⁴ Buna kamu gücü ve ayrıcalığı denilmektedir.⁴⁸⁵ İdari işlemin yapılma sürecinde, idare başka makam veya kişilerden görüş alabilir, araştırma ve inceleme yapabilir. İşlemin yapılmasına birden fazla kişi veya organın katılması, tek yanlılık özelliğini etkilemez.⁴⁸⁶

Kanunilik, idari işlemin hem kanuni dayanağı bulunması hem de hukuka uygun olduğunun kabul edilmesidir.⁴⁸⁷ İdari işlemler hukuka uygunluk karinesinden

⁴⁷⁸ D. 6. D., T. 20.11.2019, E. 2019/8093, K. 2019/11710; D. 9. D., T. 14.03.2019, E. 2019/1142, K. 2019/899; DİDDGK, T. 20.02.2019, E.2018/1565, 2019/690; D. 14. D., T. 17.01.2019, E.2019/79, K.2019/189, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 20.02.2021.

⁴⁷⁹ SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 303.

⁴⁸⁰ ERKUT, s. 14; AKGÜNER, s. 1017; ÇAĞLAYAN, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), s. 303.

⁴⁸¹ GÜNDAY, s. 124; AKGÜNER, s. 1017; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: I), s. 334.

⁴⁸² SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 303.

⁴⁸³ ÖZAY, “*Günışığında Yönetim*”, s. 326.

⁴⁸⁴ SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 303.

⁴⁸⁵ GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku Cilt: I*, (Bursa: Ekin Basım, 2019), s. 72.

⁴⁸⁶ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 392.

⁴⁸⁷ SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 303; ÖZAY, “*Günışığında Yönetim*”, s. 327.

yararlanırlar.⁴⁸⁸ Bu sebeple aksi ispat edilinceye kadar, idari işlemin kanuni dayanağının bulunduğu ve hukuka uygun olduğu kabul edilir.⁴⁸⁹ Hukuka uygunluk karinesi gereğince, iptal davası açılmış olması dahi idari işlemin yürürlüğünü durdurmaz. Açılan iptal davasında, idari işlemin hukuka aykırı olduğunun davacı tarafından ispat edilmesi üzerine, mahkemece verilen iptal kararı ile hukuka uygunluk karinesi ortadan kaldırılmış olur.⁴⁹⁰

İdari işlem kamu gücüne dayalı olmalı, kamu gücünün kullanılması suretiyle yapılmalıdır. Kamu gücünü kullanma yetkisi barındırmayan irade açıklaması, özel hukuk kurallarına göre yapılan ve idari işlem olmayan bir tasarruf olabilir.⁴⁹¹

İcrailik, idarenin tek yanlı irade açıklaması ile ilgililerin hukuki durumlarını değiştirmesi, ortadan kaldırması veya yeni hukuki durumlar oluşturmaları⁴⁹²; kısaca ilgililerin hukuksal durumlarını etkilemesidir.⁴⁹³

İdari işlemlerle oluşturulan hukuki durumları, hak ve yükümlülükler olarak açıklamak mümkündür. İdare hak ve yükümlülükler getirerek birtakım hukuki sonuç ve etkilerin doğmasını sağlamakta ve bu şekilde hukuki düzende değişiklikler yapmayı amaçlamaktadır. İşte bu amacın gerçekleşmesine yönelik olarak idarece yapılan işlemler icrailik özelliği taşımaktadırlar.⁴⁹⁴ ERKUT, bu açıklamalardan hareketle icrai nitelikte işlemleri, “*Kamu gücü ve kudretinin, üçüncü kişiler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösterdiği işlemler*” olarak tanımlamaktadır.⁴⁹⁵

⁴⁸⁸ ÖZAY, “*Günüşiğinde Yönetim*”, s. 327; ÇAĞLAYAN, s. 304; AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 392.

⁴⁸⁹ ÖZAY, “*Günüşiğinde Yönetim*” s. 327; ÇAĞLAYAN, s. 304.

⁴⁹⁰ SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 303-304; ÇAĞLAYAN, s. 304; AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 392.

⁴⁹¹ SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 304; AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 390.

⁴⁹² SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 304; GÜNDAY, s. 124.

⁴⁹³ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 393.

⁴⁹⁴ ERKUT, s. 144.

⁴⁹⁵ ERKUT, s. 144.

İdari yargılama usulünde idari bir işleme karşı dava açılabilmesinin şartlarından biri de işlemin icrai olmasıdır.⁴⁹⁶ İdari işlemin iptal davasına konu edilebilmesi için aranan icrailik ve kesinlik özellikleri, İYUK'un 14'üncü maddesinde ayrıca belirtilmiştir. İcrailik özelliği, işlem hakkında iptal davası açılması için zorunlu bir şart olsa da bu şartın gerçekleşmesi her zaman tek başına yeterli olmayabileceği gibi icrai işlemlerin tamamının iptal davasına konu edilmesi de mümkün olamamaktadır.⁴⁹⁷

Danıştay bir işlemin iptal davasına konu edilip edilemeyeceği değerlendirmesi yaparken “kesin ve icrası mümkün kararlar” veya “kesin ve yürütülmesi gerekli işlemler” ifadelerini kullanmakta ise de idari işlemin kesinlik niteliği ile icrailik niteliği birbirlerinden çok farklı anlamlar ifade etmektedir.⁴⁹⁸ İdari işlemler, icrailik özelliğini, ortaya çıktıkları andan itibaren taşımaktadırlar.⁴⁹⁹ Bir başka ifade ile idari işlem yürürlüğe konulmadan, üçüncü kişiler hakkında uygulanmadan önce icrailik özelliğini kazanmış durumdadır.⁵⁰⁰ ERKUT, “icrai olan bir işlemin henüz üçüncü kişiler üzerinde etkisini göstermediği ya da bir kimsenin menfaatini zedelediği için iptal davasının konusu yapılamaması, işlemin icrai olmamasından değil, aksine henüz yürürlüğe girmediği için ya da menfaat ihlali koşulunun gerçekleşmemesinden ötürü olduğunu” belirtmektedir.⁵⁰¹

İdari işlemin yürürlüğe girmesi, kesin olması, menfaat ihlaline sebep olması, icrailik özelliği ile değil, iptal davası açılıp açılmayacağı ile ilgilidir.⁵⁰² İşlemin kesin olması uygulamaya hazır olması anlamına gelmektedir.⁵⁰³ İdari işlem,

⁴⁹⁶ ERKUT, s. 145; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 304-305; AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 393.

⁴⁹⁷ ERKUT, s. 145; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 305.

⁴⁹⁸ ERKUT, s. 142.

⁴⁹⁹ ÖZAY, “Günışığında Yönetim”, s. 327; ERKUT, s. 143.

⁵⁰⁰ ERKUT, s. 143; AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 393;

⁵⁰¹ ERKUT, s. 143.

⁵⁰² ERKUT, s. 143; AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 393; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 305.

⁵⁰³ ERKUT, s. 146; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 305.

yetkililerin kabulü ve imzalaması üzerine tamamlandığından⁵⁰⁴, işlemin ilan edilmesi yürürlük şartı değildir. İlan işlemin ilgililer ve üçüncü şahıslar için hüküm ifade etmesi için gereklidir.⁵⁰⁵

İdarenin tek taraflı iradesi ile oluşturulan, tamamlandığı an uygulanabilir durumda olan idari işlemler, idare tarafından re'sen icra edilebilir. İdari işlemin idare tarafından icra edilmesinin durdurulabilmesi, idari yargı mercilerinden yürütmenin durdurulmasına ilişkin karar alınması halinde mümkün olabilir.⁵⁰⁶

B. İdari İşlemin Unsurları ve Hukuki Denetimi

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2'nci maddesinin 1/a bendinde idari işlemlerin unsurları yetki, şekil, sebep, konu ve maksat olarak sayılmış ve bu unsurlardan herhangi biri yönünden hukuka aykırılığın bulunması halinde, menfaatleri ihlâl edilenler tarafından iptal davası açılabileceği belirtilmiştir.

1. Yetki Unsuru

Yetki unsuru, bir idari işlemin hangi idari makamın iradesi ile oluşabileceğini ifade etmektedir.⁵⁰⁷ İdare hukukunda yetkisizlik esas, yetkili kılınmış olmak istisnadır.⁵⁰⁸ Başka bir ifade ile bir organ, makam ya da kamu görevlisi ancak Anayasa ve kanunlar ile yetkili kılınması halinde işlem yapabilme güç ve yeteneğine sahip olur.⁵⁰⁹ Anayasa'nın 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında yazıldığı gibi, “*Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.*”

⁵⁰⁴ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut, *İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt: II*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), s. 282.

⁵⁰⁵ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 283; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 305.

⁵⁰⁶ SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 307; ÇAĞLAYAN, s. 304.

⁵⁰⁷ SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 309.

⁵⁰⁸ GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 847; AKGÜNER, s. 1054; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 309.

⁵⁰⁹ GÜNDAY, s. 134; “*İdare Hukukunda yetki, idareye Anayasa ve yasalarla tanınmış olan karar alma gücünü ifade etmektedir. Bu yönüyle idari işlemin en temel unsurunu oluşturan yetki, yasayla hangi makama verilmiş ise ancak onun tarafından kullanılabilir. İdare Hukukunda yetkisizlik kuralı, yetkili olma istisna"dır. Bu istisna ise, yetkinin, yalnızca yasayla gösterilen hallerde ve yine yasayla gösterilen idari merciler tarafından kullanılmasıdır. Bu sebeple yetki Kanunun açık izni olmadan*

İşlem yapma yetkisinin, idarenin görev alanı ve işlemi yapacak makamın belirlenmesi olarak iki açıdan değerlendirilmesi gerekmektedir.⁵¹⁰ Anayasa'nın 123'üncü maddesine göre, “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.” Bu düzenleme gereğince, idarenin görev alanı kanunlarla belirlenir. İdare sadece kanunlarla izin verilen alanlarla sınırlı olarak faaliyet gösterebilir⁵¹¹, Anayasa ya da kanunlarla yasama ve yargı gibi başkaca devlet organlarının görevlendirildiği alanlarda idari işlem yapamaz.⁵¹² İşlemi yapacak makamın belirlenmesi ise yetki unsurunun daha dar anlamda değerlendirilmesidir. Kanunlarla idarenin görevlendirildiği alanlarda, işlemlerin hangi idari makam veya organlar tarafından yapılabileceğini ifade etmektedir.⁵¹³

İdarenin yetki kurallarına uymadan yaptığı işlemler yetki unsuru yönünden hukuka aykırı olacaktır. İdare hukukunda yetki kamu düzeni ile ilgilidir.⁵¹⁴ Bu sebeple yetki unsuru bakımından hukuka aykırılık yargılamanın her aşamasında, davacı tarafından ileri sürülebilecek ya da hakim tarafından res'sen dikkate alınabilecektir.⁵¹⁵ Yargılama sırasında yetki unsurunun öncelikle incelenmesi gereklidir. Yetki unsuru açısından hukuka aykırılığın tespiti halinde davanın esasına ilişkin inceleme yapılarak diğer unsurların hukuken geçerli olup olmadığı

devredilemez. Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca, kuruluş ve görevleri yasayla düzenlenmek durumunda olan idarenin kendi düzenleme yetkisi de yasalarla sınırlı olduğundan, yetki kuralları genişletici yoruma tabi tutulamaz.” DİDDGK., T. 20.11.2012, E. 2008/2358, K. 2012/2133, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 08.05.2021.

⁵¹⁰ AKGÜNER, s. 1054; GÜNDAY, s. 134.

⁵¹¹ “İdari işlemlerin kanuni dayanağının olması “Kanuni idare” ilkesinin sonucudur. Bu sebeple, idarenin kanuni dayanağı bulunmayan bir yetkiyi kullanması olanaklı değildir. Öte yandan, dayanan kanun maddesinin idari işlemde belirtilmesi de yukarıda belirtilen ilke açısından bir gereklilik olduğu gibi, idarenin yargısal denetimi yapılırken kanuna uygun hareket edip etmediğinin, ilgili kanun maddesinde yer alan usul ve esaslara uyulup uyulmadığının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Bu durumda; davalı idarenin herhangi bir yasa maddesi göstermeden tesis ettiği dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından, İdare Mahkemesince dava konusu işlemin iptali yolunda verilen temyize konu kararda sonucu itibarıyla isabetsizlik görülmemiştir.” D. 14. D., T. 03.10.2012, E. 2011/16621, K. 2012/6548, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 08.05.2021.

⁵¹² AKGÜNER, s. 1054; GÜNDAY, s. 134.

⁵¹³ GÜNDAY, s. 135.

⁵¹⁴ GÜNDAY, s. 135; GÖZLER, “İdare Hukuku Cilt: I”, s. 847; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 422.

⁵¹⁵ GÜNDAY, s. 135; GÖZLER, “İdare Hukuku Cilt: I”, s. 848; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 422.

değerlendirilmemektedir.⁵¹⁶ Yetkisiz bir makamın yaptığı işlem, sonradan yetkili makam tarafından benimsenmiş olsa bile, hukuken geçerlilik kazanmaz.⁵¹⁷

İdari makam veya organın yetkilendirilmesine ilişkin düzenlemenin kanunda, kıyas veya yorum gerektirmeyecek şekilde açıkça ifade edilmesi gereklidir.⁵¹⁸ İdarenin bir konuda sahip olduğu yetki benzer konulara kıyasen uygulanamaz. İdare hukukunda yetkilerin dar yorumlanması kuralı geçerli olup bu kurala “*yetki ve usulde paralellik*” ilkesi ile istisna getirilmiştir.⁵¹⁹ Anayasa ve kanunların yanı sıra, yetki kurallarını belirleyen bu ilkeye göre, kanunda aksine bir hüküm yer almadıkça, bir idari işlemi yapmaya yetkili makamın, işlemi yaparken izlediği usulü kullanarak aynı işlemin aksine işlem yapmaya yetkili olduğu kabul edilmektedir.⁵²⁰ Aksine işlem; bir idari işlemin, işlemi yapan yetkili makam tarafından değiştirilmesi, kaldırılması veya geri alınmasıdır.⁵²¹ Bir işlemi yapmaya yetkili olan makam kanunlarda açıkça yazılı olduğu halde, yapılmış olan işlemi değiştirmeye, kaldırmaya veya geri almaya hangi makamın yetkili kılındığı genellikle belirtilmemektedir. İşte böyle durumlarda “*yetki ve usulde paralellik*” ilkesinin uygulanması yoluna gidilmekte, işlemi yapmaya yetkili makamın, işlemi değiştirmeye, kaldırmaya veya geri almaya da yetkili olduğu kabul edilmektedir.⁵²²

İdare hukukunun yetkinin kanuni dayanağının bulunması şeklindeki genel kuralının bir diğer istisnası “*fiili memur teorisi*” olup ⁵²³ bu teoriye göre, idare adına karar alma ve işlem yapma yetkisi olmayan kişilerce yapılan işlemler bazı koşulların

⁵¹⁶ AKGÜNER, s. 1054; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 422. “...*tesis edilen işlemde yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmadığından, işlemin bu nedenle iptali gerekirken, davanın esasının incelenmesi suretiyle verilen ret kararında hukuki isabet görülmemiştir.*” DİDDGK., T. 05.06.2014, E. 2011/1675, K. 2014/2547, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 09.05.2021.

⁵¹⁷ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 422.

⁵¹⁸ AKGÜNER, s. 1054; GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 847.

⁵¹⁹ GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 847.

⁵²⁰ ÖZAY, “*Günüşiğinde Yönetim*”, s. 483; AKGÜNER, s. 1060; GÜNDAY, s. 135; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 309; GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 854.

⁵²¹ AKGÜNER, s. 1060; GÜNDAY, s. 135.

⁵²² GÜNDAY, s. 135.

⁵²³ GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 851.

gerçekleşmesi halinde hukuka uygun kabul edilmektedir.⁵²⁴ Fransız idare hukukunda fiili memur teorisi “*görünüşte memur*” ve “*olağanüstü durumlar*” olarak iki farklı şekilde açıklanmaktadır.⁵²⁵ Görünüşte memur, hukuken geçerli olmayan bir atama ile göreve başlayan memurdur.⁵²⁶ Kural olarak bu kişi tarafından yapılan işlemler yetki unsuru açısından geçersizdir. Ancak görünüşte memur tarafından yapılan işlemlerin geçersiz kabul edilmesi, iyi niyetli ve memurun atama işlemindeki sakatlığı bilemeyecek durumda olan üçüncü kişilerin bu durumdan zarar görmesine yol açacaktır. Bu sebeple görünüşte memurlar tarafından yapılan işlemler geçerli kabul edilmektedir.⁵²⁷ Fiili memur teorisinin bir diğer şekli, olağanüstü durumların varlığı halinde zorunlu kamu hizmetlerinin yürütülmesinin yetkisiz hatta idarenin tamamıyla dışında olan kişiler tarafından üstlenilmesidir. Bu kişiler fiili memur kabul edilmekte ve kamu yararına yönelik olarak yaptıkları işlemler geçerli sayılmaktadır.⁵²⁸

İdari işlemlerin yetki kurallarının kişi, konu, yer ve zaman unsurları açısından farklı görünüşleri bulunmaktadır.⁵²⁹ Kişi yönünden yetki, bir idari işlemin herhangi bir makam ya da görevli tarafından değil, mevzuatta belirtilen kişi ya da idari makamlar tarafından yapılması gerekliliğini ifade etmektedir.⁵³⁰

İdari makamların yapacağı işlemlerin kendi görev ve yetki alanları ile ilgili konularla sınırlı olması gerektiğinden, bu sınırın dışına çıkılması konu yönünden yetkisizliğe sebep olacaktır.⁵³¹ Astın üstü yerine veya üstün astı yerine karar alması, aynı kuruluşa bağlı organların birbirlerinin görev alanına giren konularda karar

⁵²⁴ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 457; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 311.

⁵²⁵ GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 851; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 457.

⁵²⁶ GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 851; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 457.

⁵²⁷ GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 851- 852; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 457; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 311.

⁵²⁸ GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 852; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 457.

⁵²⁹ AKGÜNER, s. 1058; GÜNDAY, s. 135; GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 902; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 311; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 424.

⁵³⁰ SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 311; GÜNDAY, s.136; GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 902.

⁵³¹ SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 312.

almaları durumunda, bu kararların yetki yönünden hukuka aykırılığı söz konusu olacaktır.⁵³² Hukuka aykırı yetki veya imza devri üzerine yapılan idari işlemler de konu yönünden yetkisizlik meydana getirecektir.⁵³³

Yer bakımından yetki, idarenin yetkilerinin belirli bir coğrafi alan ile sınırlandırılmasıdır.⁵³⁴ Bazı kuruluşların yetkileri bütün ülkede, bazılarının yetkileri ise belirli bir coğrafi alan içinde kullanılabilmektedir. İdarenin kendisine tanınan coğrafi alan dışına çıkacak şekilde karar alması durumunda yetki bakımından hukuka aykırılık oluşacaktır.⁵³⁵ Örneğin belediyelerin ya da valilerin yetkileri bulundukları idari birimlerin sınırları içinde kullanılabilmektedir.⁵³⁶

Zaman bakımından yetki, idari organ ve makamların, konu bakımından sahip oldukları yetkiyi kullanabilecekleri zaman dilimini ifade etmektedir.⁵³⁷ Kamu görevlisinin, karar alma yetkilerini kullanabilmesi için atama işleminin tamamlanmış ve görevlinin göreve başlamış olması gerekmektedir. Bu koşullardan birinin gerçekleşmemiş olması durumunda, görevli işlem yapma yetkisini elde etmemiş olacağından, yapılan işlem hukuka aykırı olacaktır.⁵³⁸ Kamu görevlilerinin görev süresinin bitmesi, istifa, emeklilik, tayin gibi sebeplerle görevlerinin sona ermesi durumunda, görevliler yetkilerini kullanamazlar. Ancak idarenin sürekliliği ilkesi gereğince ve idari faaliyetlerin aksamasının önlenmesi amacı ile bu yasağa istisna getirilmesi mümkündür.⁵³⁹ Kamu görevlileri göreve başlamalarının ardından görevlerinin sona ereceği ana kadar geçen süreçte yetkilerini kullanabilirler. Kamu

⁵³² SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 312; GÜNDAY, s.136- 137; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 435.

⁵³³ SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 312.

⁵³⁴ AKGÜNER, s. 1059; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 435; GÜNDAY, s. 137; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 312.

⁵³⁵ GÜNDAY, s. 137- 138; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 424.

⁵³⁶ GÜNDAY, s. 137- 138; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 312.

⁵³⁷ GÜNDAY, s. 138.

⁵³⁸ GÜNDAY, s. 138; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 312.

⁵³⁹ GÜNDAY, s. 138; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 312; AKGÜNER, s. 1060.

görevlilerinin mesai saatleri dışında, görevden uzaklaştırılmaları durumunda⁵⁴⁰, izinli oldukları süreçte yaptıkları işlemler zaman bakımından yetkisizlik sebebiyle hukuka aykırı kabul edilecektir.⁵⁴¹

İdari işlem ve kararlar yayınlandıkları ya da tebliğ edildikleri tarihten itibaren hüküm ifade edeceklerinden geçmişe etkili karar alınması halinde zaman bakımından yetkisizlik söz konusu olacaktır.⁵⁴²

Tüm yetki kurallarına aykırılık idari işlemin hukuka aykırılığına sebebiyet vermekte ise de, her yetki kuralına aykırılığın yaptırımı aynı olmamaktadır.⁵⁴³ İdarenin, kendi görev alanına değil de yasama ve yargı gibi başkaca devlet organlarının görevine giren bir konuda işlem yapması durumunda oluşan yetki sakatlığı “*görev gaspı*” olarak tanımlanmaktadır.⁵⁴⁴ Görev gaspı sebebi ile sakatlanan işlem yok hükmündedir.⁵⁴⁵ Bir idari işlem idarenin görev alanı kapsamında olmakla beraber, idare adına işlem yapma yetkisi olmayan, idareye tamamen yabancı bir kimse tarafından yapılmış ise bu durumda “yetki gaspı” söz konusu olacaktır.⁵⁴⁶ Kural olarak yetkisiz bir kişi tarafından yapılan işlem yok hükmünde kabul edilecektir.⁵⁴⁷ Ancak yetkisiz kişi tarafından yapılan işlemin, yürütülmesi zorunlu, ilgililerin durumunu etkileyen bir işlem olması durumunda, iptal davasına konu edilmesi mümkün olabilecektir.⁵⁴⁸

⁵⁴⁰ SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 312.

⁵⁴¹ AKGÜNER, s. 1060.

⁵⁴² SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 312.

⁵⁴³ GÜNDAY, s. 142.

⁵⁴⁴ GÜNDAY, s. 142; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 445; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 318.

⁵⁴⁵ GÜNDAY, s. 142; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 318.

⁵⁴⁶ GÜNDAY, s. 142; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 434; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 319.

⁵⁴⁷ GÜNDAY, s. 142; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 319.

⁵⁴⁸ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 434.

2. Şekil Unsuru

Şekil idari işlemi oluşturan iradenin hukuk düzenindeki görüntüsünü ve işlemin yapılmasında izlenen yöntemi ifade etmektedir.⁵⁴⁹ İdare hukukunda, ilgililer için hukuki güvence sağlanması amacıyla, idari işlemlerin yapılması şekil ve usule ilişkin kurallara bağlanmıştır.⁵⁵⁰ Özel hukukta iradenin açıklanması bakımından şekil serbestisi esastır. Buna karşın idare hukukunda, idari işlemi yapacak görevlilerin düşünceleri sağlanarak yanlış kararlar alınmasının önüne geçilmesi ve ispat kolaylığının sağlanması amacı ile şekil kuralları öngörülmüştür.⁵⁵¹

İdari işlem ve kararlar kural olarak yazılı şekle tabi olup, yazılı olarak yapılan işlemin, işlemi yapan kamu görevlisi tarafından imzalanması belgelendirilmesi için zorunludur.⁵⁵² Anayasanın 125'inci maddesinin 3'üncü fıkrasının “*İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar*” şeklindeki düzenlemesi idari işlemin yazılılık kuralının dayanağını oluşturmaktadır.⁵⁵³

Yazılılık ilkesine rağmen bazı hallerde idari işlemlerin sözlü olarak yapılabilmesi veya sözlü kararlar alınabilmesini mümkün kılan düzenlemeler de bulunmaktadır. Bu duruma örnek olarak, kolluk mevzuatında acele durumlarda sözlü kararlar alınmasına imkân sağlanması gösterilmektedir. Ayrıca idarenin yapılan başvuruya 60 günlük süre⁵⁵⁴ içinde cevap vermeyerek zımni red kararı şeklinde işlem yapması da yazılı şekil şartının istisnasını oluşturmaktadır.⁵⁵⁵

⁵⁴⁹ AKGÜNER, s. 1064; GÜNDAY, s. 144; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 320.

⁵⁵⁰ AKGÜNER, s. 1064; GÜNDAY, s. 143; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 320.

⁵⁵¹ GÜNDAY, s. 143; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 320.

⁵⁵² GÜNDAY, s. 144.

⁵⁵³ GÜNDAY, s. 144; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 320.

⁵⁵⁴ Bu tezin yazıldığı sırada henüz kanunlaşmamış olan ve kamuoyunda 4. Yargı Paketi olarak bilinen, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin 1'inci maddesinde 60 günlük süre 30 güne indirilmektedir. <<https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-3697.pdf>>. Erişim tarihi: 06.06.2021

⁵⁵⁵ GÜNDAY, s. 145.

Genel kural olarak idari işlemlerin gerekçeli olarak yazılmaları şekil şartı olarak öngörülmemiştir.⁵⁵⁶ Ancak kanunlarla idari kararların gerekçeli olarak yazılması gerekliliğinin öngörüldüğü hallerde, gerekçenin yazılmaması şekil yönünden hukuka aykırılık oluşturacaktır.⁵⁵⁷

İdari kararın dayanağı olarak, bazı mercilerin görüş veya önerilerinin alınması, soruşturma yapılması, incelemede bulunulması şeklinde bir takım hazırlık işlemleri öngörülmüş ise, bu işlemler yerine getirilmeden idari kararın oluşturulması şekil yönünden sakatlığa yol açacaktır.⁵⁵⁸

Kurul halinde alınacak kararlarda, toplantı ve karar yeter sayısına, görüşme usullerine uyulması; karma işlemlerde ise işlemi oluşturan iradelerin belirli bir sıra izlenmek suretiyle açıklanması gereklidir. Bu şekil ve usul şartlarına uyulmaması, işlemin şekil unsuru bakımından sakat olmasına sebebiyet verecektir.⁵⁵⁹

Bir idari karar alınmadan önce, ilgilinin görüş veya savunmasının alınması zorunluluğu öngörülmüş olabilir.⁵⁶⁰ Anayasa'nın 129'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez*” şeklindeki düzenlemesi bu zorunluluğun örneğini oluşturmaktadır.⁵⁶¹ Savunma alınmasının zorunlu olduğu durumlarda, ilgiliye hangi konuda savunmasının talep edildiği açık bir biçimde bildirilmeli ve savunmasını yapabilmesi için belirli bir süre tanınması gerekmektedir. Bu prosedür tamamlanmadan yaptırım kararı alınması durumunda karar usul yönünde hukuka aykırı olacaktır.⁵⁶²

⁵⁵⁶ GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 953.

⁵⁵⁷ GÜNDAY, s. 145.

⁵⁵⁸ GÜNDAY, s. 146- 147; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 435.

⁵⁵⁹ GÜNDAY, s. 147; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 322.

⁵⁶⁰ GÜNDAY, s. 148; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 477.

⁵⁶¹ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 477.

⁵⁶² GÜNDAY, s. 148; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 322.

Şekil ve usul kurallarına aykırılığın işlemin sakatlığı sonucunu doğurup doğurmayacağı hususunun belirlenmesi için doktrinde, şekil eksikliğinin işlemin esasını etkiler nitelikte olup olmadığının incelenmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁵⁶³ İdari işlemde şekil eksikliği mevcut olmasaydı, idarenin farklı yönde bir karar alabilmesi mümkün olacak idiyse, esası etkiler nitelikte şekil eksikliği sebebiyle hukuka aykırılık olduğu kabul edilmelidir.⁵⁶⁴ Şekil eksikliğinin işlemin özünü, idarenin kararını etkilememesi durumunda esası etkilemeyen şekil eksikliği söz konusudur. Bu durumda mahkemece işlemin şekil eksikliği sebebi ile hukuka aykırılığı tespit edilmekte ise de, işlem iptal edilmeden eksiklik ile birlikte esas bakımından hukuka uygun kabul edilmektedir.⁵⁶⁵ Bu bakımdan şekil unsurundaki hukuka aykırılık davanın esasının incelenmesine engel teşkil etmemektedir.⁵⁶⁶

3. Sebep Unsuru

Sebep unsuru idari işlemin dayanağını ifade etmektedir.⁵⁶⁷ İdari işlem, işlemin meydana getirilmesinden önce var olan, nesnel ve kanıtlanabilir bir sebebe dayanmak zorundadır.⁵⁶⁸ İdari işlemler, toplumsal ihtiyaçların karşılanması ve idari görevlerin en iyi şekilde yerine getirilmesi, kısaca kamu yararının sağlanmasını amaçlarlar.⁵⁶⁹ Bu sebeple idari işlemlerin kamu yararının gerçekleşmesine elverişli ve yeterli sebebe dayanmaları gerekmektedir.⁵⁷⁰

İdareyi işlem yapmaya yönelten sebep, önceden yapılmış bir işlem ya da bir takım maddi olaylar olabilir.⁵⁷¹ İdarenin maddi bir olaya dayanarak işlem yapması

⁵⁶³ AKGÜNER, s. 1065; GÜNDAY, s. 149- 150; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 323- 324; GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 1004- 1006.

⁵⁶⁴ AKGÜNER, s. 1065; GÜNDAY, s. 149- 150.

⁵⁶⁵ AKGÜNER, s. 1065.

⁵⁶⁶ AKGÜNER, s. 1065.

⁵⁶⁷ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 483.

⁵⁶⁸ ÖZAY, “*Günışığında Yönetim*”, s. 375; AKGÜNER, s. 1040; GÜNDAY, s. 152.

⁵⁶⁹ GÜNDAY, s. 153; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 483.

⁵⁷⁰ GÜNDAY, s. 153.

⁵⁷¹ AKGÜNER, s. 1041; GÜNDAY, s. 153; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 483; GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 1008.

halinde, dayanak olarak gösterilen olayın gerçekleşmiş olması, olayın nitelendirilmesinde yanlışlık yapılmaması gerekmektedir.⁵⁷² Örneğin PSVK'nun 8'inci maddesinin A bendine göre; kumar oynanan umumî ve umuma açık yerler ile her çeşit özel ve resmi kurum ve kuruluşlara ait lokaller, polis tarafından kat'i delil elde edilmesi halinde, mahallin en büyük mülkî amiri tarafından otuz günü geçmemek üzere geçici süreyle faaliyetten men edilir. Bu düzenleme gereğince faaliyetten men işleminin yapılabilmesi için kumar oynanması şartının gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Aksi halde idari işlem sebep unsuru açısından sakat olacaktır.⁵⁷³

Bir idari işlemin sebebi olarak o işlemten önce yapılmış bir başka işlemin gösterilmiş olması durumunda, sebep olarak gösterilen işlemin yapılmamış olması ya da hukuki bir sakatlığının bulunması durumunda, buna dayanarak yapılan idari işlem de sebep unsuru yönünden hukuka aykırı olacaktır.⁵⁷⁴ Bu duruma örnek olarak, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 33'üncü maddesinde, aynı kanunun 31'inci maddesine göre vatandaşlığının iptaline karar verilen kişilerin Türkiye'de bulunan mallarının Hazine tarafından tasfiye edileceğine dair düzenleme gösterilmektedir. Düzenlemeye göre, malvarlığının tasfiye edilmesine dair işlemin sebep unsuru, daha önce yapılmış olan vatandaşlıktan çıkarma işlemidir. Vatandaşlıktan çıkarma işleminde hukuki bir sakatlık bulunması durumunda, malvarlığının tasfiyesi işlemi de sebep unsuru bakımından hukuka aykırı olacaktır.⁵⁷⁵

İdari işlemin sebebi işlemin gerekçesi olup, idarenin işlemi yapma yetkisinin dayanağı tek başına bu gerekçenin açıklanması için yeterli değildir.⁵⁷⁶ İdarenin işlemin dayanağı olan sebebi de göstermesi ve hatta kanıtlaması gerekmektedir.⁵⁷⁷ Şekil unsuru açısından, idari işlemin gerekçeli olarak yazılması, işleme dayanak olan

⁵⁷² GÜNDAY, s. 153- 154; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 483- 484.

⁵⁷³ GÜNDAY, s. 153- 154; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 483- 484; GÖZLER, "İdare Hukuku Cilt: I", s. 1008.

⁵⁷⁴ GÜNDAY, s. 153- 154.

⁵⁷⁵ GÜNDAY, s. 153- 154.

⁵⁷⁶ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 483.

⁵⁷⁷ GÜNDAY, s. 154; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 483; AKGÜNER, s. 1041.

sebeplere işlem metninde açıkça yer verilmesi zorunlu değildir.⁵⁷⁸ Ancak İYUK'un 20'inci maddesinin “*Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler.*” şeklindeki hükmü gereğince yargılama sırasında, idareden işlemin dayandığı sebebin açıklanması ve deliller ile birlikte ortaya konması istendiğinde idarenin mahkemenin bu kararına uyması gerekmektedir. Aksi halde idari işlemin sebep unsuru açısından hukuka aykırılığına hükmedilebilecektir.⁵⁷⁹

Kanunlarda idari işlemlerin sebepleri, kimi zaman açık ve seçik bir biçimde ya da belirsiz kavramlar kullanılarak açıklanmakta; kimi zaman ise hiçbir şekilde belirtilmemektedir.⁵⁸⁰ Kanunlarda idari işlemlerin sebeplerinin açık ve seçik bir biçimde ifade edildiği durumlarda, bu sebeplerin gerçekleşmemesine rağmen işlemlerin yapılması sebep unsuru yönünden hukuka aykırılığa yol açacaktır.⁵⁸¹ Yukarıda örnek olarak gösterilen PSVK'nun 8'inci maddesinin A bendinin, kumar oynanan umumi veya umuma açık yerlerin idare tarafından kapatılabileceğine dair düzenlemesinde, sebep unsuru açık ve seçik bir biçimde ifade edilmiştir. Düzenlemenin sebep unsuru kumar oynanmasıdır.⁵⁸²

İdari işlemlerin sebepleri kimi zaman kanunlarda, kamu düzeni, milli güvenlik, genel sağlık, genel ahlak, ihtiyaç ve lüzum görüldüğünde şeklinde kavramlar kullanılarak belirtilmektedir.⁵⁸³ Bu kavramların hangi maddi olayları kapsadıkları her zaman kesin olarak belirli olmasa da; toplum tarafından bu

⁵⁷⁸ SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 322; GÜNDAY, s.154.

⁵⁷⁹ GÜNDAY, s. 154; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 324.

⁵⁸⁰ GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 1010; GÜNDAY, s. 154- 155; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 484.

⁵⁸¹ GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 1010; GÜNDAY, s. 154; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 484.

⁵⁸² GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 1010.

⁵⁸³ GÜNDAY, s. 154; GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 1010-1011; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 485.

kavramlara belli anlamlar yüklenmektedir. Ayrıca uygulamadaki kullanım sıklığı sebebi ile de bu kavramlar belli ve objektif anlam kazanmışlardır.⁵⁸⁴ Bu sebeple hangi olayların bu kavramların kapsamına girebileceği, hangi olayların ise bu kapsamda değerlendirilemeyeceğinin tespiti mümkün olabilecektir.⁵⁸⁵

Bir idari işlemin sebebinin belirsiz ya da soyut anlamlar taşıyan kavramlar kullanılarak ifade edilmesi durumunda, idare öncelikle, bu soyut kavram ile belirtilen sebebin hangi somut olay ya da durumda gerçekleşmiş olduğunu açıklamak zorundadır.⁵⁸⁶ Ayrıca idare dayandığı somut olayın hangi soyut kavramın kapsamında değerlendirileceğini doğru olarak belirlemelidir.⁵⁸⁷ Örneğin idare üçüncü şahıslar hakkında yaptığı işlemin sebebini milli güvenlik kavramı ile açıklıyor ancak ilgililerin milli güvenlik bakımından sakıncalı görünen eylemlerini ortaya koyamıyor ise işlem, sebep unsuru yönünden hukuka aykırı kabul edilecektir.⁵⁸⁸ İdarenin işlemin sebebini açıklarken dayandığı maddi olayların gerçekleşmemiş olması⁵⁸⁹ ya da bu olayların hukuki değerlendirmesinin yanlış yapılması halinde de işlemin sebep unsuru bakımından hukuka aykırı olduğu sonucuna varılacaktır.⁵⁹⁰ GÖZLER, idarenin, kanunda yer alan kamu düzeni, genel ahlak, lüzum görüldüğünde şeklindeki belirsiz kavramların ne anlama geldiği ve idari işlemin sebebi olan maddi olayların bu belirsiz kavramların kapsamına girip girmediğine ilişkin yorumların değerlendirme marjı ile ilgili olduğunu öne sürmekte ve değerlendirme marjının, idarenin takdir yetkisinden farklı olarak, yargı denetimine tabi olduğunu belirtmektedir.⁵⁹¹

⁵⁸⁴ GÜNDAY, s. 155; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 484.

⁵⁸⁵ GÜNDAY, s. 155; GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 1011.

⁵⁸⁶ GÜNDAY, s. 155; GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 1011.

⁵⁸⁷ GÜNDAY, s. 155.

⁵⁸⁸ GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 1011.

⁵⁸⁹ ÖZAY, “*Günüşiğinde Yönetim*”, s. 379.

⁵⁹⁰ GÜNDAY, s. 155- 156; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 336- 337.

⁵⁹¹ GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 1017.

Kanunlarda idari işlemin sebebinin hiç belirtilmediği hallerde, idarenin işlem tesis ederken sebep göstermek zorunluluğu olup olmadığı hususunda farklı görüşler bulunmaktadır.⁵⁹² ONAR, kanunlarda idari işlemin sebebinin gösterilmediği durumlarda, sebep unsurunun idarenin takdir yetkisi kapsamında olacağını ve yargı denetiminin dışında kalacağını öne sürmektedir. Yazara göre bu durumda idare hiçbir sebep göstermek zorunda olmamakla beraber işlem sebep unsurundan mücerret olduğundan idarenin sebep göstermemesi işlemin geçerliliğini etkilemeyecektir.⁵⁹³ Yazar ayrıca idarenin zorunlu olmadığı halde sebep göstermesi durumunda, sebep olarak gösterilen olayların gerçekleşmiş olmasının işlemin geçerliliği için yeterli kabul edileceğini, ayrıca bu olayların işlemi yapmaya yeterli sebep olup olmadığına bakılmayacağını ifade etmektedir.⁵⁹⁴

GÜNDAY ise, kanunda idari işlemin sebebinin gösterilmemesi durumunun, idarenin yaptığı işlemin sebebinin açıklamak zorunda olmadığı şeklinde yorumlanamayacağını ifade etmektedir. Yazara göre, *“idari işlemin sebep ve maksat unsurları arasında zorunlu bir bağ mevcut olup, kanunda sebebin hiç gösterilmemiş olması halinde bile, idari işlemin o işlemde beklenen amacı gerçekleştirmeyi mümkün ve gerekli kılacak bir sebebe dayanması zorunludur. Şöyle ki; sebep idareyi işlem yapmaya yönelten etken, maksat ise o işlem ile ulaşılmak istenen nihai sonuç olduğuna göre, ancak işlemde beklenen nihai sonucun gerçekleşmesini mümkün ve gerekli kılacak bir nedenin varlığı halinde işlemin yapılması düşünülebilir... Bu nedenle sebebi hiç gösterilmemiş bir işlem söz konusu olduğunda da, İdare belli olaylara ve nedenlere dayanarak işlem yapmalıdır. İdarenin dayanacağı bu olay ve nedenlerin gerçek olması ve söz konusu işlemi yapmaya yeterli olması gerekir. Aksi takdirde işlem sebep ögesi yönünden hukuka aykırı olacaktır.”*⁵⁹⁵

GÖZLER’e göre; kanunda idari işlem ile ilgili bir sebep öngörülmemiş olsa bile idare işlem yaparken kamu yararını gözetmeli ve bu amacın gerçekleşmesine yönelik bir sebebe dayanmalıdır. Yazar, kanunda işlemin sebebi gösterilmediğinden

⁵⁹² GÖZLER, “İdare Hukuku Cilt: I”, s. 1014- 1017; GÜNDAY, s. 156- 157.

⁵⁹³ Aktaran, GÖZLER, “İdare Hukuku Cilt: I”, s. 1014.

⁵⁹⁴ Aktaran, GÜNDAY, s. 156.

⁵⁹⁵ GÜNDAY, s. 156- 157.

idarenin geniş bir değerlendirme marjı olduğunu, ancak değerlendirme marjının mutlak ve sınırsız nitelik taşımadığını, idarenin sebepsiz yere işlem yapamayacağını, işlem yaparken mutlaka bir sebebin bulunması ve bu sebebin de kamu yararına yönelik olması gerektiğini savunmaktadır.⁵⁹⁶

İdari işlemin sebebinin gösterilmediği kanun maddelerine örnek teşkil eden⁵⁹⁷ 657 sayılı kanunun 76'ncı maddesine göre; “Kurumlar, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları bulundukları kadro derecelerine eşit veya 68 inci maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilirler.” İdari işlemin sebebinin öngörmeyen bu kanun maddesinin, sebep unsuru açısından nasıl yorumlanması gerektiği hususuna Danıştay’ın birçok kararında yer verilmiştir. Danıştay bu kararlarda, “Bu madde ile memurların naklen atanmaları konusunda idarelere takdir yetkisi tanınmış bulunmakta ise de, bu yetkinin kullanımının mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı ve hizmet gerekleriyle sınırlı olduğu idare hukukunun bilinen ilkelerindendir” şeklindeki görüşünü tekrarlamıştır.⁵⁹⁸

4. Konu Unsuru

İdari işlemin konu unsuru, işlemin doğurduğu hukuki sonuç, hukuk düzeninde meydana getirdiği değişikliktir.⁵⁹⁹ Örneğin memur atama işleminin konusu, bir kişinin memur statüsüne sokulması; kamulaştırma işleminin konusu

⁵⁹⁶ GÖZLER, “İdare Hukuku Cilt: I”, s. 1015.

⁵⁹⁷ GÜNDAY, s.156- 157; GÖZLER, “İdare Hukuku Cilt: I”, s. 1015- 1016.

⁵⁹⁸ DİDDGK, T. 09.07.1993, E. 1993/297, K. 1993/231; D. 5. D., T. 12.02.1991, E. 1988/3400, K. 1991/178; D. 5. D., T. 12.11.1992, E. 1992/2137, K. 1992/3029; DİDDGK, T. 30.09.2020, E. 2020/1069, K. 2020/1661; DİDDGK, T. 08.07.2020, E. 2019/927, K. 2020/1419; DİDDGK, T. 11.06.2020, E. 2019/2402, K. 2020/869, , <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 11.05.2021.

“...76. madde ile memurların naklen atanmaları konusunda idareye verilen takdir yetkisinin Yasanın temel ilkeleri, kamu yararı ve hizmet gerekleri gözardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması halinde, dava konusu edilen idari işlemin sebep ve maksat yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceği yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır”. D. 5. D., T. 21.05.1999, E. 1996/976, K. 1999/1655, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 11.05.2021.

⁵⁹⁹ ÖZAY, “Günüşiğinde Yönetim”, s. 418; GÜNDAY, s. 157; GÖZLER, “İdare Hukuku Cilt: I”, s. 1045; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 502; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 337; AKGÜNER, s. 1068- 1069.

taşınmaz üzerindeki özel mülkiyetin sona ermesi ve taşınmazın mülkiyetinin idareye geçmesidir.⁶⁰⁰

Özel hukuk işlemlerinde olduğu gibi, idari işlemlerin konusunun da mümkün ve meşru olması gerekmektedir. Bu açıdan özel hukuk işlemleri ile idari işlemler birbirlerine benzemektedirler.⁶⁰¹ Ancak idare hukukunda; özel hukukta egemen olan irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü gibi ilkelerin uygulama alanı bulunmamaktadır. İdare hukukunda, ne idarenin ne de ilgilinin işlemlerin konusunu belirlemeye veya değiştirmeye yetkisi yoktur.⁶⁰² İdare sadece konusu belirlenmiş bir işlemi yapıp yapmama veya belirli konulu işlemlerden birini seçme konusunda yetki sahibi olabilir.⁶⁰³

İdari işlemin konusunun meşru ve olanaklı olmaması, sebep ve konu unsurları arasında ilişki bulunmaması, idari yapılanma içindeki statü farklılıklarının dikkate alınmaması, geriye yürümezlik ilkesinin ihlal edilmesi şeklindeki durumlarda idari işlem konu bakımından hukuka aykırı olacaktır.⁶⁰⁴

Bir idari işlemin konusu imkânsız olmamalıdır. Bir başka ifade ile idari işlemde doğan sonucun gerçekleştirilmesi mümkün olmalıdır.⁶⁰⁵ Örneğin ölmüş bir kişinin memur olarak atanması durumunda, işlemin konusu imkânsız olduğundan hukuka aykırılık söz konusu olacaktır.⁶⁰⁶ Ayrıca bir idari işlemin ortaya çıkaracağı sonucun hukuken kabul görmesinin mümkün olmaması, hukuki imkânsızlığın bulunması durumunda da işlem konu unsuru bakımından hukuka aykırı olacaktır.⁶⁰⁷

⁶⁰⁰ GÜNDAY, s. 158; GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 1045; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 502.

⁶⁰¹ GÜNDAY, s. 158; GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 1045; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 502.

⁶⁰² GÜNDAY, s. 158; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 502.

⁶⁰³ GÜNDAY, s. 158.

⁶⁰⁴ GÜNDAY, s. 158-160; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 502- 510; GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 1046- 1056; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s.337- 338.

⁶⁰⁵ GÜNDAY, s. 158; GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 1046.

⁶⁰⁶ GÜNDAY, s. 158; GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 1046; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 338.

⁶⁰⁷ GÜNDAY, s. 158- 159; GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 1047.

Bir kamu kurumuna ait taşınmazın bir diğer kamu kuruluşu tarafından kamulaştırılmasına ilişkin işlem hukuki imkânsızlık sebebi ile konu unsuru yönünden oluşan sakatlığa örnek teşkil etmektedir.⁶⁰⁸ Açıkça hukuka aykırılık durumlarında da konu unsuru bakımından sakatlık oluşacaktır.⁶⁰⁹ İdare, Anayasa'nın 138'inci maddesinin 4'üncü fıkrasına göre mahkeme kararlarına uymak ve İYUK'un 28'inci maddesi gereğince, mahkeme kararlarının icapları doğrultusunda otuz gün içinde işlem tesis etmek zorundadır. İdarenin bu açık kanuni düzenlemelere uymaması, yargı kararlarının gereğini yapmayı açık veya zımni olarak reddetmesi şeklindeki işlemleri de hukuka aykırıdır.⁶¹⁰ Hukuk kurallarının yanlış uygulanması da, işlemin konu unsuru bakımından sakatlanmasına yol açacaktır.⁶¹¹

İdari işlemin dayanağı sebep unsurunu, doğuracağı hukuki sonuç konu unsurunu oluşturduğundan bu iki unsur arasında ilişki vardır.⁶¹² Sebep ve konu unsuru arasında ilişki kurulamaması durumunda işlem sebep veya konu unsuru bakımından hukuka aykırı olacaktır.⁶¹³ Bu durumda bu iki unsurdan hangisi bakımından idari işlemin sakatlığının söz konusu olacağının yargı mercileri tarafından araştırılması gerekmektedir.⁶¹⁴ Mahkemece idari işlem ile ilgili olarak kanunda belirtilen sebebin gerçekleşmiş olduğu tespit edildikten sonra, kanun koyucunun o sebebe uygun gördüğü sonucun doğrup doğmadığı araştırılacaktır.⁶¹⁵ Kanunda öngörülen sebep gerçekleşmeden idari işlemin yapılmış olduğunun tespiti halinde, işlem sebep unsuru açısından hukuka aykırı olacaktır.⁶¹⁶

⁶⁰⁸ GÜNDAY, s. 159.

⁶⁰⁹ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 505.

⁶¹⁰ GÜNDAY, s. 159; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 505.

⁶¹¹ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 505.

⁶¹² AKGÜNER, s. 1068; GÜNDAY, s. 159; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 502.

⁶¹³ GÜNDAY, s. 159, GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 502; GÖZLER, "İdare Hukuku Cilt: I", s. 1054.

⁶¹⁴ AKGÜNER, s. 1068.

⁶¹⁵ AKGÜNER, s. 1068; GÜNDAY, s.159.

⁶¹⁶ GÜNDAY, s. 159.

Belirli bir statüde bulunan kişilere uygulanabilecek kuralların bu statü dışındakilere uygulanması işlemi konu yönünden sakatlayacaktır.⁶¹⁷ Bu duruma örnek olarak, askeri okul öğrencileri için çıkarılmış yönetmeliğin okulu bitirmiş kişilere uygulanması gösterilebilir.⁶¹⁸

İdari işlemler yetkili idari makam veya organlar tarafından hazırlanıp ilgililere duyurulduktan sonra tamamlanmakta ve ilgililer hakkında hüküm ifade etmektedir. Kural olarak idari işlem tamamlandığı anda yürürlüğe girer ve bu andan itibaren geleceğe yönelik etki doğurur.⁶¹⁹ İdari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesine aykırı olarak yapılan idari işlemler, konu unsuru yönünden hukuka aykırı kabul edilmektedirler.⁶²⁰ Bir idari işlemin iptaline ilişkin mahkeme kararının uygulanabilmesi için idare tarafından alınan kararlar ile hukuken sakat olan bir kararın geri alınmasına ilişkin idari kararlar geriye yürümezlik ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır.⁶²¹

5. Amaç Unsuru

Amaç unsuru, idari işlem ile ulaşılmak istenen nihai sonucu ifade etmektedir.⁶²² Tüm idari işlemlerin amacı kamu yararıdır.⁶²³ Kamu yararı idari işlemlerin genel amacı olup; kanunlarda bu amacın yanı sıra, daha özel ve somut amaçlar da öngörülmektedir.⁶²⁴ Bu özel amaçlar, kamu yararının kapsamında kalmakta ve daha belirgin biçimini oluşturmaktadır.⁶²⁵

⁶¹⁷ SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 337; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 507; GÜNDAY, s. 159.

⁶¹⁸ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 507; GÜNDAY, s. 159.

⁶¹⁹ GÜNDAY, s. 160.

⁶²⁰ GÜNDAY, s. 160; GÖZLER, “İdare Hukuku Cilt: I”, s. 1053.

⁶²¹ GÜNDAY, s. 160.

⁶²² GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 507; GÜNDAY, s. 159; GÖZLER, “İdare Hukuku Cilt: I”, s. 1094.

⁶²³ ÖZAY, “Günüşiğinde Yönetim”, s. 422; AKGÜNER, s. 1072; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 511; GÜNDAY, s. 160.

⁶²⁴ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 511; GÜNDAY, s. 160- 161; AKGÜNER, s. 1072.

⁶²⁵ GÜNDAY, s. 160- 161; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 511.

İdari işlemin kişisel ya da siyasal amaç güdülerek yapılması, özel maksadın aşılması durumlarında, amaç unsuru yönünden hukuka aykırılık oluşacaktır.⁶²⁶ Amaç unsuru bakımından hukuka aykırılık hali, yetki saptırması deyimi ile ifade edilmektedir.⁶²⁷ Yetki saptırması, bir idari makamın yetkilerinin kullanılması gereken amaç dışında, başka bir amaçla kullanılmasıdır.⁶²⁸

Belediye başkanı seçildikten sonra, belediye başkanının daha önce anlaşmazlık yaşadığı belediye görevlisinin işine son vermesi veya bir kişiye zarar vermek amacıyla, o kişiye ait gayrimenkulün kamulaştırılması şeklindeki işlemler, kamu yararının sağlanması yerine, kişisel amaç güdülerek yapılmış olmaları sebebi ile hukuka aykırı kabul edilmektedirler.⁶²⁹

Bir belediye başkanının yabancı bir ülke ile ilgili siyasi olayları protesto etmek amacı ile o ülkenin büyükelçiliğini kamu hizmetlerinden yararlandırmama şeklinde yaptırım uygulanmasına ilişkin kararı, siyasal amaç taşıdığından hukuka aykırıdır.⁶³⁰ Hiyerarşik amirin, astının sicilini değerlendirirken onun siyasi görüşlerini dikkate alması durumunda da, kamu yararı yerine siyasal amaç güdüldüğünden amaç unsuru bakımından sakatlık oluşmaktadır.⁶³¹

Bazı idari işlemler için kanunlarda, genel amaç olan kamu yararı kapsamında ve ayrıca özel amaç da öngörülmektedir. Bu durumda, kamu yararına bile olsa, kanunda belirtilen özel amaç dışında bir amaç güdülmesi işlemin amaç unsuru bakımından hukuka aykırı olmasına yol açacaktır.⁶³² Özel amaç kanunda açıkça yazılı olabileceği gibi, mahkeme tarafından kanunun yorumlanması sureti ile de

⁶²⁶ GÜNDAY, s. 161- 162.

⁶²⁷ ÖZAY, “Günüşiğinde Yönetim”, s. 421; GÜNDAY, s. 161; GÖZLER, “İdare Hukuku Cilt: I”, s. 1095.

⁶²⁸ GÖZLER, “İdare Hukuku Cilt: I”, s. 1095.

⁶²⁹ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 515- 516.

⁶³⁰ ÖZAY, “Günüşiğinde Yönetim”, s. 423.

⁶³¹ GÖZLER, “İdare Hukuku Cilt: I”, s. 1097.

⁶³² GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 519; GÜNDAY, s. 162; GÖZLER, “İdare Hukuku Cilt: I”, s. 1099.

tespit edilebilir. Her iki halde de kanunun amacının dışına çıkılması işlemin sakatlanmasına yol açacaktır.⁶³³

C. İdarenin Takdir Yetkisi – Bağlı Yetki

Hukuka bağlılık ilkesi, idarenin her türlü işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olmasını zorunlu kılmaktadır.⁶³⁴ Anayasa'nın 123'üncü maddesinin “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir*” şeklindeki düzenlemesi gereğince, idarenin faaliyetleri kanunlarla belirlenmektedir. Hukuk kuralları ile idareye tercih ve seçim imkânı verilmeden, emredici bir biçimde, idari işlemin tüm unsurlarının belirlendiği durumlarda bağlı yetki söz konusu olmaktadır.⁶³⁵ Örneğin herhangi bir hukuki engel yoksa idare, pasaport talebinde bulunanların bu taleplerinin gereğini yapmak zorundadır.⁶³⁶ Bu örnekteki gibi bağlı yetkinin bulunduğu hallerde, idarenin, kanunun belirlediği sebebe dayanarak yine kanunun emrettiği sonucu doğuran işlemi yapmaktan başka seçeneği yoktur.⁶³⁷ Başvuruya cevap vermemesi İYUK'un 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrası gereğince zımni red kararı olarak kabul edilecektir.⁶³⁸ Doktrinde idari hizmetin olması gereken şekilde yürütülememesi sebebiyle idarenin suskun kalarak başvuruları reddettiğine dikkat çekilmektedir. İdarenin başvuruya cevap vermemesi sebebiyle hak kaybı yaşanması halinde, meydana gelen zararın karşılanması gerektiği belirtilmektedir.⁶³⁹

İdarenin faaliyet gösterdiği alanların çeşitliliği ve kapsamlarının genişliği dikkate alındığında, hukuki düzenlemeler yapılırken, ileride karşılaşılabilecek durumların ayrıntıları ile her türlü ihtimal değerlendirilerek öngörülmesi mümkün

⁶³³ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 519.

⁶³⁴ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 525.

⁶³⁵ ÖZAY, “*Günüşığında Yönetim*”, s. 376; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 326; AKGÜNER, s. 109.

⁶³⁶ ÖZAY, “*Günüşığında Yönetim*”, s. 376.

⁶³⁷ ÖZAY, “*Günüşığında Yönetim*”, s. 376.

⁶³⁸ SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 327.

⁶³⁹ ÖZELÇİ, M. Aytaç/ ALTINOK ÇALIŞKAN, Elif, “İmar Planlarına Karşı İtiraz ve Dava Açma Süresi Yönünden Güncel Karar Analizi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (Ocak-Şubat 2016, C: 15, S:1-2), s. 571.

olamamaktadır.⁶⁴⁰ İdarenin nerede, ne zaman, nasıl, hangi şartlarla işlem tesis edeceğinin kesin kurallarla belirlenemediği durumlarda, bağlı yetkinin karşıtı olan takdir yetkisinin varlığı kabul edilmektedir.⁶⁴¹

İdari işlemin hangi unsurlarında takdir yetkisinin uygulanabileceği hangi unsurlarında uygulanamayacağı hususunun açıklanması yargı denetimi açısından önem taşımaktadır.⁶⁴² İdari işlemin hangi makamın iradesi ile oluşacağını belirleyen yetki unsurunun kanunlarla açık bir biçimde belirlenmesi gerektiğinden bu unsur için takdir yetkisi kullanılamaz.⁶⁴³ Tüm idari işlemlerin amacı kamu yararıdır. İdarenin başka bir amaca yönelik işlem yapması mümkün olmadığından, amaç unsuru açısından da takdir yetkisi bulunduğu söylenememektedir.⁶⁴⁴

Doktrinde bazı yazarlar, idari işlemin yapılması için kanunda şekil ve usul belirlenmiş ise idarenin buna uyması gerektiğini bu sebeple yetki unsuru bakımından takdir yetkisinin varlığından söz edilemeyeceğini ifade etmektedirler.⁶⁴⁵ Bu görüşten farklı olarak, kanunla idari işlemin yapılmasına ilişkin usul ve şekil şartının belirlenmediği durumlarda idarenin takdir yetkisi bulunduğu da öne sürülmektedir.⁶⁴⁶ ÖZAY, şekil ve usul açısından idarenin takdir yetkisini ayrı ayrı değerlendirmektedir. Yazar, idari işlemlerin yazılı olmalarının genel bir şekil şartı olduğunu, idarenin bunun dışında bir şekil tercih etmesinin mümkün olamayacağını belirtmekte ve şekil unsuruna ilişkin olarak idarenin takdir yetkisi kullanamayacağını ifade etmektedir. Ancak yazara göre, idari işlemlerin yapılmasında uygulanacak usul,

⁶⁴⁰ ÖZAY, “*Günüşğında Yönetim*” s. 378; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 525; AKGÜNER, s. 108.

⁶⁴¹ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 525.

⁶⁴² GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 528.

⁶⁴³ ÖZAY, “*Günüşğında Yönetim*” s. 377; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 528; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOLU TURHAN/ SEYHAN, s. 328; GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 1061- 1062; AKGÜNER, s. 112.

⁶⁴⁴ ÖZAY, “*Günüşğında Yönetim*”, s. 377; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 528; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOLU TURHAN/ SEYHAN, s. 328; GÖZLER, “*İdare Hukuku Cilt: I*”, s. 1062.

⁶⁴⁵ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 528; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOLU TURHAN/ SEYHAN, s. 328; GÖZLER, *İdare Hukuku Cilt: I*, s. 1062.

⁶⁴⁶ AKGÜNER, s. 112.

istisnalar dışında kanunlarla belirlenmemiş olduğundan, usule ilişkin olarak takdir yetkisinin kullanılması mümkün olabilecektir.⁶⁴⁷

İdari işlemin sebep unsurunda ve sebep unsuruna bağlı olarak konu unsurunda idarenin takdir yetkisi olduğu doktrinde genellikle kabul edilmektedir.⁶⁴⁸ ÖZAY'a göre, "*takdir yetkisinin en fazla görüldüğü ve sorunlara neden olduğu alan sebep unsurunda bulunmaktadır.*"⁶⁴⁹ Bir idari işlemin dayanağı olarak hangi maddi olayların ya da hukuki sebeplerin kullanılacağı; belli sebeplerin oluşması durumunda o sebebe bağlı olarak işlem yapılıp yapılmayacağı hususlarında idareye tercih hakkı tanınmış ise takdir yetkisinin kullanımı söz konusu olacaktır. İşlemin sebebinin kanunla belirlenmediği veya sebep olarak kamu güvenliği, görülen lüzum gibi kavramlara yer verildiğinde, idare takdir yetkisini, işlemin sebebini belirleme ya da sebep olarak öngörülen belirsiz kavramları somutlaştırma yönünde kullanacaktır.⁶⁵⁰

GÖZLER ise idari işlemin sebep unsurunun kanunlarda belirtilmediği ya da kamu düzeni, milli güvenlik, genel sağlık, genel ahlak, ihtiyaç, lüzum gibi belirsiz kavramlarla açıklandığı hallerde, idarenin değerlendirme yetkisi bulunduğunu savunmaktadır. Yazara göre, başkaca birçok yazar değerlendirme yetkisi için takdir yetkisi ifadesini kullanmakta ise de, değerlendirme yetkisi yargı denetimine tabi olduğu halde takdir yetkisi bu denetime tabi olmadığından bu iki kavram birbirine karıştırılmamalıdır. Yazar, idari işlemin hukuk düzeninde değişiklik yapan konu unsurunda takdir yetkisinin kullanılmasının mümkün olabileceğini, zira kanunun öngördüğü sebep gerçekleşse bile idari işlemi yapıp yapmamakta idarenin serbest olduğunu ifade etmektedir.⁶⁵¹

İdare kanunlar ile yapılması emredilen veya yapılmaması gerektiği belirtilen hususlarda takdir yetkisine sahip değildir. İdareye kanunlarla tercih hakkı verilmesi başka bir deyişle takdir yetkisi tanınması durumunda ve hukuk kurallarına uymak

⁶⁴⁷ ÖZAY, "*Günüşığında Yönetim*", s. 377.

⁶⁴⁸ ÖZAY, "*Günüşığında Yönetim*", s. 377; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 528; AKGÜNER, s. 112; SANCAKDAR/ ÖNÜT/ US DOĞAN/ KASAPOĞLU TURHAN/ SEYHAN, s. 328.

⁶⁴⁹ ÖZAY, "*Günüşığında Yönetim*", s. 377.

⁶⁵⁰ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 528- 529.

⁶⁵¹ GÖZLER, "*İdare Hukuku Cilt: I*", s. 1062- 1063.

kaydı ile takdir yetkisinin kullanılması mümkün olabilecektir.⁶⁵² İdare takdir yetkisini kanunun belirlediği sınırlar dâhilinde kalarak, eşitlik ilkesini gözeterek, kamu yararını dışında başka bir amaç gütmeyen ve gerekçesini açıklayarak kullanmak zorundadır.⁶⁵³ Takdir yetkisinin kullanılabilmesi için kanunlarla özel şartlar öngörülmüş ise idarenin bunlara uyması gerekmektedir.⁶⁵⁴ ÖZAY, takdir yetkisini açıklamak için “*hukuk kuralları içinde hareket özgürlüğü*” ifadesini kullanmaktadır.⁶⁵⁵

Takdir yetkisi yerindelik alanında ve bu alan ile doğrudan ilişkilidir.⁶⁵⁶ Yerindelik alanı maddi olayların değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi, belirli bir alanda hareket edip etmeme imkânı, harekete geçme zamanının belirlenmesi söz konusu olduğunda oluşmaktadır.⁶⁵⁷ Anayasa’nın 125’inci maddesi ve İYUK’un 2’nci maddesi gereğince, yargı yetkisi idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır, idari mahkemeler yerindelik denetimi yapamayacakları gibi idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde karar veremezler.

Takdir yetkisi idareye keyfi davranma hakkı vermediği⁶⁵⁸ gibi yargı denetimine de tabidir.⁶⁵⁹ Danıştay’ın yerleşik kararlarında da “*idareye takdir yetkisi tanınmakta ise de, bu takdir yetkisi mutlak ve sınırsız bir yetki olmayıp kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlı olduğu ve bu yönüyle de yargı denetimine tabi bulunduğu*” belirtilmektedir.⁶⁶⁰

⁶⁵² ÖZAY, “*Günışığında Yönetim*”, s.377; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 527.

⁶⁵³ AKGÜNER, s. 114-116; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 527.

⁶⁵⁴ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 527.

⁶⁵⁵ ÖZAY, “*Günışığında Yönetim*”, s. 377.

⁶⁵⁶ ÖZAY, “*Günışığında Yönetim*”, s. 376; AKGÜNER, s. 111.

⁶⁵⁷ AKGÜNER, s. 111.

⁶⁵⁸ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 527.

⁶⁵⁹ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 529.

⁶⁶⁰ D. 2. D., T. 16.05.2018, E. 2016/2570, K. 2018/3284; D. 2. D., T. 10.01.2019, E. 2016/8986, K. 2019/173; DİDDGK, T. 02.05.2019, E. 2018/844, K. 2019/2099; DİDDGK, T. 08.07.2020, E. 2019/927, K. 2020/1419; D. 2. D., T. 25.09.2020, E. 2019/2923, K. 2020/2645; DİDDGK, T.

İdarenin takdir yetkisini kullanarak yaptığı işlemlerde iki aşamalı denetim yapılmaktadır. Tüm idari işlemler için de uygulanan ilk aşamada, idari işlemin dayanağı olan maddi ve hukuki olayların gerçekliği araştırılmaktadır.⁶⁶¹ İkinci aşamada ise, gerçekliği saptanan maddi ve hukuki olayların işlemin yapılmasını gerektirecek nitelik taşıyıp taşımadığı incelenmektedir.⁶⁶²

D. Soruşturma ve Kovuşturma İznine İlişkin Kararların İdari İşlem Niteliği

Ceza muhakemesi, suçun aydınlatılmasındaki kamu yararı ile temel hak ve özgürlüklerin korunmasındaki kişisel hakların dengelenmesi esasına dayalıdır. Bu dengenin sağlanması amacı ile temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan ceza muhakemesi uygulamalarının yazılı kurallar ile belirlenmesi gereklidir. Bu gereklilik “kanunilik ilkesi” olarak isimlendirilmektedir.⁶⁶³

Ceza muhakemesi hukukumuzda egemen bu ilke gereğince, ceza muhakemesini ilgilendiren tüm kurumların görev, yetki ve işleyişleri kanunla düzenlenir.⁶⁶⁴ CMK’nın 160’ıncı maddesi ile düzenlenen araştırma mecburiyeti ilkesi gereğince Cumhuriyet savcısı, bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamak zorundadır. Araştırma sonucunda, suçun işlendiğine dair şüphelerin ciddi olduğunun belirlenmesi ve dava şartlarının gerçekleşmiş olması halinde CMK’nın 170’inci maddesi doğrultusunda Cumhuriyet savcısı kamu davasını açmalıdır.

30.09.2020, E. 2020/1069, K. 2020/1661; D. 2. D., T. 15.10.2020, E. 2020/1642, K. 2020/2969; D. 2. D., T. 05.11.2020, E. 2020/508, K. 2020/3278, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 14.05.2021.

⁶⁶¹ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 529. “...görevinden alınmasını gerektirecek bir olumsuzluğu ileri sürülmeden veya hukuken kabul edilebilir bir neden ortaya konulmadan, salt takdir yetkisinden bahisle davacının atanması yolunda kurulan işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı...” D. 5. D., T. 26.01.2009, E. 2006/5349, K. 2009/270, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 14.05.2021.

⁶⁶² GÖZÜBÜYÜK/ TAN, (Cilt: II), s. 529.

⁶⁶³ CENTEL/ ZAFER, s. 21; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 89.

⁶⁶⁴ CENTEL/ ZAFER, s. 21.

Hukuk sistemimizde, Cumhuriyet savcıları için kamu davasını açma mecburiyeti ilkesi geçerlidir.⁶⁶⁵ İddia makamının sorması üzerine kanunla yetkilendirilmiş makam tarafından, ceza davası açılmasında, kamu yararı görüldüğüne dair irade açıklaması olan izin, ceza davasının açılmasındaki mecburiyet ilkesini yumuşatmaktadır.⁶⁶⁶ İzin konusunda yetkili makam, Cumhuriyet savcısı gibi, dava mecburiyeti ilkesi ile bağlı değildir.⁶⁶⁷ Soruşturma izni, izin vermeye yetkili makamın takdir yetkisine dayanan idari işlemidir ve geri alınabilir.⁶⁶⁸ İzin vermeye yetkili makamca ceza davası açılmasında, kamu yararının bulunup bulunmadığına ilişkin değerlendirme yapılması, işlemin idari takdir niteliği taşıdığını ortaya koymaktadır.⁶⁶⁹

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 13 No'lu genelgesinin “İhbari nitelikteki incelemeler” başlığı altındaki 8'inci maddesine göre, şikâyet konusu olayın tüm iddialar açıklığa kavuşturulacak şekilde araştırılması, elde edilen bilgi ve belgelerin fezlekeye eklenmesi gerekmektedir. Ayrıca genelgenin 10'uncu maddesi gereğince, fezlekenin sonuç kısmında, Cumhuriyet savcısının soruşturma izni verilip verilmemesine ilişkin görüşü de yazılmalıdır.⁶⁷⁰ Ceza davası açılması için kanunla yetkili kılınan makamdan izin alınması gereken durumlarda, Cumhuriyet savcılığı tarafından yapılan ön inceleme sonucunda elde edilen bilgi ve belgeler, izni vermeye yetkili makamın kararının dayanağını oluşturmaktadır. Elde edilen bilgi ve belgelerden suç işlenmediği veya suçun oluşmadığının açıkça anlaşılması üzerine

⁶⁶⁵ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 154-155.

⁶⁶⁶ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 587; CENTEL/ZAFER, s. 732.

⁶⁶⁷ EREM, Faruk, “Avukatlar Hakkında Soruşturma İzni”, *Ankara Barosu Dergisi*, (1977, S:2), s. 264, < <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1944-2010/Dergiler/AnkaraBarosuDergisi/1977-2.pdf>>, Erişim tarihi:16.02.2021.

⁶⁶⁸ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 587; CENTEL/ ZAFER, s. 732; Üçüncü Bölüm, I., B.

⁶⁶⁹ EREM, “Avukatlar Hakkında Soruşturma İzni”, s.264. “Avukatlar hakkında avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi, 1136 Sayılı Kanun'un 58. ve 59. maddeleri ile Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlı kılınmıştır. Bakanlığın bu yetkisini kullanırken hakkında soruşturma izni istenilen avukatla ilgili iddiaların ciddi, somut delillere dayanması halinde soruşturma izni vermesi görevinin gereği olduğu gibi isnat ve iddialarda ceza hukuku bakımından suç teşkil edecek bilgi ve belge bulunmaması halinde soruşturma izni vermeyeceği de tabiidir.” D. 8. D., T. 18.4.2019, E. 2014/9547, K. 2019/3348, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 15.05.2021.

⁶⁷⁰ Üçüncü Bölüm, I., A.

soruşturma izni verilmemesi; suç işlendiği kanısını oluşturacak delillerin bulunması durumunda soruşturma izni verilmesi gerekmektedir. Her iki durumda da kararın gerekçesi belirtilmelidir.⁶⁷¹

Danıştay kararlarında, izin vermeme kararının hukuki denetimi yapılırken Cumhuriyet savcılığının fezlekesi ve ekindeki belgelerin incelenip değerlendirildiği görülmektedir.⁶⁷² Danıştay'ın bu kararlarında açıkça ifade edilmemiş olmakla

⁶⁷¹ AKGÜNER, s. 718.

⁶⁷² “...Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurunda bulunduğu, konu ile ilgili olarak yapılan inceleme neticesinde Savcılıkça hazırlanan 14.10.2014 tarihli Fezleke ile şikayet edilen avukat hakkında soruşturma açılması yönünde görüş bildirildiği görülmektedir... Bu çerçevede; usulüne uygun kullanılmadığı anlaşılan hapis hakkı sebebiyle şikayetli avukatın eyleminin bir bütün olarak incelenerek görevi kötüye kullanma ve/veya görevi ihmal suçunun yasal unsurlarının somut olayda oluşup oluşmadığı hususu ile Ankara 9. İcra Mahkemesi'nin anılan senedin kambyo senedi olma niteliğinin bulunmadığına yönelik 05.11.1998 tarih ve E: 1008/330, K:1998/526 Sayılı kararı akabinde anılan senet kapsamındaki borç nedeniyle ilamsız icra takibi başlatılmaması ve borcun zamanaşımına uğraması nedeniyle şikayet edilen avukatın eyleminin bir bütün olarak incelenerek görevi kötüye kullanma ve/veya görevi ihmal suçunun yasal unsurlarının somut olayda oluşup oluşmadığının hususunun değerlendirilebilmesi açısından soruşturma izninin verilmesi gerekirken, aksi yönde tesis edilen işlem ile bu işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden temyize konu Mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.” D. 8. D., T. 12.2.2020, E. 2016/13421, K. 2020/729, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 15.05.2021.

“Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin 03/03/2016 gün ve E:2015/1253, K:2016/599 Sayılı kararının hukuka aykırı olduğu öne sürülerek, 2577 Sayılı Kanun'un 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir...

Dava, Ankara Barosuna kayıtlı Avukat H.K. hakkında kovuşturma izni verilmemesine ilişkin Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 12.01.2015 tarihli işleminin iptali istemiyle açılmıştır. İdare Mahkemesince, davacı ile şikayet edilen arasında herhangi bir vekalet ilişkisi kurulmadığı, şikayete konu 20.000-TL bedelli bononun arka yüzünde davacının iddia ettiği gibi “Hiç para almadım R.A.'dan Avukatım H. Bey halledecek.” ifadesinin bulunmadığı, bu haliyle senedin tahsil edilmek üzere şikayet edilen avukata teslim edildiğine ve davacının gerçeğe aykırı şekilde ciranta sıfatıyla borçlu haline getirildiğine ilişkin yeterli delil bulunmadığından, şikayetli avukat hakkında kovuşturma izni verilmemesi yönündeki dava konu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir...

Dosyanın incelenmesinden, Almanya'da ikamet eden davacının alacaklısı olduğu 20.000-TL değerindeki bononun vadesinde ödenmemesi nedeniyle tahsili için Ankara Barosuna kayıtlı Avukat H.K.'ya 2007 yılında vekalet verdiği, Avukat H.K.'nun daha kolay tahsil kabiliyeti olacağı telkini karşısında senedi, akrabası olduğunu belirttiği R.A. isimli şahsa ciro ederek senedin arkasına “Hiç para almadım R.A.'dan Avukatım H. Bey halledecek” ibaresini yazdığı, devam eden süreçte muhtelif tarihlerde masraf adı altında anılan Avukata tanıklar A.Y. ve F.Y. aracılığıyla toplam 7.900-TL ödendiği, 05.06.2012 tarihinde Avukat tarafından kendisine 24.000-TL ödeme yapılmasına rağmen haricen yapmış olduğu araştırmada Avukat H.K.'nun borçlulardan vekalet ücreti hariç 55.000-TL tahsil ettiğini öğrendiği, Av. H.K.'nun kendisi adına ne miktarda para tahsil ettiğini bilmediği, kazanılan tüm paranın kendisine ait olduğu ve adı geçen Avukattan herhangi bir tahsilatta bulunmadığı iddialarıyla yaptığı şikayet üzerine, konunun incelenip soruşturulması sonucunda Şereflikoçhisar Cumhuriyet Başsavcılığı'nca düzenlenen 10.10.2014 tarihli fezleke, Ankara Barosuna kayıtlı Avukat H.K. hakkında kovuşturma izni verilmemesi gerektiği sonucuna varıldığı, konunun Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nde incelenip değerlendirilmesi sonucunda tesis edilen 12.01.2015 tarihli olur işlemi ile, adı geçen avukat hakkında ileri sürülen iddiaların doğrulanmadığından bahisle kovuşturma izni verilmemesi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

beraber, Cumhuriyet savcılığının fezlekesinin, avukat hakkında soruşturma izni verilip verilmeyeceğine ilişkin takdir yetkisi içeren kararın hukuki dayanağı, diğer bir ifade ile kararın sebep unsuru şeklinde değerlendirildiğini söylemenin mümkün olduğunu düşünmekteyiz.

GÖZLER soruşturma izninin idari işlem olduğunu savunan görüşün aksine, izin verilmesi veya verilmemesi yönündeki kararların, idari makamca oluşturulmuş olmasına rağmen bir ceza soruşturması ile ilgili olmaları sebebi ile idari değil, yargısal nitelik taşıdığını ifade etmektedir. Yazar, Adalet Bakanlığı tarafından verilen soruşturma ve/veya kovuşturma izni kararının “*ceza yargılamasına ilişkin ve ondan ayrılamaz nitelikte bir işlem olduğunu*” vurgulamakta ve idari işlem olmadığından iptal davasına konu edilemeyeceklerini öne sürmektedir.⁶⁷³

ERKUT, yargı kararlarının hazırlığı niteliğindeki işlemlerin, çeşitli kurallarla belirlenen ve aralarında zorunlu olarak sebep sonuç ilişkisi bulunan aşamalardan

Olayda; davacının Almanya'da ikamet ettiği, Mersin ilinde ikamet eden D.Ç. ve A.Ç. ile limon ticareti yapmak üzere anlaştıkları, bu çerçevede adı geçenlerin borçlu ve kefil sıfatıyla imzaladıkları 20.000-TL bedelli bonoyu kendisine verdikleri, bononun vadesinde ödenmemesi üzerine şikayetli Avukata başvurduğu, davacının iddiasına göre şikayet edilen Av. H.K.'nın davacının Almanya'da ikamet etmesi nedeniyle takibin daha kolay yapılabilmesi amacıyla bonoyu akrabası ve güvenilir kişi olduğunu belirttiği R.A.'a ciro etmesini tavsiye ettiği, bu kapsamda bononun bedelsiz olarak R.A.'a ciro edildiği, anılan avukata vekalet ücreti ve icra masraflarına karşılık 7.900-TL para ödediğini, vekalet ücretini ödeyebilmek için borç istediği A.Y. ile F.Y.'in konuya ilişkin olarak tanıklık yapabileceklerini, icra takibi neticesinde anılan avukat tarafından kendisine 24.000-TL ödendiğini, alacağının daha fazla olduğunu belirterek itiraz ettiğinde, icra dosyasında kendisinin de borçlu olarak görüldüğünü isterse hiçbir ödeme yapmayabileceğini belirttiği, şikayet edilen avukatın borçlulardan 55.000-TL tahsil ettiğini borçluların Avukatı L.B.'tan öğrenmesi üzerine şikayetçi olduğu, Adalet Bakanlığınca Avukat hakkında soruşturma yapılması izni verilmesi üzerine Aksaray Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan incelemede Şereflikoçhisar İcra Müdürlüğü'nün 2007/534 Sayılı dosya içerisinde yer alan bononun okunaklı önlü ve arkalı fotokopisi üzerinde yapılan incelemede "Hiç para almadım R.A.'dan Avukatım H. Bey halledecek." ibaresinin bulunmadığı, A.Y. ile F.Y.'in Savcılıkça alınan ifadelerinde davacının istemi üzerine 3.000-TL'yi avukat H.K.ya verdiklerini beyan ettikleri tespit edilmiştir.

Bu çerçevede; dava konusu anlaşmazlığın çözümüne esas olmak üzere Aksaray Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan incelemede, Şereflikoçhisar İcra Müdürlüğü'nün 2007/534 Sayılı dosyası üzerinden yürütülen icra takibinin alacaklısı R.A.'ın konu ile ilgili olarak ifadesine başvurulmadığı, anılan icra takibi çerçevesinde bonoda ciranta alacaklısı olarak gözüken R.A.'a Av. H.K. tarafından herhangi bir ödeme yapıp yapılmadığının belirlenmediği, icra takibinde alacaklı olarak gözüken R.A.'ın vekaletinin Mayıs 1991 tarihli olduğu ve boşanma davasına esas olmak üzere verildiği, şikayet edilen Avukat H.K. tarafından tek imza ile düzenlenen Ödeme Belgesi başlıklı 30.04.2012 tarihli belgede alacağın tamamını icra takibinde borçlu olarak gözüken D.Ç. adına H.Ç. vekili Av. L.B.'tan nakden tahsil edildiğinin belirtildiği, ancak herhangi bir meblağ belirtilmediği, konu ile ilgili olarak Av. L.B.'un ifadesine başvurulmadığı anlaşılmış olup, uyuşmazlığın çözümü bakımından önem arz eden söz konusu hususlar araştırılmaksızın eksik incelemeye dayalı olarak düzenlenen Fezleke esas alınarak tesis edilen mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.” D. 8. D., T. 26.2.2020, E. 2016/14717, K. 2020/1229, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 15.05.2021.

⁶⁷³ GÖZLER, “İdare Hukuku Cilt: I”, s. 746- 748.

oluşturduğunu, bu halka işlemlerin birbirlerine sıkı sıkıya bağlı olduklarını belirtmektedir. Yazar, bu işlemlerin son halkasının yargı kararı olduğunu, hazırlık niteliğindeki işlemlerin, yargı kararından ayrılarak iptal davasına konu edilmelerinin imkansız olmasa da güç olduğunu savunmakta ise de; yargısal işlemlerin başlamasını engelleyen işlemlerin, idari işlem olduğunu ve bu işlemler ile ilgili iptal davası açılabilirliğini ifade etmektedir. Yazara göre, “*yargı yerlerinin görevlerine başlayabilmeleri için, öncelikle bu konuda öngörülmüş bulunan adli prosedüre geçilmesi gerekir. Bu aşamaya gelinmesini engelleyen işlemlerin, adli prosedür işlemleri olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.*”⁶⁷⁴

Danıştay, ERKUT’un görüşü ile paralel bir şekilde, soruşturma ve kovuşturma izni verilmemesine ilişkin kararların “*idarenin takdir hakkını kullandığı, kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlemlerden olduğunu*” belirterek bu kararlara karşı idari dava yolunun açık olduğunu kabul etmekte⁶⁷⁵; ancak izin verilmesi

⁶⁷⁴ ERKUT, s. 104- 105.

⁶⁷⁵ “Uyuşmazlık, Avukatlık Yasasının 58. maddesi uyarınca bir avukat hakkında Adalet Bakanlığınca, cumhuriyet savcısı tarafından yapılmak üzere soruşturma izni verilmemesine ilişkin olup Ankara 9. idare Mahkemesince, dava konusunun İdari işlem niteliğinde olmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Anayasanın 125. maddesi ile idarenin her türlü eylem ve işlemleri yargı denetimine tabi tutulmuştur. Öte yandan 2577 sayılı Yasanın 2. maddesinde, idarenin idari işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tabi olduğu belirtildikten sonra, idarenin yargı denetimi dışında tutulmuş işlemlerinin neler olduğu aynı maddenin 2. fıkrasında sayılarak yargı denetiminin sınırı gösterilmiştir. Maddede idari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu denetimi ile sınırlandırılmıştır. 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 58. maddesinde de, avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı takipleri aynı yasanın 58. maddesi ne göre Adalet Bakanının vereceği izne bağlanmıştır. Bu iznin verilmesi ile, ilgilisi hakkında soruşturma yapılabilmekte, verilmemesi durumunda ise soruşturma yapılamamakta ve kamu davası açılamamaktadır. Bu konuda idarenin takdir yetkisinin bulunduğu kuşkusuzdur. Söz konusu idare izninin veya verilmemesinin hukuka uygun olup olmadığının yargı denetimi dışında tutulması mümkün değildir. Bunun yargıda denetlenmesinin yerindelik denetimi olmadığı açık olup, 1136 sayılı Yasanın 58. maddesi uyarınca oluşturulan Adalet Bakanlığının ilgili hakkında soruşturma yapılmaması yolundaki işlemlerinin, idarenin takdir hakkını kullandığı, kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlemlerden olduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle olayda avukat olan kişi hakkında soruşturma izni verilmemesine ilişkin Adalet Bakanlığı işlemini, idarenin takdir yetkisi içinde, hukuksal sonuç doğuran, idari yargı denetimine tabi, kesin ve yürütülmesi zorunlu idari bir işlem niteliğinde olduğundan işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, aksi düşünüşle verilen kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” D. 8. D., T. 15.6.1999, E. 1997/1763, K. 1999/3899, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 15.05.2021. DİDDGK, T. 22.10.2009, E. 2007/736, K. 2009/1793; D. 8. D., T. 21.10.1999, E. 1997/3805, K. 1999/5313; DİDDGK, T. 22.10.2009, E. 2006/4597, K. 2009/1790, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 15.05.2021.

yönündeki kararlara karşı açılan iptal davalarının reddedilmesi gerektiğine hükmetmektedir.⁶⁷⁶

Danıştay 8. Dairesi'nin konuya ilişkin bir kararında, “1136 sayılı Avukatlık Yasasının 58’inci maddesinde de avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı takipleri aynı yasanın 58’inci maddesine göre Adalet Bakanının vereceği izne bağlanmıştır. Bu iznin verilmesi ile ilgisi hakkında kovuşturma yapılabilmekte verilmemesi durumunda ise kovuşturma yapılamamakta ve kamu davası açılmamaktadır. Bu konuda idarenin takdir yetkisinin bulunduğu kuşkusuzdur. Söz konusu idare izninin verilmesi veya verilmemesinin hukuka uygun olup olmadığının yargı denetimi dışında tutulması mümkün değildir. Bunun yargıda denetlenmesinin yerindelik denetimi olmadığı açık olup, 1136 sayılı Yasanın 58’inci maddesi uyarınca oluşturulan Adalet Bakanlığı’nın ilgisi hakkında kovuşturma yapılması veya yapılmaması, yolundaki işlemlerinin idarenin takdir hakkını kullandığı, kesin ve yürütülmesi zorunlu İdari işlemlerden olduğunun kabulü gerekir. Bu nedenlerle olayda avukat olan davacı hakkında kovuşturma yapılmak üzere Adalet Bakanınca verilen ve dava konusu edilen izin, idarenin takdir yetkisi içinde, hukuksal sonuç doğuran idari yargı denetimine tabi, kesin ve yürütülmesi zorunlu idari bir işlem niteliğinde olduğundan işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerektiği” gerekçesi ile “dava konusu kovuşturma izninin ceza soruşturmasını ilgilendirdiği, İdari işlem niteliğinde olmadığından idari davaya konu edilemeyeceği” yönündeki idare mahkemesi kararının bozulmasına hükmedilmiştir.⁶⁷⁷

Ancak idare mahkemesi, bu bozma kararına uymayarak, “davacı avukat hakkında soruşturma izni verilmesi yolundaki Adalet Bakanlığı olurunun, idarenin idari faaliyet dışında ceza yargılamasına geçilmeden önceki adli düzenin sağlanmasına yönelik işlemi olduğu, Avukatlık Kanunu’nun 58 inci ve 59 uncu maddelerinde yer alan, soruşturma ve kovuşturmaya yönelik kavramların ve bu

⁶⁷⁶ D. 8. D., T. 3.4.2006, E. 2006/401, K. 2006/1300; D. 8. D., T. 26.10.1998, E. 1996/1992, K. 1998/3436; D. 8. D., T. 14.05.2003, E. 2003/710, K. 2003/2241, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 15.05.2021.

D. 8. D., T. 16.05.2006, E. 2005/1437, K. 2006/2090; D. 8. D., T. 18.10.1999, E. 1997/2424, K. 1999/5220; D. 8. D., T. 16.11.1999, E. 1997/369, K. 1999/6223, aktaran GÖKCAN, s. 116.

⁶⁷⁷ D. 8. D., T., 25.01.1994, E. 1993/1701, K. 1994/225, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 15.05.2021.

kavramlarda anlatımını bulan yönteme yönelik aşamaların son soruşturmayı yapacak ağır ceza mahkemesine kadar oluşan, adli halkaların birer parçası niteliğinde bulunduğu, ceza yargılamasına varan ve cumhuriyet savcısının yürüteceği soruşturma ve iddianamenin başlangıç evresini oluşturan soruşturma izninin, idari faaliyetle ilgisinin bulunmadığı, adli suçtan kaynaklanan ve ceza yargılamasına etken olan takdir yetkisinin, idari makamlara bırakılmış olmasının, onun idari işlem niteliğini kazanmasını sağlamayacağı, soruşturma iznini yargısal prosedürden ayırmaya olanak bulunmadığı, yargısal prosedürün sonunun cezalandırma işlevine varacağı, birbirine bağlı faaliyetin ilk halkasını idari görüp, izleyen bölümlerini ceza yargısına bırakmanın çelişkilere neden olacağı, yargı işlevlerinin karışmasına yol açacağı, dava konusu karara karşı yargı yolunun kapatılmadığı, Avukatlık Yasası ’nın özel kurallarının, soruşturma izninin Cumhuriyet savcısınca irdelenmesini, giderek kovuşturma izninin yine Cumhuriyet savcısı ve olay yerine en yakın ağır ceza mahkemesince son soruşturma açılıp açılmaması kararına varılması için değerlendirilmesini gerekli kıldığına göre, ceza yargısına yönelik idari izin yargısal denetiminin de yapılmış olacağı, ceza yargılamasına yönelik ve idari faaliyet dışında, adli prosedüre ge ilmeyi sağlayan dava konusu soruşturma izninin ceza yargılamasına ilişkin olduğu ve idari davaya konu olabilecek bir idari işlem niteliğinde bulunmadığı” gerekçesiyle ilk kararında ısrar etmiş ve idare mahkemesinin bu kararı, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nca hukuka uygun görülerek onanmıştır.⁶⁷⁸

Danıştay’ın, bu kararında yer alan “ceza yargılamasına yönelik ve idari faaliyet dışında, adli prosedüre ge ilmeyi sağlayan dava konusu soruşturma izninin ceza yargılamasına ilişkin olduğu ve idari davaya konu olabilecek bir idari işlem niteliğinde bulunmadığı” ve “Avukatlık Yasası ’nın özel kurallarının, soruşturma izninin Cumhuriyet savcısınca irdelenmesini, giderek kovuşturma izninin yine Cumhuriyet savcısı ve olay yerine en yakın ağır ceza mahkemesince son soruşturma açılıp açılmaması kararına varılması için değerlendirilmesini gerekli kıldığına göre,

⁶⁷⁸ DİDDGK, T. 27.10.1995, E. 1994/926, K. 1995/739, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 15.05.2021.

ceza yargısına yönelik idari iznin yargısal denetiminin de yapılmış olacağı” şeklindeki gerekçeler, bazı yazarlar tarafından eleştirilmektedir.⁶⁷⁹

GÖKCAN, kovuşturma izni kararı üzerine başlayacak son soruşturma sürecinin, şikâyet konusu uyuşmazlığın çözümü ile ilgili olduğuna dikkat çekerek, bu süreçte idari işlemin hukuki denetiminin yapılmadığını, bu sebeple izin kararının devamındaki süreçte, bu kararın yargısal denetiminin de yapıldığı yönündeki gerekçenin kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir. Yazar ayrıca izin vermeye yetkili makamın, savcılık gibi kanunilik prensibi ile bağlı olmadığını, izin verilmesi yönündeki kararların da, izin verilmemesi şeklindeki kararlar gibi takdir yetkisine dayalı idari işlem olduklarını ve bu sebeple iptal davasına konu edilebileceklerini öne sürmektedir.⁶⁸⁰

MISIR ve GÖKCAN’a göre, soruşturma veya kovuşturma izni verilmesi yönündeki kararlara karşı idari dava yolunun kabul edilmemesi sebebiyle avukatlar hakkında gereksiz yargı işlemleri yapılmakta, soruşturma ve kovuşturma süreçleri uzamaktadır.⁶⁸¹ MISIR, bu durumun avukatlar hakkında özel soruşturma ve kovuşturma usulüne ilişkin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 58’inci ve devamı maddeleri ile yapılan düzenlemenin amacı ile bağdaşmadığını belirtmektedir.⁶⁸²

Daha önceki açıklamalarımızı⁶⁸³ hatırlamak gerekirse, idari işlem, kamu gücü aracılığı ile bir idari görev ya da faaliyetin yerine getirilmesi amacına yönelik, hukuk düzeninde yenilik veya değişiklikler yapan ve idarenin tek taraflı iradesi ile sonuç doğuran irade açıklaması şeklinde tanımlanmaktadır. İdarenin her türlü işlem ve eylemleri Anayasa’nın 125’inci maddesinin 1’inci maddesi ve İYUK’un 2’nci maddesi gereğince hukuki denetime tabidir. Adalet Bakanlığı’nın Av. K.’nın 58’inci ve 59’uncu maddelerine dayanan izin yetkisi ile ilgili kararları, tek yanlı irade açıklaması ile soruşturmanın başlaması veya engellenmesi şeklinde sonuçlar doğurarak hukuk düzeninde yenilik veya değişiklikler yapmakta, ilgililerin hukuki

⁶⁷⁹ GÖKCAN, s. 103-104; MISIR, “*Avukatın Görev Suçları*”, s. 58.

⁶⁸⁰ GÖKCAN, s. 103-104.

⁶⁸¹ GÖKCAN, s. 103-104; MISIR, “*Avukatın Görev Suçları*”, s. 58.

⁶⁸² MISIR, “*Avukatın Görev Suçları*”, s. 58.

⁶⁸³ Üçüncü Bölüm, VI., A., B., C.

durumlarını etkilemektedir. Görüldüğü üzere, izin ile ilgili kararlar idari işlemin özelliklerini taşımaktadır. Ayrıca Av. K.'nın 58 ve 59'uncu maddeleri ile idareye, soruşturmanın ve kovuşturmanın yapılması veya yapılmaması şeklinde tercih hakkı, takdir yetkisi tanınmıştır. Danıştay kararlarında ve doktrinde ağırlıklı olarak, idarenin takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız bir yetki olmayıp hukuki denetime tabi olduğu kabul edilmektedir. Doktrinde takdir yetkisinin hukuki denetiminin, öncelikle idari işlemin dayanağı olan maddi ve hukuki olayların gerçekliğinin araştırılması, bunun ardından gerçekliği saptanan maddi ve hukuki olayların işlemin yapılmasını gerektirecek nitelik taşıyıp taşımadığının incelenmesi şeklinde iki aşamada yapılabileceği belirtilmektedir.⁶⁸⁴ Cumhuriyet savcılığının soruşturma öncesi dönemde yaptığı araştırmalara ilişkin bilgi ve belgelerle hazırlanan fezleke, soruşturma izni ile ilgili kararın hukuki sebebini oluşturmaktadır. Tüm bu açıklamalar dikkate alındığında, soruşturma ve kovuşturma izni verilmesi veya verilmemesine dair kararların takdir yetkisine dayalı idari işlemler olduklarına dair görüş kanaatimizce de yerindedir. Savcılık makamınca yapılan araştırma sonucu toplanan bilgi ve delillere dayalı olarak idari makamlarca oluşturulan bu kararların, sırf bu sebeple ceza soruşturması ile ilgili yargısal nitelik taşıyan kararlar olarak kabul edilmemeleri ve idari yargı denetimi dışında tutulmamaları gerektiğini düşünmekteyiz. Kaldı ki, mevzuatımızda, farklı meslek grupları ile ilgili olarak öngörülen özel soruşturma usullerinde, soruşturma izni verilmesine dair kararlara karşı idari dava yoluna başvurulabileceği öngörülmüştür. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun "*Kurul üyeleri ile Kurum personelinin cezaî ve hukukî sorumluluğu*" kenar başlıklı 104'üncü maddesi bu duruma örnek gösterilebilir. Bu düzenlemeye göre, "*Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personelinin görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlara ilişkin soruşturmalar, Kurul Başkan ve üyeleri için ilişkili Bakanın, Kurum personeli için ise Başkanın izin vermesi kaydıyla genel hükümlere göre yapılır. Kurul üyeleri ile Kurum personelinin iştirak hâlinde işledikleri iddia edilen suçlara ilişkin soruşturmalarda Kurum personeli hakkında soruşturma izni verme yetkisi ilişkili Bakana aittir. Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personeli hakkında görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı soruşturma izni verilmesi için, bu kişilerin kendilerine veya üçüncü kişilere çıkar sağlamak veya Kuruma ya da üçüncü kişilere zarar vermek kastıyla*

⁶⁸⁴ Üçüncü Bölüm, VI., C.

hareket ederek bu işlemler sonucunda kendilerine veya üçüncü kişilere çıkar sağlamış olmaları hususunda açık ve yeterli emarelerin olması gerekir. Soruşturma izni verilmesi hâlinde bu durum ilgililere tebliğ olunur. Soruşturmaya izin verilmesine ya da verilmemesine dair kararlar aleyhine, tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içerisinde Danıştay nezdinde itiraz yoluna başvurulabilir. İzin verilmiş olsa dahi, itiraz süresi geçene kadar veya Danıştay'a yapılan itiraz sonucunda hüküm tesis olunana kadar soruşturma başlatılamaz.”

Ayrıca belirtmek gerekir ki, soruşturma öncesinde Cumhuriyet savcılığı tarafından yapılan işlemler ve hazırlanan fezleke, Adalet Bakanlığı tarafından verilen soruşturma izni, bu iznin ardından başlayacak kovuşturma süreci ve son soruşturmanın açılması veya açılmaması yönünde verilecek karar birbirlerine bağlı ve aralarında sebep sonuç ilişkisi bulunan zincirleme şeklinde ilerleyen işlemlerdir. ERKUT'un Danıştay tarafından da benimsenmiş olan bu görüşüne buraya kadar katılmaktayız. Şöyle ki, avukatlar hakkındaki özel soruşturma usulünde bu zincir, hem savcılık makamı tarafından yapılan işlemler hem de bu işlemlere dayalı olarak idari mercilerce verilen kararlardan oluşmaktadır. İdari işlem ve dayanağı olan savcılık işlemlerinin, aralarındaki sebep sonuç ilişkisinden dolayı birbirlerinden ayrılmaları kanaatimizce de mümkün değildir. Ancak Av. K. 58 - 61'inci maddelerinde düzenlenen özel usul içinde yer alan soruşturma ve kovuşturma evrelerinin birbirini takip eden ve birbirlerinden farklı evreler olmaları sebebi ile bu evrelerin ayrılmalarının mümkün olduğunu, bu düşüncenin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun amacına uygun olduğunu düşünmekteyiz. Nitekim, kanun koyucu Av. K.'nın 58'inci maddesi ile soruşturmanın Adalet Bakanlığı'nın vereceği izin üzerine başlayacağını ve Av. K.'nın 59'uncu maddesinde ise, 58'inci maddeye göre yapılan soruşturma sonucunda kovuşturma yapılmasına gerek olup olmadığına karar verileceğini açıkça ifade etmiştir. Görüldüğü üzere avukatlar hakkındaki bu özel soruşturma usulünün evreleri kanun koyucu tarafından çok net bir şekilde ayrılmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58'inci maddesi gereğince, soruşturma Adalet Bakanlığı'nın vereceği izin üzerine başlayacaktır. Adalet Bakanlığı'nın izin ile ilgili kararı 13 No'lu genelgede belirtilen şekilde Cumhuriyet Savcılığı'nca yapılan araştırmalar sonucunda toplanan bilgi ve belgelere dayanarak oluşturulacaktır. Cumhuriyet savcılığının hazırlık niteliğindeki araştırması ve Adalet Bakanlığı'nın izin kararı sebep sonuç ilişkisi ile birbirine bağlıdır. Bir başka deyişle

soruşturma izni verilmesine dair kararın, idari yargıda iptal davasına konu edilebilmesi için Cumhuriyet savcılığının fezlekesinden ayrılması gerekmektedir. Bu noktada izin verilmesi kararı ile ilgili olarak yapılacak denetim, Cumhuriyet savcılığınca hazırlanan fezleke ve ekindeki belgelerden, avukatın, suç işlememiş olduğunun anlaşılabilir olup olmadığı ya da suç işlediği kanısına ulaşıp ulaşılamayacağı yönünde olacaktır. Fezleke ve ekindeki belgelerden avukatın suç işlemediğinin anlaşılabilir olmasına rağmen Adalet Bakanlığı tarafından soruşturma izni verilmiş olması halinde, hukuka aykırı olan bu karara dayanarak avukat hakkında soruşturma başlayacak, şikayet edilen avukatın şüpheli sıfatı ile savunması alınacak ve hakkında tutuklama hariç tüm koruma tedbirlerine başvurulacaktır. Kanaatimizce bu durumun avukatlar hakkındaki özel soruşturma usulünün amacı ve dolayısıyla avukatlık mesleğinin bağımsızlık özelliği ile bağdaşamayacağı çok açıktır.

Adalet Bakanlığı'nın Av. K.'nın 58'inci ve 59'uncu maddeleri gereğince vereceği soruşturma ve kovuşturma izni verilmesi veya verilmemesi kararlarına karşı, bu kararların tebliğinden itibaren altmış günlük süre (İYUK m. 7/1) içinde Ankara İdare Mahkemelerinde (İYUK m. 32/1) iptal davası açılmalıdır.

VII. KORUMA TEDBİRLERİNİN AVUKATLAR HAKKINDA UYGULANMASI

A. Arama, Elkoyma

Savunmanın korunması amacı ve adil yargılanma hakkı, avukatların sır saklama yükümlülüğü sebebiyle avukatlar hakkında arama⁶⁸⁵ ve elkoyma gibi

⁶⁸⁵ Bu başlık altında avukatlar hakkındaki özel soruşturma ve kovuşturma usulünde koruma tedbirlerinin uygulanması incelenecektir. Ancak güncel tartışmalara konu olduğu için avukatın üzerinde yapılan önleme araması ile ilgili görüşlerden kısaca söz edilme gereği duyulmuştur: PSVK'nın 9'uncu maddesinde düzenlenen önleme araması, tehlikenin önlenmesi amacı ile yapılmakta ve bu noktada da adli aramadan ayrılmaktadır. Bu sebeple, adli arama ile ilgili olarak bazı özel kanunlarla kişinin sıfatına dayalı olarak öngörülen sınırlamalar, önleme araması sırasında uygulanamaz. Adli arama ile ilgili olarak getirilen sınırlamalar ise avukat ve müvekkili arasındaki güven ilişkisinin korunmasını amacı ile düzenlenmiştir. Bu sebeple, avukatın önleme aramasına tabi tutulması mümkündür. Örneğin, miting alanına girişte önleme amacı ile avukatın üzeri aranabilecektir. (YENİSEY/NUHOĞLU, s. 294).

koruma tedbirlerinin uygulanması özel düzenlemelere tabi tutulmuştur.⁶⁸⁶ Bir hakkın yerine getirilmesi için avukattan hukuki yardım talep eden kişinin, avukata konu ile ilgili olarak aktardığı bilgilerin ve teslim ettiği belgelerin korunacağı, kendisi aleyhine kullanılmayacağı, üçüncü şahıslara iletilmeyeceği hususlarında avukatına güvenmek istemesi çok doğaldır. Avukat bürolarının hiçbir kurala bağlı olmaksızın rastgele aranabileceğini düşünen kişi savunmasının yapılması için gerekli bilgi ve belgeleri avukata teslim etmez. Bu durumun savunma hakkının kısıtlanmasına sebep olacağı açıktır.⁶⁸⁷

Avukat bürosu sıradan bir iş yeri değildir.⁶⁸⁸ Avukatlar için hukuki koruma sağlanmaması durumunda mesleğin ifası mümkün olamayacağından avukatların büroları, “*hukuken güvenli bir kale*” olarak tanımlanmaktadır.⁶⁸⁹ Savunma özgürlüğü, sadece duruşma sırasında serbestçe savunma yapmak şeklinde bir tanımla sınırlanamaz. Bireyler delil niteliğindeki belgeleri mahkemeye sunma ya da sunmama hakkına sahip olduklarından müvekkili tarafından avukata teslim edilmiş belgeler savunma makamının takdirine bırakılmış olmaktadır.⁶⁹⁰ Bu sebeple müvekkil ve avukat arasındaki güven ilişkisi de gözetilerek, avukata teslim edilmiş belgelerin elde edilmesi amacı ile arama yapılması hukuka aykırıdır. Avukat bürolarında yapılacak aramalar, gerek iç hukuk sistemimizde gerekse ülkemizin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile katı kurallara bağlanmıştır. Hukuk

⁶⁸⁶ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 515.

⁶⁸⁷ DONAY, Süheyl, “Kamu Özgürlüklerinin Korunmasında Avukatın Rolü”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, (1977, C: 43, S :1-4), s. 411-412, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9090/113631>>, Erişim tarihi:27.02.2021.

⁶⁸⁸ EREM Faruk, “*Meslek Kuralları (Şerh)*”, s. 168; ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, “*Ceza Muhakemesi Hukuku*”, s. 331.

⁶⁸⁹ KOCAOĞLU, Serhat Sinan, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, *Ankara Barosu Dergisi*, (2012, S:1), s. 55, <<http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1944-2010/Dergiler/AnkaraBarosuDergisi/2012-1.pdf>>, Erişim tarihi:27.02.2021.

⁶⁹⁰ EREM Faruk, “*Meslek Kuralları (Şerh)*”, s. 168; ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, “*Ceza Muhakemesi Hukuku*”, s. 332.

sistemimizde, hem CMK hem de 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda, avukatlar hakkındaki arama ile ilgili düzenlemeler bulunmaktadır.⁶⁹¹

CMK'nın 130'uncu maddesinin 1'inci fıkrası gereğince, avukat büroları ve konutlarının, mahkeme kararı üzerine ve bu karara konu olayla ilgili olarak, Cumhuriyet savcısının denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranması mümkün olabilir. Av. K.'nın 28'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinin gerçekleşmesi dışında avukatların üstü aranamaz. Aramanın avukatlar, avukatların büro ve konutlarında yapılması durumlarında uygulanması gereken hükümler, görev suç-kişisel suç ayırımı da gözetilerek CMK ve Av. K. hükümleri ayrı ayrı değerlendirilmelidir.⁶⁹²

1. Ceza Muhakemesi Kanunundaki Düzenleme

CMK'nın 130'uncu maddesine göre; “(1) Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur. (2) Arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu fıkra da öngörülen kararlar, yirmi dört saat içinde verilir.(3) Postada elkoyma durumunda bürosunda arama yapılan avukat veya baro başkanı veya onu temsil eden avukatın karşı koyması üzerine ikinci fıkra da belirtilen usuller uygulanır.”

⁶⁹¹ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 515.

⁶⁹² ÖZTÜRK, Bahri/ EKER KAZANCI, Behiye/ SOYER GÜLEÇ, Sesim, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), s. 147-148.

Madde metninde de ifade edildiği üzere, soruşturma evresinde avukat bürolarında arama ve elkoyma tedbiri uygulanabilir. CMK'nın 130'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının açık ifadesi karşısında, CMK'nın 130'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında avukat bürolarının mahkeme kararı ile aranabileceğinin belirtilmiş olmasına dayanarak soruşturma aşamasında avukat bürolarının aranmayacağı öne sürülemez.⁶⁹³ CMK'nın 130'uncu maddesi gereğince, arama kararı, mahkeme tarafından verilmelidir. CMK hükümlerine göre, gecikmesinde sakınca olan hallerde dahi avukat büroları mahkeme kararı ile aranabilir,⁶⁹⁴ savcılık kararı ile arama yapılamaz.⁶⁹⁵

CMK'nın 130'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında “mahkeme” ifadesinin kullanılmış ve arama kararının hangi mahkemece verileceğinin belirtilmemiş olması, doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Bir görüşe göre, CMK'nın 130'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında soruşturma ve kovuşturma evresi ayırımına dikkat edilmeden, aramanın mahkeme kararı ile yapılacağının ifade edilmesi, hatalı bir düzenleme olup, soruşturma evresinde, dosya henüz mahkemeye intikal etmediğinden, arama kararı, sulh ceza hakimliği tarafından verilebilir.⁶⁹⁶ Bazı yazarlar ise, “mahkeme” ifadesinin yargılama makamı anlamında kullanıldığını iddia etmekte ve bu ifadeye yer verilmesinden dolayı soruşturma evresinde avukat bürolarında hakim kararı ile arama yapılamayacağı sonucuna varılamayacağını savunmaktadır.⁶⁹⁷ Doktrinde bu görüşün koruma tedbirleri alanında kıyas yasağı bulunduğu gerekçesi ile kabul edilemeyeceği öne sürülmekte, CMK'nın eksik ve hatalı düzenlemesinin yorum yolu ile düzeltilmeye çalışılması yerine kanun

⁶⁹³ ŞEN, Ersan, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, *Ankara Barosu Dergisi*, (2013, S :2), s. 339-340, <<http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1944-2010/Dergiler/AnkaraBarosuDergisi/2013-2.pdf>>, Erişim tarihi:28.02.2021.

⁶⁹⁴ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 516; ORHAN, Uğur, “Avukat Bürolarının Aranması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, (2020, Şubat, C:15, S:162), s. 297.

⁶⁹⁵ TOROSLU/ FEYZİOĞLU, s. 292; KOCAOĞLU, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, s. 58.

⁶⁹⁶ CENTEL/ ZAFER, s. 469; KESKİN KIZIROĞLU, Serap, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2009, C:58, S:1), s. 146, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42565/512922>>, Erişim tarihi:01.03.2021.

⁶⁹⁷ ŞAHİN/ GÖKTÜRK, s. 373; TOROSLU/ FEYZİOĞLU, s. 292: “Avukat bürosunun aranması için yargılama makamı kararı bulunması şarttır.”

değişikliği yapılarak düzeltilmesi gerektiği dile getirilmektedir.⁶⁹⁸ Kimi yazarlara göre, bu görüşlerin aksine, kanun koyucu, CMK'nın 130'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında kasıtlı olarak “mahkeme” ifadesini kullanmıştır. Zira arama kararının mahkeme tarafından verilebilmesi için mutlaka kamu davasının açılmış olması gerekli değildir. CMK'nın 130'uncu maddesinde avukatlar için öngörülen güvencenin bir anlam taşıyabilmesi için toplu olarak görev yapan bir mahkeme tarafından arama kararı verilmelidir. Bu kararı verecek mahkeme ağır ceza mahkemesi olmalıdır.⁶⁹⁹ Arama kararının toplu olarak görev yapan ağır ceza mahkemesi tarafından verilmesi yönündeki görüş, Av. K. ile düzenlenen özel soruşturma usulünün amacına daha uygun olduğundan kanaatimizce de yerindedir.

CMK'nın 130'uncu maddesine göre, avukat bürolarında arama Cumhuriyet savcısının denetiminde yapılmaktadır. Bu madde gereğince, arama sırasında, Cumhuriyet savcısı aramanın yapılacağı büroda hazır bulunmalıdır.⁷⁰⁰ Bu düzenleme savunma hakkının güvence altına alınması amacı ile getirilmiş olup, Cumhuriyet savcısının hazır olmaması durumunda avukat bürolarında arama yapılamaz.⁷⁰¹ Ayrıca, arama ve elkoyma sırasında, bağımsız tanık⁷⁰² olarak baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat da büroda bulunmalıdır. Avukatla müvekkili arasındaki güven ilişkisinin korunması zorunluluğu sebebi ile hukuk eğitimi almış bağımsız bir tanığın arama sırasında hazır bulunması gereği AİHM kararlarında da vurgulanmaktadır. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukatın tanık olarak arama sırasında hazır bulunması CMK'nın 130'uncu maddesinin 2'nci 3'üncü maddelerinin uygulanması bakımından önemli bir güvencedir.⁷⁰³ AİHM, 27.03.2018 tarihli Özgün

⁶⁹⁸ ÜNVER/ HAKERİ, s. 895.

⁶⁹⁹ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 516.

⁷⁰⁰ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 516; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 292; CENTEL/ZAFER, s. 469.

⁷⁰¹ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 393.

⁷⁰² ÖZBEK ve BACAKSIZ, arama sırasında avukat bürosunda hazır bulunması gereken baro başkanı veya temsilcisini “kendine özgü işlem tanığı” olarak tanımlamaktadır. [ÖZBEK, Veli Özer/ BACAKSIZ, Pınar, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, *Ceza Hukuku Dergisi*, (Eylül 2006, C:1, S:1), s. 170].

⁷⁰³ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 516.

Öztunç/Türkiye davasında, başvuran avukatın bürosunun mahkeme kararı olmadan ve ayrıca savcı ile baro temsilcisi hazır bulunmadan aranmasını, yasallık unsurunun karşılanmadığı gerekçesiyle, AİHS'nin 8'inci maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir.⁷⁰⁴ Doktrinde baro başkanı veya onu temsil eden bir avukatın arama sırasında hazır bulunmaktan çekinmesi durumunda, aramanın yapılmaması gerektiği belirtilmektedir. Baro başkanı veya temsilcisinin bulunmamasına rağmen avukat bürosunda arama yapılır ve delil elde edilirse bu delil hukuka aykırı delil olarak kabul edilmelidir. Bu durumda aramaya katılmaktan kaçınan baro başkanı veya temsilcisinin ise cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır.⁷⁰⁵

Avukatın, evini aynı zamanda büro olarak kullandığı durumda da CMK'nın 130'uncu maddesi hükmü uygulanacaktır.⁷⁰⁶ Ceza soruşturması ve kovuşturmasını takip eden müdafinin müvekkili ile yaptığı yazışmaları, dosya ile ilgili her türlü doküman ve belgeler, sair soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin dosyalar, savunma hakkının ihlalinin önlenmesi amacı ile CMK'nın 149'uncu maddesinin 3'üncü fıkrası ve 154'üncü maddesi gereğince hiçbir şekilde arama, elkoyma ve incelemeye tabi tutulamaz.⁷⁰⁷

CMK'nın 130'uncu maddesi düzenlemesinde, Av. K.'da olduğu gibi, avukatın görevinden doğan veya görevi sırasında işlediği suç ile kişisel suç ayırımı yapılmamıştır. Bu sebeple, avukatlar için CMK düzenlemesinde yer alan güvenceler, avukatların görevleri ile ilgili olmayan suçlar için de uygulanabilecektir.⁷⁰⁸ Zira savunma dokunulmazlığının korunması, avukatın işlediği iddia edilen suçun, kişisel suç olması durumunda dahi gereklidir. Soruşturma veya kovuşturmaya konu suçun,

⁷⁰⁴ ÜNVER/ HAKERİ, s. 896; <

⁷⁰⁵ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 393.

⁷⁰⁶ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s.517; ŞEN, "Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması", s. 340; ORHAN, s. 296.

⁷⁰⁷ ŞEN, "Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması", s.340.

⁷⁰⁸ KOCAOĞLU, "Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı", s.59; GÜLŞEN, Recep, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Arama", s.5, < www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/139.doc>. Erişim tarihi: 06.03.2021.

avukatın görevinden doğan veya görevi sırasında işlediği iddia olunan suç olup olmadığına bakılmaksızın avukat bürolarında yapılacak aramalarda CMK'nın 130'uncu maddesi uygulanacaktır.⁷⁰⁹

Doktrinde bazı yazarlar tarafından Av. K.'nın 58'inci maddesinin avukatın görevinden doğan veya görev sırasında işlenen suçları kapsadığı, bu özel düzenleme dışında kalan kişisel suçlar ile ilgili olarak CMK'nın 130'uncu maddesinin uygulanabileceği öne sürülmektedir.⁷¹⁰ Bu görüşü savunan yazarlara göre, avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlar sebebi ile yapılacak aramalarda 1136 sayılı Avukatlık Kanunu uygulanmalıdır.⁷¹¹

Bir başka görüşe göre; CMK'nın 130'uncu maddesinin düzenlemesi avukata kişisel olarak değil, mesleki olarak güvenli bir ortam sağlamak amacı ile getirildiğinden sadece avukatın müvekkiline ilişkin olarak yapılacak arama ve elkoyma ile ilgili olarak uygulanabilecek; avukatın şüpheli veya sanık olduğu durumlarda ise arama genel hükümlere tabi olacaktır. Bu durumda hangi hükmün uygulanacağı, koşullarının bulunup bulunmadığı değerlendirilirken dürüst işlem ilkesine uygun hareket edilmesi gerektiği de öne sürülmektedir.⁷¹² Bu şekildeki yorum ile CMK'nın 130'uncu maddesinde avukatlar için sağlamış olan güvencenin hiçbir öneminin kalmayacağı doktrinde belirtilmektedir.⁷¹³

ŞEN ise CMK'nın 130'uncu maddesi hükmünün sadece avukat bürolarında yapılacak aramalarda uygulanabileceğini, avukatın evi, otomobili, üzeri ve yanında taşıdığı eşyanın aranması durumunda, özel kanun niteliği taşıyan Av. K.'nın 58'inci maddesinin uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir.⁷¹⁴

⁷⁰⁹ ŞEN, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, s.340.

⁷¹⁰ CENTEL/ZAFER, s.470, KİZİROĞLU KESKİN, s.146, YILMAZ, Yeşim, “Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2016, Mayıs-Haziran, S:124), s.279, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2016-124-1575>>. Erişim tarihi:04.03.2021

⁷¹¹ CENTEL/ZAFER, s.470.

⁷¹² ÖZBEK/ BACAKSIZ, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, s. 168.

⁷¹³ KOCAOĞLU, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, s. 58.

⁷¹⁴ ŞEN, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, s. 340.

Kimi yazarlarca, ceza muhakemesi hukukunda, sınırlayıcı ve istisnai hükümler dışında, kıyas yasağı olmadığından hareketle, CMK'nın 130'uncu maddesinde sadece avukat bürosunda yapılacak aramadan söz edilmesine rağmen, avukat bürosunda ve konutunda iletişimin dinlenmesini düzenleyen CMK'nın 136'ıncı maddesinin kıyasen uygulanarak, avukatların konutlarında da arama yapılamayacağı sonucuna varılabileceği öne sürülmektedir.⁷¹⁵ Bu görüş avukatlık mesleğinin bağımsızlık özelliğine ve Av. K.'daki özel soruşturma ve kovuşturma usulünün amacına uygun olarak avukatlar için daha kapsamlı bir koruma sağladığından kanaatimizce de yerindedir.

2. 1136 sayılı Avukatlık Kanunundaki Düzenleme

Av. K.'nın 58'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre “*Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve kayıtlı olunan baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz.*”

Av. K.'nın 58'inci maddesinde hem avukat bürolarının hem de konutlarının CMK'nın 130'uncu maddesinde öngörüldüğü şekilde mahkeme kararı ile kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabileceği ve arama sırasında baro başkanı veya onu temsil eden bir avukatın hazır bulunacağı düzenlenmiştir. Başka bir deyişle Av. K.'nın 58'inci maddesinde aramanın avukat bürosunda veya konutunda yapılması hususunda bir ayırım yapılmadığından⁷¹⁶ bu açıdan CMK'nın 130'uncu maddesinden daha kapsamlı bir koruma sağlamaktadır.⁷¹⁷ Bu düzenleme, yargının kurucu unsuru olan bağımsız savunmanın temsilcisi olan avukatların mesleki ve özel hayatlarına kamu otoritesinin haksız müdahalesinin önlenmesi amacını taşımaktadır.⁷¹⁸

⁷¹⁵ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 37-38.

⁷¹⁶ ŞEN, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, s. 342.

⁷¹⁷ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 517.

⁷¹⁸ ŞEN, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, s. 341-342.

CMK'nın 130'uncu maddesi ile Av. K.'nın 58'inci maddesi arasındaki bir diğer fark ise; Av. K.'nın 58'inci maddesinde, avukatın görevinden doğan veya görevi sırasında işlediği iddia olunan suçlar ile ilgili olarak, avukat büro ve konutlarında yapılacak aramalarda, özel arama prosedürünün uygulanabilecek olmasıdır. Av. K.'nın 58'inci maddesi ayrıca avukatın üzerinin aranmasına dair düzenleme de içermektedir.⁷¹⁹ Oysa CMK'nın 130'uncu maddesinde avukatın görevinden doğan veya görevi sırasında işlendiği iddia olunan suç ayırımı yapılmaksızın, avukatın bürosunda yapılacak arama ve elkoyma özel prosedüre tabi tutulmuştur. Av. K.'nın 58'inci maddesinde, elkoyma ile ilgili düzenlemeye yer verilmediğinden, avukatın evinin aranması sonucunda elde edilen delil ve belgeler hakkında elkoyma tedbiri, genel hükümlere göre uygulanacaktır.⁷²⁰

Avukatın üzerinin aranması ile ilgili olarak doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. ŞEN, Av. K.'nın 58. maddesine göre, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali hariç, avukatın üzeri ve yanında taşıdığı eşya, otomobili ve kullandığı diğer araçlar aranamayacağını belirtmektedir. Bu düzenlemede, kanun koyucu, hem özel yetkili-genel yetkili mahkeme ayırımı; hem de kişisel suç- görevden doğan veya görev sırasında işlenen suç ayırımı yapmadan, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü halleri dışında avukatın üzerinin aranamayacağını belirtmiştir.⁷²¹

KOCAOĞLU; ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzerinin aranamayacağına dair düzenleme ile kolluk kuvvetlerine karşı avukatların bağımsızlığının korunmasının yanı sıra avukatların üzerinin aranması bahane edilerek, kolluk güçlerince avukatlara baskı yapılması veya avukatların taciz edilebilme ihtimalinin önlenmesinin de amaçlandığını öne sürmektedir. Avukatın üzerinin aranabilmesi için ağır ceza mahkemesinin görev

⁷¹⁹ KIZIROĞLU KESKİN, s. 146.

⁷²⁰ ŞEN, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, s. 341-342.

⁷²¹ ŞEN, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, s. 342.

alanına giren bir suç ve suçüstü halinin varlığı, bu iki şartın aynı anda gerçekleşmiş olması gereklidir.⁷²²

CENTEL ve ZAFER'e göre avukatların görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlar, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hali teşkil etmediği sürece üzerleri aranamaz. Başka bir deyişle görev ile ilgili olmayan kişisel suçlarda avukatların üzerinin aranması mümkün olacaktır.⁷²³

Bazı yazarlar ise ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzerinin aranamayacağı (Av. K. m.58) şeklindeki düzenleme ile avukatlık mesleğinin en iyi şekilde yapılabilmesinin temini amaçlandığından ağır cezayı gerektiren suçüstü hali dışında avukatlık mesleğini icra ederken avukatın üzerinin aranamayacağını savunmaktadır. Bu görüşe göre avukatın avukatlık mesleğini icra etmediği sırada üzerinin aranması mümkün olabilecektir.⁷²⁴

Av. K.'nın 58'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre “*Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz.*” Kanun koyucunun bu açık ve net ifadesine uygun olarak ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri ile yanında taşıdığı eşya, otomobili ve kullandığı diğer araçların aranamayacağını yönündeki görüşe katılmaktayız.

Doktrinde, aramanın muhatabı avukatın şüpheli ve sanık değil de, üçüncü kişi olması durumunda büro, büro olarak kullandığı konutu ve üzerinin aranamayacağı; konutunda yapılacak aramalarda, CMK'nın 117 ve 119'uncu maddelerindeki genel hükümlerin uygulanacağı öne sürülmektedir.⁷²⁵ Zira, Av. K.'nın 58'inci maddesi avukatın bürosunda ve konutunda yapılacak aramaları da kapsayan bir düzenleme olmasına rağmen sadece avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında

⁷²² KOCAOĞLU, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, s. 50-51.

⁷²³ CENTEL/ZAFER, s. 470.

⁷²⁴ ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAŞIZ, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, s. 327-328.

⁷²⁵ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 517; ŞEN, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, s. 342.

işleyecekleri suçlar için uygulanabilecek; görev suçları dışında uygulama alanı olmadığından bu suçlar ile ilgili olarak avukatın konutunun aranmasının özel hükümlere tabi tutulması mümkün olamayacaktır. Bu durumda, avukatın konutunun aranması ile herhangi bir kişinin konutunun aranması arasında farklılık olmayacaktır.⁷²⁶

Av. K.’nın 61’inci maddesine göre, “*Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde soruşturma, bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından genel hükümlere göre yapılır.*” Bu durumda CMK’nın 130’uncu maddesi ve Av. K.’nın 58’inci maddesi hükümleri uygulanamaz, avukatın üst araması ise genel hükümlere göre yapılır.⁷²⁷

B. Postada Elkoyma

CMK’nın 130’uncu maddesinin 3’üncü fıkrasına göre, “*Postada elkoyma durumunda bürosunda arama yapılan avukat veya baro başkanı veya onu temsil eden avukatın karşı koyması üzerine ikinci fıkra da belirtilen usuller uygulanır.*” Kanun koyucu bu düzenlemeyi avukat bağımsızlığı açısından postada elkoyma ile ilgili genel düzenlemeleri içeren CMK’nın 129’uncu maddesi hükmüne ek güvence olarak öngörmüştür.⁷²⁸

Avukatın gönderilerine postada elkonulması sırasında avukatın bürosunun aranmasındaki kurallara uyulmalı, elkoyma Cumhuriyet savcısının denetiminde ve baro başkanı veya onu temsil eden bir avukatın nezaretinde yapılmalıdır.⁷²⁹ CMK’nın 130’uncu maddesinin 2’nci fıkrası gereğince postada elkoyma işlemine ancak elkonulan şeylerin avukat-müvekkil ilişkisi ile ilgili olması sebebine dayanarak karşı konulabilir. Postasına el konulan avukat ve baro başkanı veya temsilcisi olan avukatın gönderilere elkonulmasına karşı koymaları durumunda, bu gönderiler, bir zarf veya paket içerisine konularak bu sırada hazır bulunan kişilerce mühürlenir. Bu

⁷²⁶ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA GEZER/ SAYGILAR KIRIT/ ALAN AKCAN/ ÖZAYDIN/ ERDEN TÜTÜNCÜ/ ALTINOK VILLEMIN/ TOK, s. 517.

⁷²⁷ ŞEN, “*Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması*”, s. 342.

⁷²⁸ KOCAOĞLU, “*Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı*”, s. 61.

⁷²⁹ CENTEL/ ZAFER, s. 485.

konuda gerekli kararın verilmesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden talep edilir. Hakimin incelemesi sonucunda elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğu tespit edildiğinde elkonulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır ve bu kararlar yirmi dört saat içinde verilir (CMK m. 130/2,3).

CENTEL/ZAFER, avukatlar hakkında postada elkoyma ile ilgili CMK'nın 130'uncu maddesinde, "*bürosunda arama yapılan avukat*" ifadesinin kullanılmış olmasını, avukat bürosunun aranması ve postada elkoymanın birbirlerinden farklı iki tedbir olması, postada elkoymanın, büroda arama yapılmasını zorunlu kılmaması sebebiyle eleştirmektedir. Yazarlar, maddede "*bürosunda arama yapılan avukat*" ifadesi yerine "*ilgili avukat*" ifadesine yer verilmesinin yerinde olacağını belirtmektedirler.⁷³⁰

TOROSLU ve FEYZİOĞLU'na göre, CMK'nın 130'uncu maddesinin 3'üncü fıkrası gereğince postada elkoyma işlemine karşı koyulabilmesi için maddede belirtilen ilgililerin işlem den haberdar edilmeleri gerekmektedir. Bu durumda, avukatın postasına elkonulduğunda, elkoyma ile ilgili genel hükümleri düzenleyen CMK'nın 129'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar verme olasılığının varlığı aranmaksızın elkoyma işlemi avukata bildirilmelidir.⁷³¹

C. Telekomünikasyon Yolu İle Yapılan İletişimin Denetlenmesi

CMK'da iletişimin tanımına yer verilmemiştir.⁷³² 10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 3'üncü maddesinin r bendinde, telekomünikasyon "*Her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz,*

⁷³⁰ CENTEL/ ZAFER, s. 485.

⁷³¹ TOROSLU/ FEYZİOĞLU, s. 293.

⁷³² YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 224.

optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması” şeklinde tanımlanmıştır. Doktrinde de iletişim ile ilgili olarak benzer tanımlamalar yapılmaktadır.⁷³³

“İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” kenar başlıklı CMK’nın 135’inci maddesinin 1’inci fıkrasına göre, “Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir.” Aynı maddenin 6’ncı fıkrası gereğince, “Şüpheli ve sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespiti, soruşturma aşamasında hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında mahkeme kararına istinaden yapılır.” Ancak şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, CMK’nın 135 inci maddesi uygulanamaz (CMK m. 136).

Kanun koyucu, savunma dokunulmazlığını gözeterek CMK’nın 136’ncı maddesi ile hakkında suç isnadı bulunmayan müdafinin, savunmasını üstlendiği şüpheli ya da sanığın işlediği iddia edilen suç sebebi ile iletişiminin dinlenmesini, kayda alınmasını, tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi yasaklamıştır.⁷³⁴ Bu yasak bizzat avukatın tek başına veya müvekkili olsun ya da olmasın üçüncü şahıslarla birlikte suç işlediği iddiasının söz konusu olduğu durumları kapsamadığından, bu durumlarda CMK’nın 135’inci maddesinde öngörülen koruma tedbirlerinin uygulanması mümkündür.⁷³⁵ CMK’nın 136’ncı maddesindeki

⁷³³ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 444; ÖZTÜRK/ EKER KAZANCI/ SOYER GÜLEÇ, s. 261- 262; CENTEL/ ZAFER, s. 496; ŞEN, Ersan, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, *Ceza Hukuku Dergisi*, (Ağustos 2007, C: 2, S: 4), s. 100.

⁷³⁴ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 444.

⁷³⁵ CENTEL/ ZAFER, s. 505; ÜNVER/ HAKERİ, s. 994; KOCAOĞLU, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, s.63.

düzenleme ile şüpheli ya da sanığı savunan müdafinin yargı görevi üstlendiği, bu sebeple suçlu olarak itham edilemeyeceği vurgulanmaktadır.⁷³⁶

CMK'nın “*müdafî ile görüşme*” kenar başlıklı 154'üncü maddesinin 1'inci fıkrası ile şüpheli veya sanığın, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebileceği ve müdafii ile yaptıkları yazışmaların denetlenemeyeceği düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu düzenlemeyi tamamlamak üzere CMK'nın 136'ncı maddesi ile şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerinin uygulanamayacağı yasağını öngörmüştür.⁷³⁷ Avukat, mesleği gereği öğrendiği bilgiler sebebi ile tanıklıktan çekinebileceğinden (CMK m. 46), CMK'nın 135'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişiminin kayda alınamayacağına dair düzenleme müdafii de kapsamaktadır. Doktrinde, CMK'nın 135'inci maddesinin 3'üncü fıkrasının bu hükmü mevcut iken CMK'nın 136'ncı maddesinde yer alan düzenlemeye gerek olmadığı ifade edilmektedir.⁷³⁸

Kimi yazarlar ise CMK'nın 136'ncı maddesinin, 135'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan düzenleme ile müdafinin tanıklıktan çekinebilecek kişilerden olması sebebiyle örtüştüğünü kabul etmekle beraber her iki maddede yer alan yasakların kapsamının farklı olduğuna dikkat çekmektedirler. Şöyle ki CMK'nın 135'inci maddesinin 3'üncü fıkrası ile sadece iletişimin kayda alınması yasaklanmıştır. Oysa CMK'nın 136'ncı maddesinde iletişimin denetlenmesine ilişkin tüm tedbirleri kapsayan bir yasak düzenlenmiştir.⁷³⁹ Ayrıca CMK'nın 136'ncı maddesinde müdafinin büro, konut ve yerleşim yerlerindeki telekomünikasyon araçları ile ilgili mekânla sınırlı bir yasak mevcut iken, 135'üncü maddenin 3'üncü

⁷³⁶ KOCAOĞLU, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, s.63.

⁷³⁷ CENTEL/ ZAFER, s. 504-505.

⁷³⁸ CENTEL/ ZAFER, s. 505; ÖZTÜRK/ EKER KAZANCI/ SOYER GÜLEÇ, s. 289.

⁷³⁹ ŞAHİN/ GÖKTÜRK, s. 390; YOKUŞ SEVÜK, Handan, “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (C. 20, S. 69, Mart 2007), s. 118.

fıkrası ile mekâna ilişkin bir sınırlama olmaksızın iletişimin kayda alınması engellenmiştir.⁷⁴⁰

CMK'nın 136'ncı maddesinde müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları ile ilgili olarak iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanamayacağı düzenlenmiş, mobil telefonların yasak kapsamında olduğu belirtilmemiştir. Doktrinde, bu durumun unutulma sonucu oluştuğu⁷⁴¹ ya da kanun yapma hatası olduğu⁷⁴² ifade edilmektedir. Kimi yazarlar, bu düzenlemenin, müdafinin şüpheli veya sanıkla mobil iletişim araçları ile kurduğu iletişimin denetlenmesine yol açacağına dikkat çekmekte ve bu eksikliği giderecek şekilde hükmün değiştirilmesi gerektiğini dile getirmektedir.⁷⁴³

Doktrinde, CMK'nın 136'ncı maddesinde düzenlenen yasağın savunma hakkının ve müdafinin meslek sırrının güvence altına alınması amacından hareketle, mobil telefon da dahil olmak üzere her türlü haberleşmenin yasak kapsamında olduğu da savunulmaktadır.⁷⁴⁴ Günümüzde haberleşme aracı olarak mobil telefonun kullanılma sıklığı dikkate alındığında, müdafii ile şüpheli veya sanık arasındaki iletişimin denetlenmesi yasağının mobil telefon ile kurulan iletişimi de kapsamaması gerektiği öne sürülmektedir.⁷⁴⁵ CMK'nın 135'inci maddesinin 3'üncü fıkrası gereğince müdafinin şüpheli veya sanık ile mobil telefon aracılığıyla yaptığı görüşmelerin kayda alınmasının yasaklanmış olduğundan CMK'nın 136'ncı maddesindeki eksikliğin kısmen giderilmiş olduğu da ifade edilmektedir.⁷⁴⁶

CMK'nın 154'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre, şüpheli veya sanık vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir ve bu kişilerin müdafii ile yaptıkları

⁷⁴⁰ ŞAHİN/ GÖKTÜRK, s. 390.

⁷⁴¹ ÜNVER/ HAKERİ, s. 995- 996.

⁷⁴² YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 449.

⁷⁴³ ÜNVER/ HAKERİ, s. 995- 996.

⁷⁴⁴ CENTEL/ ZAFER, s. 505; YOKUŞ SEVÜK, s. 119.

⁷⁴⁵ CENTEL/ ZAFER, s. 505.

⁷⁴⁶ YOKUŞ SEVÜK, s. 119.

yazışmalar denetlenemez. Bu düzenleme gereğince, müdafî bizzat suçu işlemek ya da suça iştirak etmek şüphesi altında olmadığı sürece, müdafîin şüpheli veya sanık ile yaptığı görüşmeler hangi yolla gerçekleşirse gerçekleşsin, bu görüşmelerin dinlenemeyeceği ve kayda alınamayacağı öne sürülmektedir.⁷⁴⁷

CMK'nın 136'ncı maddesindeki yasağa rağmen 135'inci maddesinde düzenlenen tedbirlerin uygulanması durumunda, delil yasağı ihlal edilmiş ve hukuka aykırı delil elde edilmiş olacaktır.⁷⁴⁸ Buradaki ispat aracı değerlendirme yasağı⁷⁴⁹, hem CMK'nın 135'inci maddesinin uygulanması sonucu doğrudan hem de tesadüfen (CMK m. 138/2) elde edilen deliller açısından geçerli olacaktır.⁷⁵⁰

Müdafî hakkındaki iletişimin denetlenmesi yasağı, şüpheli ve sanığa isnat edilen suç dolayısıyla getirilmiş olup bizzat müdafînin şüpheli veya sanık olması durumunda CMK'nın 135'inci maddesinde belirtilen şekilde iletişimin denetlenmesi mümkün olacaktır.⁷⁵¹ Bu gerekçeden hareketle önleme amaçlı tedbirin uygulandığı dönemde şüpheli ve sanık tespit edilmiş olmadığından herkes için iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması mümkün olacaktır.⁷⁵²

CMK'nın 135'inci maddesi gereğince, telekomünikasyon yolu ile iletişimin denetlenebilmesi için soruşturma aşaması başlamış olmalıdır. Avukatların işledikleri görev suçları sebebi ile iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanabilmesi için CMK'nın 135'inci maddesindeki şartların gerçekleşmiş olmasının yanı sıra, Adalet Bakanlığı tarafından soruşturma izni de verilmiş olmalıdır (Av. K. m. 58/1).⁷⁵³

⁷⁴⁷ ÖZTÜRK/ EKER KAZANCI/ SOYER GÜLEÇ, s. 289.

⁷⁴⁸ ÜNVER/ HAKERİ, s. 996.

⁷⁴⁹ ÖZTÜRK/ EKER KAZANCI/ SOYER GÜLEÇ, s. 289.

⁷⁵⁰ ÜNVER/ HAKERİ, s. 996.

⁷⁵¹ ÖZTÜRK/ EKER KAZANCI/ SOYER GÜLEÇ, s. 290.

⁷⁵² ÖZTÜRK/ EKER KAZANCI/ SOYER GÜLEÇ, s. 290; YOKUŞ SEVÜK, s. 119.

⁷⁵³ BOZDAĞ, Ahmet/ KORKMAZ, Zeynep Büşra, *Avukatlara Tanınan Hukuki Ayrıcalıklar*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), s. 173.

D. Tutuklama

Şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilmesi için, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması gerekmektedir (AY. m. 19 ve CMK m. 100). Bu düzenlemeye göre, tutuklama kararı verilebilmesi için kanun koyucu şüphelinin kaçma, saklanma veya kaçacağı şüphesinin bulunması (CMK m. 100/2-a), sanık veya şüphelinin delilleri yok etme, gizleme, değiştirme ya da tanık, mağdur üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunması (CMK 100/2-b) şeklindeki tutuklama sebeplerini tek başına yeterli görmemiştir. Tutuklama kararı verilebilmesi için somut olgulara dayanarak gerekçelendirilen tutuklama sebeplerinin yanı sıra kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut deliller elde edilmiş olmalıdır.⁷⁵⁴

CMK'nın 170'inci maddesinin 2'inci fıkrası ile kamu davasının açılması için elde edilen delillerin yeterli şüphe oluşturmaya gerektiği öngörülmüştür. Oysa tutuklama kişi özgürlüğünü ortadan kaldıran bir tedbir olduğundan, kanun koyucu bu durumu gözeterek tutuklama kararı verilebilmesi için somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin varlığını aramıştır. Tutuklama kararı verilmesi durumunda zaman geçirmeden iddianame hazırlanmalıdır.⁷⁵⁵

Tutuklama için gerekli olan kuvvetli suç şüphesi oluşturacak delilleri soruşturma başlamadan ya da soruşturma sırasında ulaşılması durumunda, avukatların görev suçları ile ilgili özel soruşturma ve kovuşturma usulü hakkındaki hükümlerin (Av. K. m. 58-61) dikkate alınması gerekmektedir.⁷⁵⁶ Avukatlar hakkında görev suçları sebebi ile soruşturma (Av. K. m.58) ve kovuşturma (Av. K. m. 59) yapılabilmesi için Adalet Bakanlığı'nın izni gerekli olup, bu izinler verilmeden Cumhuriyet savcısının soruşturmaya başlaması, kamu davası açması mümkün değildir.⁷⁵⁷

⁷⁵⁴ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 358-359.

⁷⁵⁵ CENTEL/ ZAFER, s. 409.

⁷⁵⁶ MISIR, "Avukatın Görev Suçları", s. 67; GÖKCAN, s. 93.

⁷⁵⁷ Üçüncü Bölüm, I., II.

Av. K.'nın 58' inci maddesine göre yapılan soruşturmayla ait dosyanın Adalet Bakanlığı tarafından incelenmesi sonucunda kovuşturma yapılması gerekli görülürse dosya, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesine en yakın bulunan ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet savcılığına gönderilir (Av. K. m. 59/1). Cumhuriyet savcısı beş gün içinde, iddianamesini⁷⁵⁸ düzenleyerek dosyayı son soruşturmanın açılmasına veya açılmasına yer olmadığına karar verilmek üzere ağır ceza mahkemesine gönderir (Av. K. m. 59/2). Son soruşturmanın açılmasına karar verilmesi durumunda duruşmalar, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesinde yapılır (Av. K. m. 59/4).

Av. K.'nın 60'ıncı maddesinde, 59'uncu maddeye atıf yapılarak son soruşturmanın açılması kararı veren suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesine en yakın bulunan ağır ceza mahkemesi ve duruşmaların görüldüğü suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesinin tutuklama veya salıverme kararlarına karşı itiraz edilebileceği belirtilmiştir. Av. K.'nın 60'ıncı maddesinin bu açık ifadesi doğrultusunda, görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında işledikleri suçlar sebebiyle avukatlar hakkında tutuklama kararı ancak kovuşturma izni sonrasında verilebilir.⁷⁵⁹ Av.K.'nın 60'ıncı maddesinde “*ağır ceza mahkemesinin tutuklama veya salıverme kararı*” ifadesine yer verildiğinden, doktrinde bu kararların mahkeme heyeti tarafından verilmesi gerektiği öne sürülmektedir.⁷⁶⁰

Mahkemelerin tutuklama, salıverilme veya son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına ilişkin kararlarına Cumhuriyet savcısı veya sanık avukat tarafından genel hükümler uyarınca itiraz edilebilir (Av. K. m. 60/1). Tutuklama kararının, son soruşturmanın açılmasına karar veren mahkeme tarafından verilmesi durumunda, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesi dışında, kararı veren ağır ceza mahkemesine en yakın olan ağır ceza mahkemesine itiraz edilecektir (Av. K. m. 60/2). Duruşmaların görüldüğü, yani suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesi tarafından tutuklama kararı verilmesi halinde, Avukatlık Kanunu'nda itiraz mercii belirtilmemiştir. EREM/SAV, bu durumda son soruşturmanın açılması kararını vermiş olan ağır ceza mahkemesine itiraz edilebileceğinin kabulünün sakıncalı

⁷⁵⁸ Av.K.'nın 59'uncu maddesinde ifade edilen iddianamenin CMK 170. maddesinde belirtilen ve kamu davasını açma niteliği taşıyan iddianame değildir. (Üçüncü Bölüm, II., C).

⁷⁵⁹ EREM/ SAV, s. 269; MISIR, “*Avukatın Görev Suçları*”, s. 67-68; GÖKCAN, s. 93-94.

⁷⁶⁰ MISIR, “*Avukatın Görev Suçları*”, s. 68; GÖKCAN, s. 94.

olabileceğini savunmaktadırlar.⁷⁶¹ Av. K.'nın 60'ıncı maddesinde, tutuklama kararına itiraz ile ilgili olarak genel hükümlere atıf yapıldığından, CMK'nın 268'inci maddesinin 1'inci fıkrası gereğince ilgililerin kararı öğrendikleri tarihten itibaren yedi gün içinde itiraz etmeleri gerekmektedir.⁷⁶²



⁷⁶¹ EREM/ SAV, s. 269.

⁷⁶² GÖKCAN, s. 94.

SONUÇ

Adaletin sağlanması, yargının kurucu unsurlarından bağımsız savunmanın temsilcisi olan avukatın bağımsızlığı ile mümkündür. Bağımsızlık, avukatlık mesleğinin en önemli özelliğidir. Günümüzde, avukatın bağımsızlığı ilkesi de meslek hukuku ile ilgili diğer tüm kurallar da hukukun üstünlüğüne dayalı, demokratik, modern toplumlarca kabul görmüş ortak düzenlemelerdir.

25.11.2006 tarihli CCBE Genel Kurulu'nda kabul edilen Avrupa'da Avukatlık Mesleğine İlişkin Temel İlkeler Tüzüğü⁷⁶³ ile avukatın mesleki faaliyetine saygı göstermek, demokrasi ve hukukun üstünlüğünün varlığı için zorunlu şart olarak öngörülmüş ve avukatlık mesleği ile ilgili tüm Avrupa'da geçerli on ilke belirlenmiştir. Bu ilkeler, “a) Avukatın, müvekkilin davasını takip etmesi ve yürütmesi için gereken, bağımsızlığı ve özgürlüğü; b) Avukatın, müvekkilinin davasını gizli tutma hak ve görevi ile meslek sırrı kavramına uyma ve saygı; c) İki ayrı müvekkil arasındaki veya müvekkille avukat arasında ki çıkar çatışmalarından kaçınma; d) Avukatlık mesleğinin itibar ve onuru ile avukatın kişisel dürüstlük ve saygınlığı; e) Müvekkile sadakat; f) Ücretlerle ilgili olarak müvekkillere adil davranmak; g) Avukatın mesleki kabiliyet ve yeterliliği; h) Meslektaşlar arası saygı; i) Hukukun üstünlüğüne ve yargının adil yönetimine saygı; ve j) Avukatlık mesleğinin kendi kendini denetlemesi” olarak sıralanmış ve bu ilkelere saygının, demokrasilerde mevcut bütün temel hakların esasını oluşturan savunma hakkının gereği olduğu vurgulanmıştır.

Tüzüğe ilişkin şerhte, avukatın görevini yapabilmesi için gerek siyasi, gerek ekonomik ve gerekse fikri anlamda özgür olması gerekliliği, “Avukat devletten ve diğer güçlü otorite kaynaklarından bağımsız olmalı ve bu bağımsızlıktan kendi iş ortaklarının uygunsuz baskısı ile ödün vermemelidir. Avukat, mahkemelerin ve

⁷⁶³<http://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/CCBE_avukatlik_meslek_kurallari.pdf>, Erişim tarihi: 05.01.2020.

üçüncü şahısların güvenini kazanmak istiyorsa, kendi müvekkilinden de bağımsız olmalıdır. Şöyle ki; müvekkilinden bağımsız olmayan bir avukat işin kalitesini garanti edemez.” şeklinde açıklanmıştır.

Avukatlık mesleğinin diğer özelliklerine gelince, Av. K.’nın 1’inci maddesine göre avukatlık mesleği kamu hizmeti ve serbest meslektir. TCK’nın 6’ncı maddesinin 1’inci fıkrasının c bendi ile kamu hizmeti gören kişilerin kamu görevlisi kabul edilmesi ve aynı fıkranın d bendinde avukatın “*yargı görevi yapan*” kişi olarak tanımlanması sebebi ile ülkemizde avukatlar ceza hukuku anlamında kamu görevlisi kabul edilmiştir. Avukatların kamu görevlisi olduklarına dair bu düzenleme, TCK’nın 279’uncu maddesinde düzenlenen kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunun, sır saklama mesleki yükümlülüğü olan avukatlar hakkında uygulanması gibi kabul edilmesi mümkün olmayan bir sonucun doğmasına sebep olmaktadır. Zira TCK’nın 279’uncu maddesinin avukat hakkında uygulanabileceğini savunmak, avukatı müvekkilini ihbar etmeye zorlamak ile eş anlamlıdır. Ayrıca TCK’nın 279’uncu maddesinin avukatlar için uygulanması, göreve ilişkin sırrın açıklanması suçunu düzenleyen TCK’nın 258’inci maddesinin ihlali sonucunu doğuracaktır. Bu sebeple doktrinde genel bir düzenleme ile avukatların kamu görevlisi olduğunun ifade edilmesi yerine, meslek ilke ve kurallarının dikkate alınması ve avukatlar hakkında uygulanması gereken hükümlerin Av. K.’nın 62’nci maddesinde olduğu gibi tek tek tespit edilmesi önerilmektedir. Bu şekilde yapılacak düzenleme avukatlık mesleğinin özellikleri ve meslek kurallarına daha uygun olacağından ve avukatların memurlar ile eş tutulmasını önleyeceğinden kanaatimizce de yerinde olacaktır. Bu noktada belirtmek gerekir ki avukat, TCK’nın 6’ncı maddesi ile kamu görevlisi olarak tanımlanmış ise de kamuda çalışan avukatlar dışında serbest çalışan avukatların idare ile kamusal anlamda istihdam ilişkisi mevcut olmadığından, idare hukuku anlamında kamu görevlisi olarak kabul edilmeleri mümkün değildir.

Avukatlık mesleğinin bağımsızlık niteliğinin gereği olarak Av.K’nın 58 – 61’inci maddelerinde avukatların görevleri sırasında ve görevlerinden doğan suçlar ile ilgili özel soruşturma ve kovuşturma usulü düzenlenmiştir. Avukatlar müvekkillerinin, çözmeyi üstlendikleri uyuşmazlıkların taraflarının, görevleri sebebi ile muhatap oldukları adli makam ve mercilerin haksız ve asılsız suçlamalarına uğrayabileceklerinden bu özel soruşturma ve kovuşturma usulü ile avukatlara dokunulmazlık sağlanmakta ve bağımsızlıkları koruma altına alınmaktadır.

Av. K.'nın 58'inci maddesine 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*” başlayacaktır. Bu düzenleme gereğince suç işlendiğine ilişkin ihbar, şikâyet veya suç unsuru taşıyan eylemin gerçekleştiğinin kolluk veya savcılık tarafından öğrenilmesi üzerine derhal ceza soruşturmasına başlanamaz. Hazırlık niteliğinde inceleme olarak isimlendirilen bu dönemde Cumhuriyet savcılığı, soruşturma izni verilmesine gerek olup olmadığı hususunu açıklığa kavuşturacak şekilde araştırma yaparak elde edilen bilgi ve belgeleri fezlekeye eklemeli, fezlekenin sonuç kısmına soruşturma izni verilip verilmeme konusundaki düşüncesini belirtmelidir. Adalet Bakanlığınca, Cumhuriyet savcılığının yaptığı bu inceleme sonucunda elde edilen bilgi ve belgelerden suç işlenmediği veya suçun oluşmadığının açıkça anlaşılması halinde soruşturma izni verilmemekte, suç işlendiği kanısını oluşturacak delillerin bulunması durumunda soruşturma izni verilmektedir. İzin verilmesi halinde soruşturma süreci başlamaktadır. Cumhuriyet savcılığı tarafından soruşturma tamamlandıktan sonra, Av. K.'nın 59'uncu maddesi gereğince, kovuşturma aşamasına geçilebilmesi için Adalet Bakanlığı'ndan kovuşturma izni alınması gerekmektedir.

Adalet Bakanlığı'nın soruşturma veya kovuşturma izni verilmesi kararları ve soruşturma veya kovuşturma izni verilmemesi yönündeki kararlarının idari işlem olup olmadığı, bu kararlar ile ilgili olarak idari yargı yoluna başvurulup başvurulmayacağı hususundaki Danıştay uygulamasına dikkat edilmesi gerekmektedir. Danıştay, soruşturma ve kovuşturma izni verilmemesine ilişkin kararların “*idarenin takdir hakkını kullandığı, kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlemlerden olduğunu*” belirtmekte ve bu kararların iptal davasına konu edilebileceğini kabul etmektedir. Bu noktada bir sorun bulunmamaktadır.

Ancak, Danıştay, soruşturma ve kovuşturma izni verilmesi yönündeki kararlara karşı açılan iptal davalarını, bu işlemlerin idari faaliyet dışında oldukları, ceza yargılamasına yönelik adli prosedüre geçilmesini sağladıkları ve dolayısıyla ceza yargılamasına ilişkin olmaları sebebiyle idari davaya konu edilemeyecekleri gerekçesine dayanarak reddetmektedir. Danıştay içtihatlarında, ayrıca Av. K. gereğince soruşturma izninin Cumhuriyet savcılığınca irdeleneceğini, kovuşturma izninin ise hem Cumhuriyet savcılığı hem de son soruşturmanın açılıp açılmaması

kararını verecek ağır ceza mahkemesince inceleneceğini böylece ceza yargısına yönelik idari iznin yargısal denetiminin de yapılmış olacağını belirtilmektedir.

Yüksek Mahkeme'nin bu görüşünün, avukat bağımsızlığının çok ciddi zarar görmesine sebep olduğu, hatta Av. K.'da düzenlenen özel soruşturma ve kovuşturma usulünün anlamsızlaşmasına yol açtığını düşünmekteyiz. Adalet Bakanlığı'nın soruşturma izni verilmesi yönündeki kararları, Cumhuriyet savcılığının soruşturma öncesi dönemde yapmış olduğu araştırmaya dayanmaktadır. Diğer bir ifade ile Cumhuriyet savcılığının şikâyet konusu olay ile ilgili olarak yaptığı inceleme soruşturma izni verilmesine dair kararın sebebini oluşturmaktadır. Adalet Bakanlığı, Cumhuriyet savcılığının soruşturma öncesi dönemde yaptığı araştırma sonucunda hazırladığı fezleke ve fezlekeye ekli bilgi, belgeler ile fezlekenin sonuç kısmında yer alan görüşünü incelemekte ve takdir yetkisini kullanarak bir karar vermektedir. Bu karar takdir yetkisine dayanan idari işlemdir. Bu idari işlemin, ceza yargılaması ile ilgili olduğu gerekçesine dayanarak hukuki denetim dışında bırakılması sakıncalı sonuçlara sebep olabilecektir.

Cumhuriyet savcılığınca hazırlanan fezleke ve eklerinden, suçun oluşmadığı hususunun anlaşılabilir olması durumunda, Adalet Bakanlığınca soruşturma izni verilmemesi gerekmektedir. Buna rağmen, avukat hakkında soruşturma izni verilmesi, hukuka aykırı bir işlem olacaktır. İdari yargı denetimi dışında tutulan bu hukuka aykırı izin verme kararına dayanarak avukat hakkında soruşturma başlatılacak ve avukat haksız yere şüpheli konumuna getirilecek, sorguya çekilecek, hakkında arama, elkoyma ve iletişimin denetlenmesi tedbirlerine başvurulabilecektir. Danıştay'ın *“soruşturma izninin Cumhuriyet savcılığınca irdelendiği ve bu şekilde denetiminin sağlandığı”* şeklindeki görüşünün kabul edilmesi halinde, avukatların bağımsızlığının korunması için Av. K.'nın 58 – 61'inci maddeleri ile oluşturulan kalkan etkisiz hale getirilmiş olacaktır. Soruşturma ve kovuşturma izni verilmesine ilişkin kararlar ile ilgili olarak idari yargı yolunun kabul edilmesi hukuk dışı, haksız ve keyfi kararlar ile avukat dokunulmazlığının ihlal edilmesini önleyecektir.

KAYNAKÇA

ADAY, Nejat, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, (İstanbul: Beta Basım, 1994).

AKBULUT, Berrin/ AKSAN, Murat, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019).

AKGÜL, Ahmet, “Avukatlık Mesleğinin Kamu Hizmeti Niteliği”, Hukuk Kurultayı 2004, (Ankara, 6-10 Ocak 2004).

AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku, (İstanbul: Der Yayınları, 2021).

AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017).

AKYİĞİT, Ercan, Toplu İş Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2020).

ALABAY, A. Rifat, “Müdafaa Masuniyeti”, Adliye Ceridesi, (S.11, 1938).

ALAN AKCAN, Esra, “Soruşturma Evresinde Mağdurun Hakları ve Yükümlülükleri”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (C.2, S.2, 2015).

ALDEMİR, Hüsnü, Uygulamada Avukatlık Hukuku, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018).

ARAI, Yutaka, “Madde 10: İfade Özgürlüğü”, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Ed. HARRIS, David / O’BOYLE, Micheal / BATES, Ed / BUCKLEY, Carla, (Ankara: Şen Matbaa, Avrupa Konseyi, 2013).

ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel, Medeni Usul Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018).

ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2010).

ASLAN, Ali Çetin, “Avukatlık Tekeline Genel Bir Bakış”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2014, C:16).

AŞKIN, Uğur/ TOPUZ, Veysel/ BİLGE, Burak, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020).

AYDIN, Devrim, “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, (2013, C: 19, S: 2).

AYDOĞDU, Murat/ KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019).

BAYRAKTAR, Köksal, “Adalet Sisteminde Avukatın Rolü”, İstanbul Barosu Dergisi, (C.89, S.1, Ocak-Şubat 2015).

BIÇAK, Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018).

BOZDAĞ, Ahmet/ KORKMAZ, Zeynep Büşra, Avukatlara Tanınan Hukuki Ayrıcalıklar, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021).

CENTEL BAŞAR, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1984).

CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, (İstanbul: Beta Basım, 2020).

ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019).

ÇELİK, İsa, Nitelikleri, Hak ve Yükümlülükleri Kapsamında Avukatlık Suçları, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020).

ÇİNE, Özcan, Uygulamada Soru ve Cevaplarla Avukatlık Hukuku, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014).

DEĞİRMENCİ, Olgun, Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020).

DEMİR KOŞAR, G. Ceren, Yaşam Hakkı ile İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Kapsamında Kamu Görevlileri Hakkında Soruşturma İzni İşlemleri, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019).

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019)

DEMREN DÖNMEZ, Burcu, “Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisi Kavramı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (S. 94, 2001).

DONAY, Süheyl, “Kamu Özgürlüklerinin Korunmasında Avukatın Rolü”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, (1977, C: 43, S :1-4).

DÖNMEZ, Burcu, “Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, (C: 19, Özel Sayı, 2017).

DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (İstanbul: Beta Basım, 1995).

DURAN, Lutfi, İdare Hukuku Ders Notları, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982).

EKİCİ ŞAHİN, Meral/ YEMENİCİ, Kürşat, “6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (C. 13, S. 1, Nisan 2018).

ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser, “Rüşvet Suçunda Fail Kavramının Kazandığı Yeni Boyut”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (C. 16, S. 2- 1, Y. 2017).

ERDOĞAN, Mehmet Şirin, “Avukatlıkta Tekel Hakkı”, Hukuk Kurultayı 2004, (Ankara, 6-10 Ocak 2004).

EREM, Faruk, “Avukatın İşi Reddetme Hakkı”, İstanbul Barosu Başkanlığı Sempozyum- Demokratikleşme İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği (Sorunlar – Çözüm Perspektifleri), (İstanbul: Melisa Matbaacılık, İstanbul Barosu Yayınları, 1996).

EREM, Faruk, “Avukatlar Hakkında Soruşturma İzni”, Ankara Barosu Dergisi, (1977, S:2).

EREM, Faruk, “Anayasa ve Savunma Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, (1963, S:2).

EREM, Faruk, “Eski Yunan’da ve Roma’da Avukatlık”, Ankara Barosu Dergisi, (S.5, 1976).

EREM Faruk, “Meslek Kuralları”, (Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2007).

EREM, Faruk, “Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi”, Ankara Barosu Dergisi, (S.2, 1990).

EREM, Faruk / SAV Attila, “Avukatlar Hakkında Özel Soruşturma ve Kuvuşturma”, Ankara Barosu Dergisi, (S.2, 1970).

EREN, Abdurrahman, Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar- Türk Anayasa Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2020).

ERİŞ, Uğur, “Savunma Dokunulmazlığı Zorunluluğu, Hukuksal Niteliği”, Ankara Barosu Dergisi, (1978, S:6).

ERKUT, Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, (Ankara: Danıştay Yayınları, 2015).

ERTÜRK, Cahide Sultan, Türk Hukukunda Kamu Avukatlığı ve Bağlı Avukatlık, (Yüksek Lisans Tezi, 2010).

ERMAN, Sahir, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, (C: 2, S. 3, 1947).

GÖKCAN, Hasan Tahsin, Açıklamalı Avukatlık Yasası, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012).

GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması), (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017).

GÖKTAŞ, Seracettin/ YILMAZ, Gökhan, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021).

GÖZE, Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, (İstanbul: Beta Basım, 2017).

GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I, (Bursa: Ekin Basım, 2020).

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Cilt: I - II, (Bursa: Ekin Basım, 2019).

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt: I - II, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019).

GÜLAN, Aydın, “Kamu Hizmeti Kavramı”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, (C:9, S:1-3, 1988).

GÜLŞEN, Recep, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Arama”, s.5, < www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/139.doc>.

GÜNAY, Erhan, Avukatlar Hakkında Suç ve Disiplin Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017).

GÜNAY, Erhan, *Uygulamada Hakim Savcı Avukatlar ile Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1997).

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, (Ankara: İmaj Kitabevi, 2017).

GÜNER, Semih, Avukatlık Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015).

HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, (S.1, 1994).

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019).

İYİMAYA, Ahmet, “Avukatlık Tekeli”, Hukuk Kurultayı 2004, (Ankara, 6-10 Ocak 2004).

KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2020).

KALABALIK, Halil, İdare Hukuku Dersleri Cilt- I- II, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019).

KARAHANOĞULLARI, Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), (Ankara: Turhan Kitabevi, 2002).

KAYA, Asım, Cumhuriyet Savcısının Etkin Soruşturma Yapma Görevi, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020).

KESKİN KİZİROĞLU, Serap, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2009, C:58, S:1).

KİTAPÇIOĞLU, Tülay, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Soruşturmanın Sonuçlandırılması, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2014).

KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020).

KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019).

KOCAOĞLU, Serhat Sinan, Müdafî, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017).

KOCAOĞLU, Serhat Sinan, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, Ankara Barosu Dergisi, (2012, S:1).

KORKUSUZ, M. Refik/ KORKUSUZ, M. Halit, Avukatlık Hukukuna Giriş, (Bursa: Ekin Basım, 2016).

KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978).

KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, (İstanbul: Legal Yayınevi, 2016).

MAHMUTOĞLU, Fatih/ TALAS Serdar, “Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi”, İstanbul Barosu Dergisi, (Ceza Hukuku - Özel Sayı-Ocak 2007).

MISIR, Mehmet Haşim, Avukatın Görev Suçları, (Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2018).

MISIR, Mehmet Haşim, Avukatlık Disiplin Hukuku, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008).

MÜDERRİSOĞLU, Feridun, Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar, (Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1974).

ORHAN, Uğur, “Avukat Bürolarının Aranması”, Terazi Hukuk Dergisi, (2020, Şubat, C:15, S:162).

ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, (İstanbul: Alfa Yayınları, 2002).

ÖZAY, İl Han, “İstanbul Barosu Başkanlığı Sempozyum 7’inci Oturum Konuşması”, Demokratikleşme İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği (Sorunlar – Çözüm Perspektifleri), (İstanbul: Melisa Matbaacılık, İstanbul Barosu Yayınları, 1996).

ÖZBEK, Veli Özer/ BACAKSIZ, Pınar, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, Ceza Hukuku Dergisi, (Eylül 2006, C:1, S:1).

ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020).

ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020).

ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020).

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020).

ÖZELÇİ, M. Aytaç/ ALTINOK ÇALIŞKAN, Elif, “İmar Planlarına Karşı İtiraz ve Dava Açma Süresi Yönünden Güncel Karar Analizi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (Ocak-Şubat 2016, C: 15, S:1-2).

ÖZEN, Atilla, Avukatlık Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019).

ÖZEN, Muharrem, “Savunma Dokunulmazlığı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (Temmuz 1992, C:4, S: 3).

ÖZEN, Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019).

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020).

ÖZKENT, Ali Haydar, Avukatın Kitabı, (İstanbul: Ufuk Matbaası, Tıpkı Basım, 2002).

ÖZTÜRK, Bahri/ EKER KAZANCI, Behiye/ SOYER GÜLEÇ, Sesim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019).

ÖZTÜRK, Bahri/ TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ SIRMA GEZER, Özge/ SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ ALAN AKCAN, Esra/ ÖZAYDIN, Özdem/ ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser/ ALTINOK VILLEMIN, Derya/ TOK, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020).

ÖZTÜRK, Şerif Ahmet, “Kolluğun Gözaltı Yetkisi”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2020, C: 5, S: 1-2).

PAYEN, Fernand, Baro (Sanat ve Vazife), çev. ÖZKENT, Ali Haydar, (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2011).

RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992).

ROUSSELET, Marcel, Adalet Tarihi, çev. CEMGİL, Adnan, (İstanbul: Remzi Kitabevi, 1963).

SAĞLAM, Fazıl, “Anayasa Hukuku Perspektifi İle Ağır Cezayı Gerektiren Suçüstü Hali Kavramı Üzerine Bir Deneme”, Anayasa Hukuku Dergisi, (2019, C:8, S:15).

SAKARYA, Aytekin (Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürü), “Avukatın Cezai Sorumluluğu Hakkındaki Konuşması”, Hukuk Kurultayı 2016, (Ankara, 13-16 Ocak 2016).

SANCAKDAR, Oğuz/ ÖNÜT, Lale Burcu/ US DOĞAN, Eser/ KASAPOĞLU TURHAN, Mine/ SEYHAN, Serkan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020).

SAYMAN, Yücel, “Avukat, Nereden? Avukat Bağımsız, Neden?”, Günışığı Aylık Hukuk Dergisi, (S.1, Mart 2003).

SELÇUK, Sami, “Kamu Görevlilerinin Yargılanması”, *Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan*, ed. YENİSEY, Feridun / ÖZGENÇ, İzzet / NUHOĞLU, Ayşe / SÖZÜER, Adem / TURHAN, Faruk, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018).

SEROZAN, Rona/ ENGİN, Baki İlkay, Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019).

SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, (İzmir: Barış Yayınları, Fakülteler Kitabevi, 2013).

ŞAHİN, Cumhur/ GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020).

ŞEN, Ersan, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, Ankara Barosu Dergisi, (2013, S :2).

ŞEN, Ersan, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, Ceza Hukuku Dergisi, (Ağustos 2007, C: 2, S: 4).

TALAY, Şenol, “Bağımsız Avukatlık”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (S.54, Eylül- Ekim 2004).

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010).

TANJU, Fahrettin, Avukatlık ve Vekalet, (Adana: Demokrat Matbaa, 1954).

TANÖR, Bülent, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, (İstanbul: BDS Yayınları, 3. Baskı, Yön Matbaası, 1994).

TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, (İstanbul: Beta Basım, 2020).

TANRIVER, Süha, Medeni Usul Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018).

TARHAN, R. Bülent, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Soruşturulması Usulleri, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018).

TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz / ÖNOK, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018).

TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018).

TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), (İstanbul: Beta Basım, Yirminci Baskı'dan Tıpkı Yirmidördüncü Baskı, 2020).

TOPRAK, Musa (Yayına Hazırlayan), Anayasa Mahkemesi Kararlarında Avukatlık (I. Cilt), (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015).

TOPUZ, İbrahim, Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Soruşturma ve Yargılama Usûlleri, (Ankara: Mahalli İdareler Derneği Yayını, 2005).

TOROSLU, Nevzat/ FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2019).

TOSUN, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Genel Kısım, (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1971).

UYGUN, Oktay, Devlet Teorisi, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017).

ÜNVER, Yener/ HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 3, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019).

ÜNVER, Yener, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK'de Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019).

ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, (İstanbul: ALFA Basım, 1997).

ÜZÜLMEZ, İlhan, “Hakaret Suçu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, (Nisan 2010, C:5, S:12).

YAŞAR, Osman, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu II. Cilt, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020).

YENİDÜNYA, Ahmet Caner/ ALŞAHİN, Mehmet Emin, “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (Ocak-Şubat 2007, S: 68).

YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019).

YERDELEN, Erdal/ ÖZBEK, Mustafa Serdar/ ALTUNTAŞ, Şeyda/ BOZ, Burak/ ERDEM, Dilek Özge/ YILMAZ, Berna Ayşen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018).

YILMAZ, Ejder, “Bir Meslek Olarak Düünden Yarına Doğru Avukatlık”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (1995, C:44, S:1).

YILMAZ, Ejder, “Kamuda Çalışan Avukatlar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (C: 57, S:3,2008).

YILMAZ, Yeşim, “Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (2016, Mayıs-Haziran, S:124).

YOKUŞ SEVÜK, Handan, “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (C. 20, S. 69, Mart 2007).

YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019).

YURTCAN, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Hakaret Suçları, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019).

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

adaletdergisi.adalet.gov.tr
alternatifcozumler.adalet.gov.tr
anayasader.org
anayasa.gov.tr
ankarabarusu.org.tr
ceza-bb.adalet.gov.tr
cigm.adalet.gov.tr
cimer.gov.tr
barobirlik.org.tr
d.barobirlik.org.tr
dergiler.ankara.edu.tr
dergipark.org.tr
hudoc.echr.coe.int
istanbulbarosu.org.tr
jurix.com.tr
kazanci.com.tr
legalbank.net
lexpera.com.tr
resmigazete.gov.tr
tez.yok.gov.tr
tbbdergisi.barobirlik.org.tr
tbmm.gov.tr