

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

AVUKATLAR HAKKINDA ARAMA VE ELKOYMA

YÜKSEK LİSANS TEZİ
DİCLE ERDOĞMUŞ TIĞLI
1900005008

Anabilim Dalı: Kamu Hukuku

Programı: Kamu Hukuku

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Efser ERDEN TÜTÜNCÜ

Haziran 2021

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

AVUKATLAR HAKKINDA ARAMA VE ELKOYMA

YÜKSEK LİSANS TEZİ
DİCLE ERDOĞMUŞ TIĞLI
1900005008

Anabilim Dalı: Kamu Hukuku

Programı: Kamu Hukuku

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Efser ERDEN TÜTÜNCÜ
Jüri Üyeleri: Dr. Öğr. Üyesi Yasemin Filiz SAYGILAR KIRIT
Dr. Öğr. Üyesi Hakan KAŞKA

Haziran 2021

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	V
KISALTMALAR	Vi
ÖZET.....	viii
ABSTRACT	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA MUHAKEMESİ İŞLEMLERİNDEN ARAMA VE ELKOYMA TEDBİRLERİNİN AVUKATLAR HAKKINDA ÖZEL OLARAK DÜZENLENME SEBEPLERİ

I. GENEL OLARAK	3
II. AVUKATLARIN BAĞIMSIZ OLMASI.....	12
III. AVUKATLARIN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	20
IV. SAVUNMA HAKKININ KORUNMASI.....	25

İKİNCİ BÖLÜM

ARAMA TEDBİRİ VE AVUKATLAR HAKKINDA UYGULANMASI

I. GENEL OLARAK	29
II. ARAMANIN TÜRLERİ.....	32
A. ÖNLEME ARAMASI.....	32
B. ADLİ ARAMA.....	39
1. Hukuki Niteliği	40
2. Aramanın Amacı	41
3. Adli Aramanın Şartları	42
a. Makul Şüphenin Varlığı	42

b. Yetkili Mercî Tarafından Verilmiş Arama Kararının veya Arama Emrinin Bulunması.....	44
c. Arama Tutanağı Düzenlenmesi	49
d. Aramanın Yapılacağı Zaman Bakımından Şartlar	49
e. Aramaya Maruz Kalan Kişiler Açısından Şartlar	51
i. Sanık veya Şüpheli Hakkında Arama	51
ii. Diğer Kişiler Hakkında Arama	52
f. Arama Yapılacak Yer Açısından Şartlar.....	53
i. Üst Araması	53
ii. Eşyada Arama	54
iii. Konutta ve Eklentilerinde Arama	55
iv. İşyeri ve Eklentilerinde Arama.....	57
v. Araçta Arama.....	57
4. Aramanın İcrası ile Aramada Hazır Bulunabilecek Kişiler ve Arama Tanıkları	58
C. ARAMA TEDBİRİNİN AVUKATLAR HAKKINDA UYGULANMASI.....	61
1. Avukatların Üstünün Aranması	62
2. Avukatların Bürolarının Aranması.....	73
3. Avukatların Konutlarının Aranması	81
D. ARAMA İŞLEMİNİN DENETİMİ	83
E. HUKUKA AYKIRI ARAMA VE TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ	85

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ELKOYMA TEDBİRİ VE AVUKATLAR HAKKINDA UYGULANMASI

I. GENEL OLARAK	89
II. HUKUKİ NİTELİĞİ VE AMACI.....	93
III. ELKOYMANIN TÜRLERİ	95
A. BASİT ELKOYMA.....	96
1. Basit Elkoymanın Şartları.....	99
a. Kişi Bakımından.....	99
b. Şüphe Bakımından	100
c. Suç Bakımından	101

d.	Elkoyma Kararı veya Elkoyma Emrinin Varlığı	101
2.	Elkoyma Tedbirinin İcrası	104
3.	Elkonulan Eşyanın Muhafazası veya Elden Çıkarılması	107
4.	Sona Ermesi	109
5.	Elkonulamayacak Eşya	110
B.	POSTADA ELKOYMA	111
C.	TAŞINMAZLARA, HAK VE ALACAKLARA ELKOYMA	117
1.	Koşulları	118
a.	Şüphe Bakımından	118
b.	Kişi Bakımından	119
c.	Suç Bakımından	119
d.	Konu Bakımından	121
e.	Tedbire Karar Vermeye Yetkili Olan Merci Bakımından	122
2.	Tedbirin Uygulanması	124
D.	ŞİRKET YÖNETİMİNE KAYYIM ATANMASI	124
1.	Koşulları	127
a.	Kişi Bakımından	127
b.	Şüphe Bakımından	127
c.	Suç Bakımından	127
d.	Maddi Gerçeğin Ortaya Çıkarılması İçin Gerekli Olması	129
e.	Karar Vermeye Yetkili Merci Bakımından	129
2.	Tedbirin Uygulanması	130
E.	BİLGİSAYARLARDA, BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA VE KÜTÜKLERİNDE ARAMA, KOPYALAMA, ELKOYMA	131
F.	ZORLAMA AMAÇLI ELKOYMA	142
G.	ELKOYMA TEDBİRİNİN AVUKATLAR HAKKINDA UYGULANMASI	145
1.	Avukatların Bürolarında Elkoyma	146
2.	Avukatların Postasında Elkoyma	148
IV.	ELKOYMA KORUMA TEDBİRİNİN DENETİMİ	149
V.	HUKUKA AYKIRI ELKOYMA VE TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ ..	151

VI. AVUKATLARA YÖNELİK UYGULANAN ARAMA VE ELKOYMA TEDBİRLERİNİN HUKUKİ DENETİMİ İLE TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	154
SONUÇ.....	157
KAYNAKÇA	164



ÖNSÖZ

Tez çalışmamda her türlü desteği için tez danışmanım saygıdeğer hocam Dr. Öğr. Üyesi Efser ERDEN TÜTÜNCÜ'ye, tez jürimde bulunma inceliğini göstererek ve önerilerde bulunarak tezime katkıda bulunan saygıdeğer hocalarım Dr. Öğr. Üyesi Yasemin Filiz SAYGILAR KIRIT'a ve Dr. Öğr. Üyesi Hakan KAŞKA'ya teşekkürlerimi sunarım.

Dicle ERDOĞMUŞ TIĞLI

Haziran, 2021

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK	: Avukatlık Kanunu
Akt.	: Aktaran
AÖAY	: Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CCBE	: Council of Bars and Law Societies of Europe
CD	: Ceza Dairesi
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Çev.	: Çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
Ed.	: Editör
f.	: Fıkra
GVK	: Gelir Vergisi Kanunu

HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
m.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
No.	: Numara
PVSK	: Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
s.	: Sayfa
Sa.	: Sayı
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Yar.	: Yargıtay
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

ÖZET

Tez çalışmamızda, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda birinci kitap, dördüncü kısımda, koruma tedbirleri başlığı altında düzenlenen arama ve elkoyma tedbirleri ile avukatlar hakkında arama ve elkoyma tedbirinin uygulanması ele alınmıştır. Avukatlar hakkında arama ve elkoyma tedbirlerinin özel olarak düzenlenmesinin sebeplerinden sır saklama yükümlülüğü, avukatların bağımsızlığı, savunma hakkının korunmasına değinilmiş olup, bu kapsamda avukatların üstünün, konutlarının aranması ile bürolarında arama ve elkoyma, avukatın postasında elkoyma işlemi incelenmiştir.

Çalışmamızın birinci bölümünde; avukatların kamu görevlisi olup olmadığı konusuna değinilerek, ceza muhakemesi işlemlerinden arama ve elkoyma tedbirlerinin avukatlar hakkında özel olarak düzenlenmesinin sebepleri incelenmiştir.

İkinci bölümde; arama tedbiri, tedbirin avukatlar hakkında uygulanması, tedbirin denetimi ve hukuka aykırı olan arama işlemi ile bu durumdan kaynaklanan Devletin tazminat yükümlülüğü incelenmiştir.

Üçüncü bölümde; elkoyma tedbiri, tedbirin avukatlar hakkında uygulanması, tedbirin denetimi ve hukuka aykırı olan elkoyma işlemi ile bu durumdan kaynaklanan Devletin tazminat yükümlülüğü, avukatlar hakkında uygulanan arama ve elkoyma tedbirlerinin hukuki denetimi ile Devletin tazminat yükümlülüğü incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Avukatların bağımsızlığı, sır saklama yükümlülüğü, savunma hakkının korunması, arama, elkoyma, üst araması, büro araması, konut araması.

ABSTRACT

This thesis examines the measures of judicial search and seizure, and the execution of these measures in cases pertaining to lawyers, which have been regulated under the category of protection measures in the forth section of the first volume of the Turkish Criminal Procedure Code (Act No. 5271). In this regard, the principles of the lawyers' confidentiality obligation, the lawyers' autonomy, the protection of the right of defense are discussed as underlying reasons behind the specificity of the search and seizure measures pertaining to lawyers, and the practices of body search, search in the dwellings and search and seizure in the business places, seizure at the post office or during postal processes are examined.

The first chapter of the thesis concentrates on the question of whether lawyers are to be considered to be public servants or not, and elaborates on the subsequent discussion on the underlying rationale of the particularity of the search and seizure measures pertaining to lawyers.

The second chapter of the thesis elaborates on the measure of search and its execution in cases pertaining to lawyers, while also examining the mechanisms of its legal oversight, the cases of its unlawful execution and the state's obligation for compensation stemming from the unlawful execution of search measures.

The third chapter of the thesis elaborates on the measure of seizure and its execution in cases pertaining to lawyers, the mechanisms of its legal oversight, the cases of its unlawful execution and the state's obligation for compensation stemming from the unlawful execution of seizure measures, while also examining the mechanisms of the legal oversight of the execution of the measures of search and seizure in cases pertaining to lawyers and the state's obligation for compensation.

Keywords: Lawyer's autonomy, confidentiality obligation of the lawyers, protection of the right of defense, search, seizure, body search, search in the business places, search in the dwellings.

GİRİŞ

Avukatlık mesleğinin başlangıç tarihi tam olarak tespit edilememişse de mevcut kayıtlara göre başlangıcının antik Yunan'a, oradan da Roma'ya kadar gittiği söylenmektedir¹. Avukat kelimesi Yunancada "*advo catus*" kelimesinden türetilmiş olup "*üstün, ayrıcalıklı ve güzel konuşan*" anlamına gelmektedir². TDK'ye göre ise avukat; "*hak ve yasa işlerinde isteyenlere yol göstermeyi, mahkemelerde, devlet dairelerinde başkalarının hakkını aramayı, korumayı meslek edinen ve bunun için yasanın gerektirdiği şartları taşıyan kimse*" anlamına gelmektedir³. Tarih boyunca onurlu ve kutsal bir meslek olarak görülen avukatlık serbest bir meslek olup aynı zamanda kamu hizmeti niteliğindedir. Avukat, yargının üç kurucu unsurundan bağımsız savunmayı serbest bir şekilde temsil eden kişidir⁴.

Avukatların bağımsız savunmayı serbest bir şekilde temsil edebilmeleri, bağımsız olarak hareket edebilmelerine bağlıdır. Avukatlar hakkında yapılacak olan ceza muhakemesi işlemlerinden arama ve elkoyma tedbirleri, ilgili mevzuatta özel olarak düzenlenmiştir. Bunun sebebi savunma hakkının korunması, avukatın sır saklama yükümlülüğünün bulunması, avukatın mesleğini yaparken bağımsız olması gerektiğidir⁵.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun koruma tedbirleri başlığı altında düzenlenen arama ve elkoyma; temel hak ve özgürlüklerden özellikle kişinin özel hayatına, konut dokunulmazlığına, vücut dokunulmazlığına, haberleşme özgürlüğüne müdahale edebilen koruma tedbirleridir⁶. Avukatlar hakkında yapılacak olan arama ve elkoyma tedbirlerinde ise; bu hak ve özgürlüklerin yanı sıra hak arama özgürlüğü ve

¹ Vedat Ahsen **COŞAR**, "Avukatlık Mesleğinin ve Baroların Tarihsel Gelişimi", Ankara Barosu Dergisi, 2018, Sa. 4, s. 225.

² **COŞAR**, s. 225.

³ < <https://sozluk.gov.tr/> > (Erişim Tarihi: 14/05/2021).

⁴ **AK m. 1/2** "Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder."

⁵ Cengiz Ozan **ÖRS**, "Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma", TBBD, 2016, Sa. 123, s. 103-104.

⁶ Serkan **CENGİZ**, Fahrettin **DEMİRAG**, Teoman **ERGÜL**, Jeremy **MCBRIDE**, Durmuş **TEZCAN**, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*. (Ankara: TBB Yayınları, 2008) s. 76.

savunma hakkına da müdahale edebilmektedir. Bu bakımdan avukatların üstünün, ofisinin, konutunun aranmasında ve avukatların ofisleri ile postalarında elkoyma işlemlerinde kanun koyucu daha titiz davranarak, bu mesleği icra edenler hakkında yapılacak olan arama ve el koyma işlemlerini özel olarak düzenleyip, diğer kişiler hakkında uygulanan arama ve elkoyma işleminden daha sıkı koşullara bağlamıştır⁷. Ancak bu özel düzenlemeler bulunmasına rağmen, kanunda bazı konuların açık olarak düzenlenmemiş olması, uygulamada bazı sorunlar çıkmasını da beraberinde getirmektedir. Çalışmamızda, yargının kurucu unsurlarından biri olan bağımsız savunmanın temsilcisi avukatlara yönelik arama ve elkoyma tedbirlerinin uygulanması ile mevzuattaki boşluklardan kaynaklanan sorunların çözümünde doktrindeki görüşler ve yargı kararları da ele alınarak incelenmiştir. Yeri geldikçe Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere, uluslararası mevzuatlardaki düzenlemelere ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da yer verilmiştir.

Çalışmamamız üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde arama ve elkoyma tedbirlerinin avukatlar hakkında özel olarak düzenlenmesinin sebepleri incelenmiştir.

İkinci bölümde; önleme araması genel hatlarıyla incelenmiş, adli arama üzerinde daha detaylı durulmuş, arama tedbirinin avukatlar hakkında uygulanması üzerinde çalışılmıştır.

Üçüncü bölümün konusunu elkoyma tedbiri oluşturmaktadır. Elkoyma tedbiri incelenerek bu tedbirin avukatlar hakkında uygulanması ele alınmıştır.

⁷ ÖRS, s. 104.

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA MUHAKEMESİ İŞLEMLERİNDEN ARAMA VE ELKOYMA TEDBİRLERİNİN AVUKATLAR HAKKINDA ÖZEL OLARAK DÜZENLENME SEBEPLERİ

I. GENEL OLARAK

Avukatlar hakkında uygulanan arama ve elkoyma tedbirleri, genel olarak düzenlenen arama ve elkoyma hükümlerinden ayrı bir şekilde CMK’de, AÖAY’de, AK’de düzenlenmiştir. Henüz hüküm verilmeden başvurulmuş bu koruma tedbirlerinde avukatlara yönelik olarak özel düzenlemelerin getirilmesinin altında yatan sebepler, yargı görevini yerine getiren avukatların kamu hizmeti görerek serbest bir şekilde bağımsız savunmayı temsil etmelerinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeplere baktığımızda avukatların bağımsızlığı, sır saklama yükümlülüklerinin bulunması ve savunma hakkının korunması karşımıza çıkmaktadır. Bu konuyu incelemeden önce “*avukatların kamu görevlisi olup olmadığı sorusuna*” cevap aramak gerekmektedir. Avukatların görevleri gereği sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Aynı zamanda yargının kurucu unsurlarından bağımsız savunmayı da temsil ettiklerinden kamu hizmeti görmektedirler. Avukatlar, üstlenmiş oldukları görevler nedeniyle haklarında uygulanacak olan arama ve elkoyma tedbirlerinde, diğer vatandaşlara uygulanan arama ve elkoyma tedbirleri ile aynı usule tabi tutulmamalıdır. Çünkü avukatlar, temsil ettiği kişilerin haklarının korunması amacıyla edindikleri bilgileri sır olarak saklamak zorundadır. Avukatların, diğer kişilere uygulanan arama ve elkoyma tedbirlerindeki aynı usule tabi tutulmaları durumunda kendilerine yasalarla sağlanmış olan korumalardan faydalanmaları mümkün olmayacaktır.

AK’nin 1. maddesi “*avukatlık mesleğini*” tanımlamıştır. Avukatlık Kanunu m. 1/1 “*Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir.*” demektedir. Şu halde avukatlık

mesleğinin esas itibariyle kamu hizmeti olduğu ve aynı zamanda serbest meslek niteliğinde bir meslek olduğu ifade edilmiştir. Avukatın kamu görevlisi olup olmadığı tartışmasının kaynağını bu madde oluşturmaktadır⁸.

Kamu hizmeti; kamu tüzel kişiliğince yürütülmesi gereken hizmetlerin bizzat kendisi tarafından veya yetki verdiği ve görevlendirdiği özel kişiler tarafından yürütülen ancak denetiminin yine kendisi tarafından yapıldığı özünde kamu yararı yatan faaliyet ve hizmetlerin tümüdür⁹.

Kamu hizmetleri, kısaca kamu yararına yapılan faaliyetlerin tümünü kapsamaktadır. Kamu hizmetini yargı alanı ile ilişkilendirmek gerekirse, yargının kurucu unsurlarını belirtmemiz gereklidir. Bunlar: iddia, savunma ve karar makamıdır. İddia makamını Cumhuriyet savcıları, savunma makamını avukatlar ve karar makamını hâkimler temsil etmektedir. Yargının deyim yerindeyse üç sacayağı bulunur¹⁰. Bu üç sacayağından birinin olmaması ya da herhangi birinin eksikliği durumunda adil yargılanma hakkının varlığından söz edilemez. Özellikle savunma makamını temsil eden avukatlar aynı zamanda hakkın tescil edilmesinde yargıya katkı sağlarlar. Yargı faaliyeti de kamusal bir hizmettir. Bu hizmetin sükreleri doğal olarak kamusal görev yapmaktadırlar. Savcı, avukat ve hâkimler bu anlamda kamusal görevlerini icra ederken yargı görevi yapan kamu görevlisi sıfatını taşırlar. 5237 sayılı TCK'nin 6. maddesinde “*tanımlar*” başlığı altında ceza kanunlarının uygulanmasını düzenlenmiş ve 1. fıkrasının c bendinde kamu görevlisini “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, sürekli veya geçici olarak katılan kişi*” olarak tanımlamıştır. Bu düzenlemeye göre kamu görevlisi tanımlaması yapılırken kamusal faaliyetin yürütülmesi esas alınmaktadır¹¹. Bu maddenin lafzi yorumuyla avukatların doğrudan kamu görevlisi olarak nitelendirilmesi mümkün görülmemektedir.

TCK m. 6/1 c bendindeki tanıma göre avukatlar kamu faaliyetlerinden biri olan yargı fonksiyonuna katılan kişilerdir ancak; bu katılma her zaman kamu hukuku usulüne göre gerçekleşmemektedir. Bilirkişi gibi mahkemece görevlendirilen kişilerin

⁸ Şamil DEMİR, “Avukatlık Kariyeri Üzerine Düşünceler”, Ankara Barosu Dergisi, 2009, Sa. 3, s. 66

⁹ Kemal GÖZLER, Gürsel KAPLAN, *İdare Hukukuna Giriş*. (Bursa: Ekin, 2012) s. 227.

¹⁰ Mustafa ÖZEN, “Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2009, Sa. 3, s. 18.

¹¹ Fatih Selami MAHMUTOĞLU, Serdar TALAS, “Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi”, İBD Ceza Özel Sayı, 2007, s. 17.

katılma ilişkisi kamu hukuku ilişkisi olduğundan bu kişiler kamu görevlisi olarak addedilmektedir. Benzer bir şekilde soruşturma ya da kovuşturma makamının istemi üzerine görevlendirilen vekil ya da müdafî ilişkisi de kamu hukuku ilişkisi oluşturduğundan bu kişiler de kamu görevlisi olarak sayılması gerekir. Buna karşın vekâlet sözleşmesi kapsamında kurulan ilişki çerçevesinde işin kamusal faaliyette olduğu ve kurulan ilişkinin kamu hukuku ilişkisi olmayacağının kabulü gerekir. Bu bağlamda kurulan vekâlet ilişkisi çerçevesinde avukatların TCK m. 6/1 c bendi kapsamında kamu görevlisi olarak addedilmeyeceğini söylemek mümkündür¹².

AK m. 1/1 ve TCK m. 6/1 c bendindeki tanımlar avukatın kamu görevlisi olup olmadığı konusuna net bir cevap verememekte ve konu tartışmaya açık bir şekilde kalmaktadır.

Ancak; TCK 6/1 d bendinde yargı görevi yapan kişiler “*yüksek mahkemeler, adli ve idarî mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar*” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımları birlikte değerlendirecek olursak; avukatların özellikle ceza yargılamalarında savunmayı veya katılan vekili olarak suçtan zarar gören kişileri temsil etmeleri durumunda kamu görevlisi oldukları sonucuna varmak mümkündür. Bununla birlikte TCK’nin 6. maddesinin gerekçesinde avukatlar görevlerini icra ederken kamu görevlisi olarak sayılmışlardır¹³.

CMK m. 150’de belirtilen koşullar dâhilinde soruşturma veya kovuşturma evrelerinde “şüpheli” veya “sanık” pozisyonunda bulunan kişilerin zorunlu olarak müdafî bulunması gerekmektedir. Keza suçtan zarar gören küçükler, sağır ve dilsizler yasaca belirtilen diğer kişilere de zorunlu vekil sıfatıyla avukat atamaları veya seçmeleri yasada düzenlenmiştir. Bununla beraber hukuk mahkemelerinde maddi durumu elverişsiz olan kişiler hukuk mücadelesinde avukat talebinde bulunduklarında onlara “Adli Yardım” müessesesi vasıtasıyla avukat görevlendirilmeleri

¹² Hasan Tahsin GÖKCAN, “Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği”, Ankara Barosu Dergisi, 2009, Sa. 2, s. 154.

¹³ “...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.

Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır...”

yapılmaktadır. Bu sebeplerle, her ne kadar avukatlık mesleği “serbest meslek” olarak tanımlanmış ise de kanımızca avukatlık mesleğinin aynı zamanda kamu hizmeti niteliğinde olduğunun kabulü gerekir.

Kamu görevlileri genel olarak “hiyerarşik yapı” ile bağlıdır. Emir ve talimatlara, kanuna açıkça aykırı olmayan emir ve talimatlar olmadığı sürece uymak aynı zamanda hiyerarşik üstlerinin emir ve talimatlarını da uygulamak zorundadır.

Oysa yargı bağımsızdır. Demokrasi ve hukuk devleti ile yönetilen devletlerde üç temel erk bulunmaktadır, bunlar; yasama, yürütme ve yargı erkleridir. Bunlar tamamen birbirinden bağımsız olup yargıyı temsil eden hâkim ve savcılar görevlerini icra ederken kimseden emir ve talimat almazlar. Bu onların anayasal güvencesidir. Yargının üç kurucu unsurundan biri olan bağımsız savunmayı ve hak aramayı temsil eden avukatlar da gerek hukuk davalarında vekil olarak üstlendikleri görevlerinde gerek ceza yargılamalarında müdafî veya katılan vekili olarak üstlendikleri görevlerinde tamamen bağımsızdırlar ve kimseden emir ve talimat almadıkları gibi kamu hizmetini bilgi, deneyim ve becerileriyle yasalara, özellikle Avukatlık Kanunu, TBB Meslek Kuralları ve Türkiye’nin de imzalayarak taraf olduğu uluslararası mevzuatlara uygun olarak görevlerini ifa ederler. Özellikle ceza yargılamalarında görev alan müdafî veya katılan vekili olan avukatlar, sanığa/şüpheliye, katılana ve diğer süjelere karşı da bağımsızdır. CMK m. 201’e göre avukatlar sanığa, tanığa, bilirkişiye, katılana ve diğer tüm süjelere doğrudan soru sorma hakkı ve yetkisi vardır. Avukatlar bu hak ve yetkiyi icra ederken tamamen bağımsızdır. Müvekkilinin veya temsil ettiği kişinin talimatlarına göre değil objektif duruma göre hareket eder ve yargılamaya katkı sağlarlar.

Avukatları sadece serbest meslek mensubu kişiler olarak kabul edip aynı zamanda kamu görevlisi sayılmamaları gerektiğini ileri süren görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre; devlet kamu hizmeti sunarken “*kamu gücünü*” de kullanmaktadır. Avukatların ise kamu gücünü kullanmaya yetkileri bulunmamaktadır. Devletin sunduğu kamu hizmetlerinin çoğu ücretsiz olmasına karşın, avukatlık mesleğini icra eden kişiler ise serbest meslek kazancına göre gelir sağlamaktadırlar. Bu görüş sahibi, avukatların çalıştığı sırada serbest meslek mensubu olduğunu, yargılandığı sırada ise kamu hizmeti icra ettiğini belirtmekle beraber, kamu hizmeti olarak görülen avukatlık mesleğinin

aslında kamu hizmeti olmadığını bağımsız serbest meslek olduğunu ifade etmektedir¹⁴.

Başka bir görüşte ise bir kişinin kamu görevlisi olarak nitelendirilebilmesi için o kişinin kamu kuruluşuna bağlı olarak çalışması gerekir. Kişilerin kamu hizmeti görmeleri ya da yasalarca kamu hizmeti gördüklerinin kabul edilmesi (örneğin serbest çalışan avukatlar gibi) bu kişilerin kamu kuruluşlarında çalışmadığı takdirde kamu görevlisi olarak sayılamayacağını ifade etmiştir¹⁵.

Avukatlık Kanunu 1. maddesinde düzenlenen hüküm uyarınca avukatlık mesleği kamu hizmeti ve serbest meslek olarak nitelendirilmektedir. Avukatlık mesleğinin serbest bir meslek olması, aynı zamanda devlet yapılanması içerisinde bir memur olarak konumunun bulunmadığının göstergesidir¹⁶. AK, serbest meslek tanımını yapmamıştır. Serbest meslek ile ilgili tanım 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nda yapılmıştır: GVK m. 65/2 serbest meslek faaliyetini *"serbest meslek faaliyeti; 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 yapılmasıdır."* şeklinde tanımlamıştır. Avukatlık mesleği kişisel özveri ve sorumluluk altında yürütülür ve akademik bir eğitime dayanır¹⁷. Bu bakımdan serbest meslek erbaplarının belirleyici özellikleri; mesleklerini icra ediş şekilleri ve kişisel özellikleridir. Nitekim müvekkiller çoğu zaman avukatın kendisine verdiği güven, işindeki bilgisi, tecrübesi ve avukatın kişisel özelliklerini araştırarak bir avukat seçer.

Bu görüşleri yorumlayacak olursak; avukatlık mesleği özünde Borçlar Kanunu'nda düzenlenen vekâlet sözleşmesine dayanmaktadır. Kısaca vekâlet ilişkisi ile vekil eden ve vekil arasında özel hukuka dayalı bir sözleşme mevcuttur. Bu sözleşme ile vekil eden vekilin ücretini ödemek, vekil ise sözleşme gereğince aldığı işi yapmakla yükümlüdür. Taraflar arasındaki sorunlar da vekâlet ilişkisinden kaynaklanan hükümler uygulanmak suretiyle çözümlenir.

Yukarıdaki görüşler "vekâlet sözleşmesindeki" ilişkileri doğru olarak tespit ediyor olabilir. Ancak; AK ve özellikle TCK ve CMK'deki düzenlemeler uyarınca

¹⁴ DEMİR, s. 67.

¹⁵ Metin GÜNDAY, *İdare Hukuku*. (Ankara: İmaj, 2011) s. 579-580.

¹⁶ Talay ŞENOL, *"Bağımsız Avukatlık"*, TBBD, 2004, Sa. 54, s. 275.

¹⁷ ŞENOL, s. 275.

avukatların sadece vekâlet sözleşmesi kapsamında hak, görev ve sorumluluklarının olmadığı göz önüne alındığında bu görüşlerin sağlam temele dayanmadığı görülmektedir.

Aslında, AK m. 1’de avukatlığın aynı zamanda “serbest meslek” olarak düzenlenmesi kamu hizmeti ile çatışmamaktadır. Çünkü kamu hizmeti nitelendirmesinin önemli unsurlarından biri bu hizmetin kamuya yönelmiş olması yani kamu yararına olmasıdır. Avukatlar kuşkusuz yargı faaliyetine katılan ve adaletin sağlanması için çaba harcayan kişilerdir. Yargı faaliyeti bir kamu hizmeti olduğundan avukatlar kamu hizmeti görmektedir. Kamu hizmetinin unsurlarından biri de bu hizmetin kamu kuruluşları tarafından ya da kamu kuruluşlarının denetimi altındaki özel kişiler tarafından yürütülüyor olmasıdır. Avukatlar da mesleklerini icra ederken kamu kuruluşu niteliğindeki meslek kuruluşlarından biri olan baroların denetimi ve gözetimi altındadır¹⁸.

Avukatların mesleklerini icra ederken “kamu görevlisi” olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde özellikle AK’de özel düzenlemeler mevcuttur.

AK m. 2’de avukatlığın amacı düzenlenmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında “*Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekaletname ibrazına bağlıdır. Derdest davalarda müzekkereler duruşma günü beklenmeksizin mahkemeden alınabilir.*” hükmü yer almaktadır. Madde 2’de düzenlenen bu haklar avukatlara tanınan özel haklar olup başka kişi ya da meslek gruplarına tanınmamıştır. Maddede geçen kurumların avukatlara yardımcı olma yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu düzenleme, avukatların yapmış olduğu işin niteliği itibarıyla görevini icra ederken aynı zamanda kamu görevlisi olduklarının göstergesidir¹⁹.

¹⁸ ŞENOL, s. 276.

¹⁹ Oruç GÜNEY, “Avukatlık Mesleğinin Hukuki Niteliği”, 23/07/2020, <<https://orucguneyhukuk.com/belge-ve-makaleler/f/i-avukatlik-mesle%C4%9Fi%CC%87ni%CC%87n-hukuki%CC%87-ni%CC%87teli%CC%87%C4%9Fi%CC%87>> (Erişim Tarihi: 06/06/2021).

AK'nin 35. maddesi “*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.

Dava açmaya yeteneği olan herkes kendi davasına ait evrakı düzenleyebilir, davasını bizzat açabilir ve işini takip edebilir. Ancak, Türk Ticaret Kanununun 272 nci maddesinde ön görülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketler ile üye sayısı yüz veya daha fazla olan yapı kooperatifleri sözleşmeli bir avukat bulundurmamak zorundadır. Bu fıkra hükmüne aykırı davranan kuruluşlara Cumhuriyet savcısı tarafından sözleşmeli avukat tayin etmedikleri her ay için, sanayi sektöründe çalışan onaltı yaşından büyük işçiler için suç tarihinde yürürlükte bulunan, asgarî ücretin iki aylık brüt tutarı kadar idarî para cezası verilir.” şeklindedir.

AK m. 35’te sadece avukatların yapabilecekleri işler düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, avukatların üstlendikleri görevler nedeniyle kamu görevlisi sayılmaları gerekmektedir²⁰.

Avukatların görevi sırasında işledikleri iddia olunan suçlar ile ilgili savcılık doğrudan iddianame düzenleyemez. AK m. 58 ve m. 59 gereğince Adalet Bakanlığı’ndan izin alındıktan sonra ve gerekli yasal prosedürler tamamlandıktan sonra haklarında kamu davası açılabilir. Avukat hakkında kamu davasının açılabilmesi için “*son soruşturma açılmasına*” izin verilmesi yasal zorunluluktur. Aynı durum avukatların baro organlarında görev almaları durumunda geçerlidir. Özellikle belirtmek gerekirse yönetim kurulunda görev alanlar görevlerini icra ederken ya da görevlerinden kaynaklanan eylem ve işlemleri nedeniyle haklarında özel soruşturma ve kovuşturma sonucunda yargılanabilirler. Keza, disiplin ve denetleme kurullarında görev alanların da aynı usulle yargılanmaları mümkündür. Burada da savcılık doğrudan iddianame düzenleyemez, AK 58. ve 59. maddeleri gereğince Adalet

²⁰ Ahmet **ALMACI**, “*Hakaret Suçu ve Avukata Karşı Görevinden Dolayı Hakaret*”, 31/01/2021, < http://mehmettav.av.tr/Haber_hakaret-sucu-ve-avukata-karsi-gorevinden-dolayi-hakaret_61/ > (Erişim Tarihi: 06/06/2021); **GÖKCAN**, s. 154.

Bakanlığı'ndan izin alınması, en yakın yerdeki ağır ceza mahkemesinin “*son soruşturma açılmasına*” izin vermesi gerekmektedir. Bu yasa gereğince Barolar veya Barolar Birliği organlarında görev alan avukatlar, bu görevleri nedeniyle de kamu görevlisidirler²¹.

AK'nin 57. maddesinin başlığı “*avukata karşı işlenen suçları*” düzenlemektedir. Bu madde “*görev sırasında veya yaptığı görevden dolayı avukata karşı işlenen suçlar hakkında, bu suçların hakimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümler uygulanır.*” demektedir.

Bu madde kapsamında avukatlar, yargı görevi yapan hâkimler gibi kamu görevlisidir.

765 sayılı TCK yürürlükte olduğu dönemde avukatların görevleri esnasında ya da görevlerinden kaynaklanan suçları işlemeleri halinde Avukatlık Kanunu 62. maddesi gereğince memur olmadıkları halde “*memur gibi*” cezalandırılmışlardır²². 5237 sayılı TCK avukatları doğrudan “kamu görevlisi” olarak kabul etmiş ve başkaca özel yasalara ihtiyaç duymadan TCK'da yer alan “kamu görevlisi” kişiler için düzenlenen kurallar avukatlar için de doğrudan uygulanmıştır²³. Bu uygulamanın sonucu olarak avukatların görevi esnasında ya da görevinden kaynaklı işlediği iddia edilen suçlar bakımından; örneğin TCK m. 247'de düzenlenen zimmet suçunun faili esasen “kamu görevlisidir”. Eğer avukat kamu görevlisi olarak kabul edilmez ise; bu durumda avukatın müvekkili adına tahsil etmiş olduğu parayı müvekkiline vermemesi durumunda zimmet suçundan yargılanması mümkün değildir. Örneğin 765 sayılı TCK'de avukatlar ya “*görevi kötüye kullanma*” ya da “*görevi ihmal*” suçları kapsamında yargılanıp cezalandırılmaktaydı²⁴.

5237 sayılı TCK'de avukata karşı işlenen suçlar bakımından avukat “*kamu görevlisi*” olarak kabul edilmektedir²⁵. TCK m. 94/2 b bendinde işkence suçunun nitelikli hali düzenlenmiştir. Madde “*avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına*

²¹ GÖKCAN, s. 154.

²² GÖKCAN, s. 154; Muhammet GÜNEY, “*Avukatın Cezai Sorumluluğu*”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı Cilt 3. (Ankara: Arcs Ofset Matbaacılık, 2016) s. 313.

²³ GÖKCAN, s. 154.

²⁴ M. GÜNEY, s. 313.

²⁵ Zeynep Pelin ATAMAN, *Avukatlar İçin El Kitabı 1 Savunma Etiği*. Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi. (Ankara: 2014) s. 31.

hükmolunur” şeklinde düzenlenerek maddede geçen “*avukata veya diğer kamu görevlisine karşı*” ibaresinden de anlaşılacağı üzere avukatların da bir kamu görevlisi olduğu belirtilmiştir.

Ayrıca yine görevi esnasında avukata hakaret edildiğinde TCK m. 125/3 a bendinde düzenlenen “*kamu görevlisine karşı görevinden dolayı*” hakaret suçunun nitelikli hali uygulanmaktadır. Yargıtay’ın avukatın yerine getirdiği görevinden dolayı avukata hakaret edilmesini TCK m. 125/3 kapsamında değerlendirdiğine ilişkin kararları mevcuttur²⁶.

Yine avukat görevi esnasında (örneğin haciz sırasında) öldürülmüş ise TCK m. 82/1 g bendinde “*kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle*” cezalandırılması, yaralanmış ise TCK m. 86/2 c bendinde düzenlenen “*kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle*” işlenmesi halinde suça ait cezalarda artırım yapılmaktadır.

Henüz istinaf ve temyiz incelemesinden geçmemiş olmasına rağmen konu ile doğrudan ilgisi olduğunu düşündüğümüz bir karardan bahsetmek isteriz. İstanbul Barosu’na kayıtlı Avukat Hüseyin YAMA, görevi icra ettiği sırada karşı tarafın silahlı saldırısına uğrayarak yaşamını yitirmiştir. Suçun faili sanık İstanbul Anadolu 3. Ağır Ceza Mahkemesi’nde yargılanmış, 26/05/2021 tarihinde sanık hakkında “*kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle kasten öldürme suçunu işlediği sabit olduğundan TCK m. 82/1 g maddesi uyarınca ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıyla cezalandırılmasına*” karar verilmiş, cezadan hiçbir indirim yapılmamıştır²⁷.

Yukarıda açıkladığımız yasal düzenlemeler bizlere avukatların görevleri esnasında kamu görevlisi olduklarına dair en somut örneklerdir.

²⁶ “...Görevinden dolayı avukata hakaret eyleminden dolayı TCK’nın 125/3-a maddesiyle hükümlülük kararı verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, kanuna aykırı...” Yar. 4. CD, 2015/21235 E. 2015/34259 K. 29/09/2015 T. sayılı kararı. Karar için bkz.

< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 06/06/2021), “...Eskişehir Barosuna kayıtlı Avukat olarak görev yapmakta olan katılana yönelik gerçekleştirdiği iddia ve kabul edilen hakaret eyleminin, taşınmazın sahibi... isimli kişi tarafından verilen Eskişehir....Noterliğinin 25/08/2008 tarihli ve 19806 sayılı vekaletname içeriği nazara alındığında, katılan avukata yönelik görevinden dolayı gerçekleştirilmesi nedeniyle sanık hakkında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 125/3-a maddesi gereğince ceza tayin edilmesi gerektiği gözetilmeden anılan Kanun’un 125/1. maddesi uyarınca uygulama yapılarak eksik ceza tayin edilmesinde...” Yar. 4 CD, 2019/3493 E. 2019/11778 K. 25/06/2019 T. sayılı kararı. Karar için bkz.

< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 06/06/2021).
²⁷ < <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=16392&Desc=Avukat%C4%B1-%C3%96ld%C3%BCren-San%C4%B1k-A%C4%9F%C4%B1rla%C5%9Ft%C4%B1r%C4%B1lm%C4%B1m%C4%B1C5%9F-M%C3%BCbbet-Hapse-Mahk%C3%BBm-Oldu> > (Erişim Tarihi: 06/06/2021).

Kanun koyucu 5237 sayılı TCK’de avukatları bir yandan “*kamu görevlisi*” olarak nitelendirmiş iken diğer yandan hâkim ve savcılar gibi “*yargı görevi yapan*” kişilerden biri olarak addederek avukatlara verilen önemi somutlaştırmıştır²⁸.

Kanımızca avukatlık mesleği serbest meslek olmakla birlikte özellikle avukatlar görevini icra ederken avukatların kamu görevlisi olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu görüşümüzün dayanağını AK, TCK, CMK’deki düzenlemeler oluşturmaktadır.

Sonuç olarak; avukatlık mesleği kamu hizmeti niteliğindedir ve avukatlar bu hizmeti icra ederken tıpkı savcı ve hâkimler gibi kamu görevlileridir. Çeşitli yasalarda dolaylı olarak avukatlar kamu görevlisi olarak sayılmış olsalar da kanımızca avukatlar görevlerini icra ederken bir kamu hizmeti gördükleri için kamu görevlisi olarak kabul edilmelidir. Bu sebeplerle de avukatların ceza muhakemesi işlemlerinden arama ve elkoyma tedbirlerinin nasıl yapılacağı ve ne gibi yollar izleneceği ilgili mevzuatta özel olarak düzenlenmiştir. Düzenlemeler yapılırken avukatların bağımsız olmaları, savunma hakkının korunması ve sır saklama yükümlülüklerinin bulunması gözetilmiştir.

II. AVUKATLARIN BAĞIMSIZ OLMASI

Bağımsızlık TDK sözlükte “*Bağımsız olma durumu, istiklal*²⁹”, bağımsız ise “*davranışlarını, tutumunu, girişimlerini herhangi bir gücün etkisinde kalmadan düzenleyebilen, özgür, hür*³⁰” şeklinde tanımlanmıştır. Avukatın bağımsızlığı; bir avukatın hiçbir otoriteden talimat almaksızın ve etkisi altında kalmaksızın birine ya da otoritelere hesap verme zorunluluğu olmadan mesleğini icra etmesidir. Avukatın bağımsızlığı konusu Avrupa Barolar ve Hukuk Birlikleri Konseyi (*Council of Bars and Law Societies of Europe-CCBE*) tarafından da ele alınmış ve “*Avrupada Avukatlık Mesleğine İlişkin Temel İlkeler Tüzüğü ve Avrupada Avukatların Tabi Olduğu Meslek*

²⁸ GÖKCAN, s. 152.

²⁹ < <https://sozluk.gov.tr/> > (Erişim Tarihi: 17/04/2021).

³⁰ < <https://sozluk.gov.tr/> > (Erişim Tarihi: 17/04/2021).

kuralları” çerçevesinde de düzenlenmiştir. Tüzüğe göre avukatın bağımsızlığı bu meslek için belirlenen ortak temel ilkeler arasında yer almaktadır³¹.

AK m. 1/2’de “*Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.*” şeklindeki düzenlemede de avukatın bağımsızlığı konusuna değinilmiştir.

Bu konu hakkında başka bir düzenlemeye ise TBB Meslek Kuralları m. 2’de rastlamaktayız³².

Avukat mesleğini icra ederken, yaptığı iş konusunda ehil olmasının yanı sıra, kendisi haricinde başkaca bağımlılığı olmamalı ve kendi çıkarlarını koruyacağına inanarak her türlü baskıdan ve menfaatten uzak bir şekilde hareket etmelidir. Bu sebeple avukatın yaptığı iş için ehil olmasının dışında ayrıca bağımsız olması gerekir³³.

AK m. 1’de “*Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.*” şeklindeki düzenlemeden yola çıkarak bağımsız savunmanın serbestçe temsil edilebilmesi için avukatın görevini icra ederken her türlü baskıdan uzak olması, bağımsız olması şarttır³⁴. Avukatlara ilişkin düzenlenen neredeyse tüm meslek kurallarının temelinde avukatın bağımsızlığı yatmaktadır³⁵. Bu bakımdan avukatın bağımsızlığını sağlamak adına başta AK m. 58/1 son cümlesi, (avukatların üzerinin ağır cezayı gerektirecek suçüstü hali olmadıkça aranamayacağı) TCK m. 128, (savunma bağımsızlığı) CMK m. 203/3 (duruşma düzeninin sağlanması amacıyla disiplin hapsinin avukatlar hakkında uygulanmaması) gibi pek çok düzenlemeler yapılmıştır³⁶.

Devletin yargı erkini yerine getiren ve adaletin tecelli etmesi görevini gören mercilerin bağımsızlığı avukatın bağımsızlığından ayrı olarak düşünülemez³⁷.

³¹ Atilla ÖZEN, *Avukatlık Hukuku*. (Ankara: Seçkin, 2019) s. 246.

³² **TBB Meslek Kuralları m. 2** “*Mesleki çalışmada avukat, bağımsızlığını korur; bu bağımsızlığı zedeleyecek iş kabulünden kaçınır.*”.

³³ ŞENOL, s. 271.

³⁴ Serhat Sinan KOCAOĞLU, “*Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Savunma Hakkı ve Avukatın Bağımsızlığının Gerçekleştirilmesinde Barolara Düşen Yükümlülükler*”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı Cilt 1. (Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2012) s. 105.

³⁵ A. ÖZEN, s. 247.

³⁶ KOCAOĞLU, “*Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Savunma Hakkı ve Avukatın Bağımsızlığının Gerçekleştirilmesinde Barolara Düşen Yükümlülükler*”, s. 105.

³⁷ A.ÖZEN, s. 249.

Avukatın bağımsız olması sadece yargılama ya da iddia makamına karşı bağımsız olmayı değil, aynı zamanda medeni hukuktaki vekilliğini yaptığı müvekkiline, ceza yargılamasındaki savunmasını üstlendiği şüpheli ya da sanığa karşı da bağımsızlığı ifade eder³⁸. Avukat tüm hukuki işlemlerde bir temsilci olarak bağımsız olup, müvekkiline karşı sadece sorumludur³⁹.

Avukatlar devletten veya başka bir kurumdan verilen emir ve talimatlara bağlı değildir. Aynı şekilde yargı organının diğer kurucu unsurları olan hâkim ve savcılara karşı da bağımsızdırlar⁴⁰. Bağımsızlık avukatlık mesleğinin “olmazsa olmaz” kuralıdır.

Yargının bağımsız olması, bağımsız bir savunmaya dolayısıyla da bağımsız bir avukatın varlığına bağlıdır. Bu sebeple avukatın müvekkiline, savunduğu kişiye, hâkime, savcıya, tüm otoritelere karşı bağımsız olması gerekir⁴¹. Çünkü avukatlar halkın adalete erişebilmelerinde etkin bir rol oynamaktadırlar⁴².

Avukatlık hizmetleri AY m. 135⁴³'te düzenlenen *kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından*⁴⁴ biri olan baroların denetimi ve gözetimi altında avukatlar tarafından yürütülmektedir⁴⁵. Bu bakımdan avukatların kayıtlı olduğu baro ile ilişkisini bağımsızlığı açısından incelemek gerekir.

³⁸ KOCAOĞLU, “Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Savunma Hakkı Ve Avukatın Bağımsızlığının Gerçekleştirilmesinde Barolara Düşen Yükümlülükler”, s. 105.

³⁹ Osman Korkut KANADOĞLU, “Barolar ve Avukatların Meslek Özgürlükleri”, TBBD, 2020, Sa. 146, s. 83.

⁴⁰ ŞENOL, s. 274- 275.

⁴¹ Başar YALTI, “Avukat”, İBD, 2011, C. 85, Sa. 4, s. 3.

⁴² YALTI, “Avukat”, s. 3.

⁴³ AY Madde 135 “Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir.”.

⁴⁴ “...Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 1961 ve 1982 Anayasalarının yürütme bölümünde idare başlığı altında özel olarak düzenlenmiştir. Üyelerinin çokluğu, ürettikleri iş ve hizmetlerin toplumun temel ihtiyaçlarına yönelik olması ve ülke genelinde yaygınlığı; çoğulcu demokratik gelişim ortamında etkili bir sivil toplum örgütü rolünde bulunmaları; örgütlülüğün üyelere getirdiği yararlar ile toplum çıkarlarının uygun düzeylerde dengelenebilmesi ve demokratik toplum kültürünün, kamu düzeninde olumsuzluk yaratmadan derinleştirilebilmesi nedenleriyle bu kuruluşlara kamusal nitelik kazandırılarak Anayasa’da yer verilmiştir...” AYM, 2000/78 E. 2002/31 K. 19/02/2002 T. sayılı kararı. Karar için bkz.

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2002/31?Donemler_id=2&EsasNo=2000%2F78&KararAramaRaporu=1&KararNo=2002%2F31> (Erişim Tarihi: 10/05/2021).

⁴⁵ ŞENOL, s. 287.

Avukatlar yargının kurucu unsurlarından biri olan bağımsız savunmanın temsilcisi oldukları için adaletin sağlanmasına katkıda bulunmaktadır⁴⁶. Bu durum avukatlık mesleğini diğer meslek gruplarından farklı kılarak, avukatların özel bir meslek hukukuna tabi olmasını ve avukatlara birtakım yükümlülükler getirmesine neden olmuştur⁴⁷. Bu açıdan bakıldığında zaman avukatın bağımsızlığının ilk sınırı meslek hukuku bakımından bir baroya kayıtlı olmasının zorunlu olmasıdır. Avukatların mesleğini icra ederken denetimi avukatların kayıtlı olduğu bağımsız barolarca yerine getirilir. Kendileri gibi meslekteki problemleri bilen aynı mesleğe sahip avukatlarca seçilen temsilciler aracılığı ile avukatlık mesleğinin denetiminin yapılması, aslında bağımsız olmanın bir yansımasıdır⁴⁸.

Avukatların üyesi olduğu baro ile ilişkisi alt-üst ilişkisi şeklinde olmayıp, baroların avukatlara emir verme yetkisi bulunmamaktadır. Avukatların kamu niteliğine haiz meslek kuruluşu olan barolarca denetlenmesi bu mesleğin kamu hizmeti olmasının gereğindendir⁴⁹. Bu açıdan ilk bakışta baronun denetim yapması bağımsızlık ile çelişiyor gibi gözükse de aslında avukatların menfaatlerini koruyucu bir kuruluştur. Avukatların bağımsızlığını korunmasında baroların da görevi bulunmaktadır⁵⁰. Nitekim baro başkanının görevleri (AK m. 97) ve barolar birliği başkanının görevleri (AK m. 123) arasında meslek onuru ve bağımsızlığı korumak da düzenlenmiştir⁵¹. Dolayısıyla avukatın bağımsızlığını korumak başkanlar aracılığı ile barolar ve TBB sorumluluğu altındadır⁵². Barolar öncelikle avukatların haklarını korumakla daha sonrasında ise hukukun uygulanması ve gelişmesi amacıyla mücadele etmekle yükümlüdür⁵³. AİHM bir kararında insan haklarının korunmasında temel bir rol

⁴⁶ Başar **YALTI**, “Avukatın Yargılamadaki Yeri ve Önemi”, İstanbul Barosu Dergisi, 2011, C. 85, Sa. 5, s. 82.

⁴⁷ Meral **SUNGURTEKİN**, *Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1995) Akt. **ŞENOL**, s. 287.

⁴⁸ **ŞENOL**, s. 288.

⁴⁹ **ŞENOL**, s. 288.

⁵⁰ **KANADOĞLU**, s. 82.

⁵¹ AK m. 97/6, AK m.123/6 “Meslek onuru ve bağımsızlığı ile ilgili işlerde kanunlar ve meslek kurallarının gereğini her türlü organlara karşı savunmak ve bu konuda doğrudan doğruya veya dolayısıyla kendisini göreve zorlayan hususları yapmak”

⁵² **KOCADOĞLU**, “Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Savunma Hakkı Ve Avukatın Bağımsızlığının Gerçekleştirilmesinde Barolara Düşen Yükümlülükler”, s. 106.

⁵³ **ŞENOL**, s. 288.

oynayan avukat birliklerinin bağımsız hareket etmeleri gerektiğini ve mesleğin denetiminde baroların işlevlerinin önemli olduğunu belirtmiştir⁵⁴.

Avukatların meslek kural ve yükümlülüklerine bağlı olmaları mesleki açıdan bağımsızlıklarını zedelemeyiz. Tam tersine avukatların bağımsız, özenli ve dürüst bir şekilde mesleklerini icra etmeleri açısından etik ve meslek kurallarının belirlenmesine yönelik düzenlemeler yapılması gereklidir. Bu düzenlemelerin ise avukatların kendileri tarafından seçilen barolarca yapılması gerekir⁵⁵. Barolar da bağımsızdır ve kamu niteliğindeki bir meslek kuruluşudur. Dolayısıyla avukatlar, meslek kural, ahlak ve standardını belirleyen baroların kurallarına uyarak bağımsız bir şekilde mesleğini icra eder⁵⁶. Avukatlar, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, TBB Meslek Kuralları ve diğer etik kurallara uymadıkları zaman haklarında aynı zamanda disiplin soruşturma ve kovuşturması da yapılmaktadır. Burada esas amaç avukatlık mesleğini ve avukatın toplum içindeki saygınlığını korumaktır.

Avukatın bağımsızlığı özgür bir iradeyle kabul ettiği işi icra ederken başına buyruk olarak davranması anlamına gelmemektedir. Bu özgürlük yasalar, meslek kuralları ve meslek örgütünün denetimi ile sınırlıdır. Avukatlığın kamu hizmeti niteliğine haiz bir özelliğe sahip olduğu kabul edilen ülkemizde avukatın serbest bir irade ile kabul ettiği işi özgürce savunması esastır. Bu özgürlük yasaların, meslek kurallarının özelliğine göre baronun denetiminde kullanılır⁵⁷. Avukatlar, avukatların seçtiği barolar ve TBB temsilcileri birlikte bir bütün oluştururlar. Önemli olan hususlardan biri de bu bütünün gücü ve bağımsızlığının sağlanması ve korunmasıdır⁵⁸.

11/07/2020 Tarihli 7249 sayılı Avukatlık Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'da Avukatlık Kanunu 77. maddesine yeni hüküm getirilerek; bir ilde beş binden fazla avukatın bulunması durumunda en az iki bin avukatla baro kurulabileceği düzenlenmiştir. Bu durum özellikle avukat nüfusunun fazla olduğu İstanbul, Ankara, İzmir gibi illerde başka baroların da kurulabileceğinin önünü

⁵⁴ Hajibeyli ve Aliyev/ Azerbaycan Davası, Başvuru No: 6477/08 ve 10414/08, 19/04/2018, karar için bkz.

<[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22%22CASE%20OF%20ANNAGI%20HAJIB EYLI%20v.%20AZERBAIJAN%22%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-182173%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22%22CASE%20OF%20ANNAGI%20HAJIB EYLI%20v.%20AZERBAIJAN%22%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-182173%22]}) > (Erişim Tarihi: 10/05/2021).

⁵⁵ ŞENOL, s. 288.

⁵⁶ Güneş GÜRSELER, "Baroların Bağımsızlığı", TBBD, 2004, Sa. 54, s. 306.

⁵⁷ GÜRSELER, s. 307.

⁵⁸ GÜRSELER, s. 309.

açmıştır. Nitekim bu düzenlemenin sonrasında aynı ilde kurulan ikinci baro ilk olarak İstanbul 2 Nolu Barosu olmuştur.

Bu düzenlemenin kanunlaşması öncesinde TBB ve 80 Baro Başkanlığı, 19 Mayıs 2020 tarihinde gerçekleştirilen Baro başkanları ve TBB toplantısında ortak bir bildiri hazırlayarak, yapılacak olan düzenlemenin “*İleride, Avukatlarımızın ve Barolarımızın ihtiyacı ve beklentisini karşılayacak, Avukatlık Kanunu hazırlanması aşamasında asıl muhatap, Barolar ve TBB olması.*” gerektiğini, baroların ve seçim sisteminin değiştirilmesini doğru bulmadıklarını belirtmişlerdir⁵⁹. Önceki dönem TBB Başkanları’ndan Önder SAV, Atilla SAV, Vedat Ahsen COŞAR’ın da 19/05/2020 tarihindeki ortak açıklamalarında bu düzenlemenin “*avukatlık mesleğinin ve baroların bu niteliklerini ortadan kaldıracak şekilde*” olduğunu ifade etmişlerdir⁶⁰.

TBB Avukat Hakları Merkezi daha sonra 30/06/2020 tarihinde “*Çoklu Baro, Tek Devlet İlkesine, Halkın Hak Arama Özgürlüğüne Ve Avukatlığın Bağımsızlığına Aykırıdır. Çoklu Baroya Hayır.*” şeklinde bir bildiri hazırlayarak bir ilde birden fazla baro kurulmasının avukatların bağımsızlığı ile çeliştiğini de içeren bir bildiri hazırlamıştır.⁶¹

Ancak kanun teklifi 11/07/2020 tarihinde kabul edilerek 15/07/2020 tarihinde 31186 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak kanunlaşmıştır. Daha sonra Kanun’un Anayasa’ya aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla yürürlüğü durdurma istemiyle birlikte Kanun’un iptal edilmesine yönelik 129 milletvekilleri tarafından AYM’ye dava açılmıştır⁶². Ancak AYM iptal istemini Anayasa’ya aykırı olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir⁶³.

⁵⁹ “19 Mayıs 2020 Tarihinde Gerçekleştirilen Baro Başkanları Toplantısı Sonuç Bildirgesi”, <<https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/19-mayis-2020-tarihinde-gerceklestirilen-baro-baskanlari-toplantisi-sonuc-bildirgesi-81304>> (Erişim Tarihi: 11/05/2021).

⁶⁰ “Önceki TBB Başkanlarının Ortak Açıklaması”, <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=15776&Desc=%C3%96nceki-TBB-Ba%C5%9Fkanlar%C4%B1n%C4%B1n-Ortak-A%C3%A7%C4%B1klamas%C4%B1>> (Erişim Tarihi: 12/05/2021).

⁶¹ “Çoklu Baro, Tek Devlet İlkesine, Halkın Hak Arama Özgürlüğüne ve Avukatlığın Bağımsızlığına Aykırıdır. Çoklu Baroya Hayır.” <<https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/coklu-baro-tek-devlet-ilkesine-halkin-hak-arama-ozgurlugune-ve-avukatligin-bagimsizligina-aykiridi-81353>> (Erişim Tarihi: 11/05/2021).

⁶² Dava dilekçesi için bkz. <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/7249s-K-AYMiptalDavasiDilekcesi.pdf>> (Erişim Tarihi: 11/05/2021).

⁶³ AYM, 2020/ 60 E. 2020/54 K. 1/10/2020 T. , 1/12/2020 Resmi Gazete Tarihli kararı. Karar için bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2020/54?Donemler_id=2&KararAramaRaporu=1&NormunNumarasiAdlar_id=1563&NormunTurler_id=4> (Erişim Tarihi: 11/05/2021).

09/10/2020 tarihinde Venedik Komisyonu’nun (Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu) hazırladığı raporda da çoklu baro sisteminin avukatların tarafsızlığını ve bağımsızlığı bakımından tehlike oluşturacağını belirtmiştir⁶⁴.

Yukarıda açıklama yaptığımız kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından biri olan baroların bir ilde birden fazla baro kurulmasını öngören Kanun ile ilgili olarak avukatın bağımsızlığı açısından şu hususları söyleyebiliriz:

AY m. 135’te düzenlenen kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından biri olan baroların bir ilde birden fazla olması durumu; AY 135. maddede belirtilen görevlerin yerine getirilmesi açısından da bir sorun oluşturabilir. Çünkü baroların etkin bir şekilde görevlerini yapabilmeleri için bulundukları bölgede faaliyet tekeli özelliğine sahip olması ve bunu koruması gerekir⁶⁵. Bağımsız savunmanın temsilcisi olan avukatların tekli bir yapıyı öngören önceki düzenlemeden çoklu bir yapıya geçmesi mesleğin icra edilirken denetimi açısından da sorun oluşturabilir. Her baronun kendi barosuna mensup üyeleri açısından belirleyeceği yeni kurallar getirmesi avukatların denetimi açısından sorun oluşturabilir. Bu durum bir bütün olarak hareket edilmesine engel oluşturur.

AK’de baroların mesleki faaliyete izin verilmesinden, disiplin soruşturması açıp, disiplin cezası vermelerine kadar geniş bir yetkileri bulunmaktadır. Bir ilde birden fazla baroların olması durumunda, bu görevleri bir bütün olarak yerine getirmeleri beklenemez. Bu durum, AY “*idarenin bütünlüğü ve kamu tüzelkişiliği*” başlığı altında düzenlenen m. 123’e yani idarenin bütünlüğü ilkesine de aykırılık teşkil eder⁶⁶. Bu bütünlüğün korunması da her ilde bir baro olması ile mümkün olabilir⁶⁷.

Anayasada yargı yetkisi başlığı altında düzenlenen m. 9’daki “*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.*” hükmü uyarınca yargı yetkisi bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından kullanılır. Bu yargı yetkisi TCK m. 6’da “*yüksek mahkemeler, adli ve idari mahkemeler üye ve hakimleri ile*

⁶⁴ <<https://tr.euronews.com/2020/10/09/venedik-komisyonu-coklu-baro-sistemi-avukatlar-n-tarafs-zl-g-n-ve-bag-ms-l-g-n-tehlikeye-s>> (Erişim Tarihi: 11/05/2021).

Rapor için bkz. <<https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD%282020%29029-e>> (Erişim Tarihi: 11/05/2021).

⁶⁵ Süheyl BATUM, Korkut KANADOĞLU, Şule ÖZSOY BOYUNSUZ, “*Avukatlık Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7249 Sayılı Kanun’un Anayasaya Aykırılık Değerlendirmesi*” s. 6 <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/AvukatlikKanunuDegis-AVProflar-AnayasayaAykirilikDeğerlendirmesi.pdf>> (Erişim Tarihi: 12/05/2021).

⁶⁶ BATUM, KANADOĞLU, ÖZSOY BOYUNSUZ, s. 6.

⁶⁷ BATUM, KANADOĞLU, ÖZSOY BOYUNSUZ, s. 7.

Cumhuriyet savcısı ve avukatlar” şeklinde sayılan kişiler tarafından yerine getirilir. Yargı mekanizması; iddia, savunma ve karar üçlemesiyle bir bütün oluşturur. Birbirinden ayrı düşünülemez. Dolayısıyla mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı kadar savunmanın bağımsızlığı ve tarafsızlığı da önemlidir⁶⁸. Bağımsız savunmadan bahsedilebilmesi için avukatın bağımsız olması gerekir. Avukatların bağımsız olmasını öngören en önemli unsurlardan biri, bir baroya kayıt olma zorunluluğunun bulunmasıdır. Nitekim AK m. 97/6 ’da baro başkanının görevleri ve m. 123/6’da birlik başkanının görevleri arasında meslek onuru ve bağımsızlığını korumak da düzenlenmiştir.

Bu düzenleme ile beraber AK m. 76’da belirtilen *“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”* da baroların görevleri arasındadır. Aynı ilde birden fazla baronun bulunması görevlerin ifası açısından farklı tavır ve tutumlara yol açabilir ve ayrışmaya sebep olabilir. Bu ayrışma sebebiyle bu durum daha da öteye giderek mahkeme salonlarına taşınabilir. Avukatlar mensup oldukları barolara göre işlem görebilir⁶⁹. Bu da bir şüpheye sebep olabilecektir. Dolayısıyla bu durumun bir düşünce aşamasında bile olması avukatın bağımsızlığına ve tarafsızlığına dolayısıyla da yargının bağımsızlığına ve tarafsızlığına zarar verebilir.

Ayrıca kişilerin hak arama özgürlüğünün kullanılmasında avukatlar etkin bir rol oynamaktadırlar. Kişiler bağımsız ve serbest çalışan avukatlar arasından seçim yapabilmekte ve bazen maddi durumu olmayan kişiler hak arama imkânına barolar tarafından ulaşabilmektedir⁷⁰. CMK uygulaması ve Adli Yardım uygulaması bu durumun en belirgin örneğidir. Dolayısıyla bu uygulamalar açısından da sorun oluşabilecektir.

Tüm bu açıklamalar ışığında; yargının kurucu unsurlarından biri olan bağımsız savunmanın serbest bir şekilde temsil edebilmeleri adına avukatlar mesleklerini icra ederken bağımsız olmak durumundadırlar. Çünkü savunma hakkı ile avukatın

⁶⁸ BATUM, KANADOĞLU, ÖZSOY BOYUNSUZ, s. 8.

⁶⁹ BATUM, KANADOĞLU, ÖZSOY BOYUNSUZ, s. 9.

⁷⁰ <<https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/coklu-baro-tek-devlet-ilkesine-halkin-hak-arama-ozgurlugune-ve-avukatligin-bagimsizligina-aykiridi-81353>> (Erişim Tarihi: 12/05/2021).

bağımsız olması ayrılmaz bir bütündür. Bu bakımdan avukatlar hakkında arama ve elkoyma tedbirinin özel olarak düzenlenmesi avukatların bağımsız olması açısından önem taşımaktadır.

III. AVUKATLARIN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sır kelimesi Arapça kökenli bir kelime olup, “*varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen, gizli kalan, gizli tutulan şey*”⁷¹ anlamına gelmektedir. Bir sırrın avukatın sır saklama yükümlülüğü açısından değerlendirilme kriterinde o sırrın avukatın mesleği itibari ile edindiği bir sır olup olmadığına bakılır. Dolayısıyla bir sırrın avukatlıkta “*meslek sırrı*” olarak sayılması o sırrın avukatın mesleğinden kaynaklı olmasına bağlıdır⁷². Bir başka ifade ile öğrenilen ve saklı tutulması gereken bir bilginin avukatın görevi nedeni ile veya mesleki faaliyeti çerçevesinde öğrenmiş olması gerekir⁷³.

Kişilerin belki de aileleriyle bile paylaşmadığı sırları öğrenen avukatların temsil ettiği kişilerin mahremiyetini ve özel hayatını korumak adına sır saklama yükümlülüğü hem AK’de hem de TBB Meslek Kurallarında düzenlenmiştir⁷⁴.

AK “*sır saklama*” başlığı altında m. 36/1’de avukatın sır saklama yükümlülüğünü “*Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse, Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır.*” şeklinde düzenlemiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere avukatlar sadece kendilerine tevdi edilen ya da avukatlık görevinden dolayı öğrendiği sırları saklamakla değil, aynı zamanda baro ya da barolar birliğindeki görevleri nedeniyle öğrenmiş oldukları bilgileri saklamakla da yükümlüdür.

⁷¹ < <https://sozluk.gov.tr/> > (Erişim Tarihi: 19/04/2021).

⁷² “*Avukatların sır saklama yükümlülüğünün kapsamı, yükümlülüğün ihlalinin hukuki ve cezai yaptırımı nedir?*”, 13.01.2015,

<<https://www.hukukihaber.net/pratik-bilgiler/avukatlarin-sir-saklama-yukumlulugunun-kapsami-yukumlulugun-ihlalinin-hukuki-ve-cezai-yaptirimi-nedir-h51431.html>> (Erişim Tarihi: 19/04/2021).

⁷³ Mikdad Lamih ÇELİK, “*Meslek Kurallarında Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü*”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, 2007, Sa. 14, s. 88.

⁷⁴ Ahmet BOZDAĞ, Zeynep Büşra KORKMAZ, *Avukatlara Tanınan Hukuki Ayrıcalıklar*. (Ankara: Seçkin, 2021) s. 61.

AK m. 36/2’de ise, avukat öğrendiği bilgiler ile ilgili olarak ancak müvekkilinin izin vermesi koşulu ile tanıklık edebileceği ve bu durumun varlığında bile tanıklıktan çekinme hakkının olduğunu düzenlemiştir⁷⁵. Avukatların sır saklama yükümlülüğünden kaynaklanan tanıklıktan çekinebilecekleri hususu CMK m. 46’da da “*Meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme*” başlığı altında düzenlenmiştir⁷⁶. CMK bir adım daha öteye giderek avukatların yanında avukatların stajyerleri ve yardımcılarının da tanıklıktan çekinebileceklerini kapsamı altına almıştır. Başka bir düzenlemeye ise HMK’nin 249. maddesinde rastlamaktayız⁷⁷. Avukatın temsil ettiği kişi hakkında tanıklık yapabilmesi öncelikle temsil ettiği kişinin onay vermesine bağlıdır; ancak müvekkili tanıklık edebileceğine onay verse dahi bu durum avukatın tanıklık etmesini zorunlu hale getirmez⁷⁸.

TBB Meslek Kuralları m. 37’deki “*Avukat meslek sırrı ile bağlıdır.*” hükmündeki düzenlemede de avukatların sır saklama yükümlülüğüne yer verilmiştir.

TBB Başkanlığı tarafından düzenlenen 26/12/2015 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan *Bir Avukat Yanında, Avukatlık Ortaklığında Veya Avukatlık Bürosunda Ücret Karşılığında Birlikte Çalışan Avukatların Çalışma Esaslarına İlişkin Yönetmelik* kapsamında “*işgören avukatın hak ve yükümlülükleri*” başlığında m. 10/5 ve m. 10/6’da sır saklama yükümlülüğü düzenlenmiştir⁷⁹.

Sır saklama yükümlülüğü Avrupada Avukatlık Mesleğine İlişkin Temel İlkeler Tüzüğü ve Avrupada Avukatların Tabi Olduğu Meslek Kurallarında da düzenlenmiştir⁸⁰.

⁷⁵ ÖRS, s. 112.

⁷⁶ “*Meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme*”

Madde 46 (1) Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır:

a) Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler.”.

⁷⁷ **Madde 249** “(1) Kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler. Ancak, 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükmü saklı kalmak üzere sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verildiği takdirde, bu kimseler tanıklıktan çekinemezler.”.

⁷⁸ Ahmet Cemal RUHİ, Canan RUHİ, *Avukatlık Hukuku*. (Ankara: Seçkin, 2021) s. 73.

⁷⁹ **m. 10/5**, “İşgören avukat, kendisine tevdi edilen veya avukatlık görevi nedeniyle öğrendiği meslek sırrı kapsamındaki hususları, gerek sözleşme süresince, gerekse sözleşme sona erdikten sonra süresiz olarak açıklayamaz.”

m. 10/6 “İşgören avukatın, iş sırasında işyeriyle ilgili öğrendiği alenileşmemiş her türlü bilgi gizli bilgidir. İşgören avukata ait her türlü şahsi bilgi de gizli bilgi olup, taraflar gizli bilgiyi sözleşme süresince ve sözleşme sona erdikten sonra süresiz olarak açıklayamazlar ve olumsuz beyanlarda bulunamazlar.”

⁸⁰ “**2.3. Sır saklama**”

Yargıtay avukatların sır saklama yükümlülüğü ile ilgili olarak; “Avukat ile müvekkili arasındaki sözleşme ilişkisinin temeli güven ve sadakat ilkelerine dayanmaktadır. Müvekkilin; her durumda avukatına güvenmesi, sırrını saklayacağından emin olması gerekir. Bu nedenle Avukatlık Kanunu’nun 34. maddesinde, avukatların görevlerini ‘bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmakla’ yükümlü oldukları ifade edilmiş ve Yasa’nın 36. maddesinde de görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açıklamaları yasaklanarak sır saklama yükümlülükleri öngörülmüştür.

Avukatın, müvekkilinin sırrını saklama yükümlülüğü üçüncü kişiler yanında mahkemelere, savcılıklara ve idari birimlere karşı da geçerlidir.

Avukatlık meslek sırrı, avukatın mesleğini icra ederken öğrendiği, herkes tarafından bilinmeyen, açıklanması halinde vekil edenin maddi ya da manevi zarara uğrayacağı, üçüncü kişilerden gizlenen özel yaşama dair bilgilerdir. Avukatın mesleği ile bağlantılı olarak öğrendiği, vekil edene ait özel ilişkileri, sağlık bilgileri, mali durumu, kişisel bilgileri gibi gerektiğinde bulunduğu yer ya da adresi de sır kapsamına dahildir. Avukata yüklenen sır saklama yükümlülüğü, vekil edenin adli/idari merciler karşısında daha etkin, yerinde ve etraflıca iddiada bulunması veya savunma yapması ile doğrudan bağlantılıdır. Avukatın meslek sırrını koruması ise uluslararası antlaşmalar ve Anayasamızda güvence altına alınan özel yaşamın gizliliğinin sonucu olmanın yanında yerine getirilen kamu hizmetinin içeriği ve niteliği ile de ilgilidir⁸¹.” yönünde bir karar vermiştir.

Avukatın sır saklama yükümlülüğü, müvekkilin avukata güveni ile birlikte müvekkilin hukuksal sorununu ve kendisi ile ilgili bilgiyi avukatla paylaşmasını

2.3.1. İfa edilen hizmeti bir gereği olarak, müvekkilin başkalarına açıklamayacağı şeyleri avukatına açıklaması ya da avukatın kendisine duyulan güven temelinde mahremiyet taşıyan başka bilgilere erişmesi söz konusu olabilir. Sırların saklanacağından emin olunmadıkça güvenden bahsedilemez. Sır saklama yükümlülüğü, avukatın birincil ve temel hak ve görevidir. Avukatın sır saklama yükümlülüğü, müvekkilin çıkarına olduğu kadar adaletin gerçekleşmesine de hizmet eder. Bu yüzden, sır saklama yükümlülüğü devlet tarafından özel bir korunmaya tabidir.

2.3.2. Avukat, mesleğinin icrası esnasında edindiği bütün bilgilerin gizliliğine saygı göstermek zorundadır.

2.3.3. Sır saklama yükümlülüğü zamanla sınırlı değildir.

2.3.4. Bir avukat, hizmetin ifası süresince kendisiyle birlikte çalışan meslektaşlarının ve yanında çalıştırdığı herkesin sır saklama yükümlülüğüne uymalarını sağlar.”.

⁸¹ Yar. 4. CD, 2009/19013 E. 2011/21017 K. 14/11/2011 T. sayılı ilamı.

< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> >

(Erişim Tarihi: 12/07/2021).

mümkün kılar⁸². Avukatın temsil ettiği kişi hakkında öğrenmiş olduğu bilgilerin gizliliğini koruması gerekir⁸³. Ancak müvekkili ya da temsil ettiği kişinin izni olursa bu bilgileri açıklayabilir⁸⁴.

Sır saklama yükümlülüğü, avukatın mesleki faaliyeti çerçevesinde öğrendiği bilgileri saklaması ve güven duyulan birisi olmasının yanı sıra avukatlık hizmetinin kamusal boyut taşıması ile de yakından ilgilidir⁸⁵. Çünkü savunma hakkı işin kamusal boyutunu oluşturduğundan avukata aktarılan bilgilerin gizli kalmasını da zorunlu kılar⁸⁶. Avukatın mesleği itibarıyla saklamış olduğu sırlar, sır sahibinin sırrını korumanın ötesinde avukatlık mesleğini dolayısıyla hukuk sistemini de korumaktadır⁸⁷. Avukatın sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi, mensubu olduğu meslek grubuna da güvenin azalmasına sebep olur⁸⁸. Avukatın sır saklaması sadece bir görev değil aynı zamanda yasal olarak bir zorunluluktur⁸⁹. Avukatın sır saklama yükümlülüğü kapsamına sadece üçüncü kişiler girmeyip aynı zamanda mahkemelere, savcılara ve idari birimlere karşı da geçerlidir⁹⁰.

TBB Disiplin Kurulu bir kararında ”Sır saklama avukat için görev, devlet için ödev olarak tanımlanmıştır. Sır saklama yükümlülüğü, müvekkilin avukata güven duymasını, bu suretle davası veya yaşam alanı ile ilgili bilgileri avukata çekinmeksizin anlatmasını mümkün kılar. Avukatlık meslek sırrı, sır sahibini korumanın ötesinde, hukuk sisteminin vazgeçilmez unsuru olan serbest avukatlık kurumunu ve dolayısıyla hukuk devletine özgü hukuk sistemini de korumaktadır. Avukatın sır saklama yükümlülüğünün ihlali, mensubu bulunduğu meslek grubuna olan güvenin sarsılmasına sebep olur. Meslek mensupları için sır saklamak, yalnız ahlaki bir görev değil, aynı zamanda yasal bir zorunluluktur. Bu nedenle Avukatlık Yasası’nın 36. maddesinde “Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya avukatlık görevi dolayısıyla

⁸² M. L. ÇELİK, s. 89.

⁸³ Daniel R. FISCHEL, “Lawyers and Confidentiality”, The University of Chicago Law Review, 1998, Volume: 65, Number: 1, s.1.

⁸⁴ RUHİ, RUHİ, s. 73.

⁸⁵ Semih GÜNER, “Sır Saklama Yükümlülüğü”, Ankara Barosu Dergisi, 2000, Sa. 3, s. 46.

⁸⁶ GÜNER, s. 46.

⁸⁷ Erhan GÜNEY, *Avukatlar Hakkında Suç ve Disiplin Hukuku*. (Ankara: Seçkin, 2021) s. 264.

⁸⁸ GÜNEY, s. 264.

⁸⁹ GÜNEY, s. 264.

⁹⁰ Süleyman ÇETİN, Derya ATEŞ, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*. (Ankara: Seçkin, 2020) s. 103.

öğrendikleri hususu açığa vurmaları” yasaklanmıştır.⁹¹” şeklinde karar vererek avukatların sır saklama yükümlülüğünün önemini belirtmiştir.

TBB Disiplin Kurulu vermiş olduğu başka bir kararda ise; *“avukatın bizzat kendisinin ceza veya disiplin tahkikatına maruz kalması hallerinde sırrın açıklanmasının suç oluşturmayacağını”* karar altına almıştır⁹².

Meslek kurallarından biri olan avukatların sır saklama yükümlülüğü avukatların aranması ve avukatlar hakkında elkoyma bakımından önem arz etmektedir⁹³. Avukatlar hakkında arama ve elkoyma tedbiri tıpkı diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil etmektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde savunma hakkı ve özel hayatın dokunulmazlığı gibi haklara da müdahale teşkil etmektedir. AİHM bir kararında arama ve elkoymaya ilişkin arama amacına bir sınırlama olmaksızın avukat bürosunda yapılan arama ve elkoymada her türlü eşya ve belgeye elkonulmasının, mesleki gizliliğinin ihlal edecek şekilde orantısız olacağını belirtmiş ve AİHS m. 8’de güvence altına alınan *“özel ve aile hayatına saygı hakkının”* ihlal edildiğine karar vermiştir⁹⁴.

AİHM başka bir kararında, avukatlık ofisi aranan başvuru yu arama işlemini yapan kişilerce işleme maruz kalan başvuru yu bilgilendirdiklerine dair ve başvuru yunun arama sırasında ofisinde bulunduğu dair bir delil bulunmadığını ve arama sırasında bağımsız gözlemci olarak komşunun katılmasını mesleki gizliliğin korunması adına yeterli olmadığını, avukatlık ofisinin aranabilmesi için daha katı usuller uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Mevcut davada izlenen usuldeki kusurların, başvuru yunun avukatlık bürosunda gerçekleştirilen arama ve el koymanın, amaçların meşru hedeflere ulaşmasıyla makul bir şekilde orantılı olarak kabul

⁹¹ TBB Disiplin Kurulu Kararı, 2014/11 E. 2014/223 K. 04/04/2014 T. *TBB Disiplin Kurulu Kararları ve Karşı Oylar 2013-2017*. (Ankara: TBB Yayınları, 2017) s. 1282-1283.

⁹² TBB Disiplin Kurulu Kararı, 2015/383 E., 2015/631 K., 08/08/2015 T. *TBB Disiplin Kurulu Kararları 2013-2017*. (Ankara: TBB Yayınları, 2017) s. 617.

⁹³ Hasan ŞİŞMAN, “Avukatın Üzerinin, Büro Veya Konutunun Aranması”, 2012, Ekim < <https://hasansisman.wordpress.com/2012/10/13/avukatin-uzerinin-buro-veya-konutunun-aranmasi/> > (Erişim Tarihi: 19/04/2021).

⁹⁴ 16/12/1992 tarih ve 13710/88 başvuru numaralı Niemietz-Almanya kararı. Karar için bkz. < [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22%22CASE%20OF%20NIEMIETZ%20v.%20GERMANY%22%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-57887%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22%22CASE%20OF%20NIEMIETZ%20v.%20GERMANY%22%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57887%22]}) > (Erişim Tarihi: 19/04/2021).

edilemeyeceği sonucuna varmış ve AİHS m. 8'in ihlal edildiğine yönelik karar vermiştir⁹⁵.

Konuya yönelik başka bir AİHM kararında ise, avukatların konut ve bürosunun aranmasında mesleki sır kapsamında olan elektronik cihaz ve belgelere elkonulması durumunda AİHS m. 8 ve AİHS Ek -1 Protokolünde düzenlenen mülkiyet hakkını ihlal ettiğine yönelik bir karar vermiştir⁹⁶.

Sonuç itibari ile avukatın sır saklama yükümlülüğü, avukatların mesleki faaliyetleri çerçevesinde öğrenmiş oldukları bilgileri ve verileri açıklamalarını yasaklamaktadır. Avukatların sır saklama yükümlülüğü kapsamında avukatlara tanıklıktan çekinme hakkı tanınmasının dışında arama ve elkoyma tedbiri de avukatlar hakkında özel olarak düzenlenmiştir⁹⁷. Bu bakımdan arama ve elkoyma tedbirlerinin avukatlar hakkında özel olarak düzenlenmesi ile avukatın müvekkiliyle ilgili olan belgelerin açığa çıkmasının engellenmesi amaçlanmıştır.

IV. SAVUNMA HAKKININ KORUNMASI

Hukuk devleti temel hak ve özgürlükleri koruyan ve kişilere hukuki güvence sağlayan bir devlettir⁹⁸. Hukuk devleti insan haklarına saygılı bir devlet olup, bir suç şüphesi altında yargılanan ve suç işlemiş olduğu kesin olarak anlaşılan bir kişiye karşı bile insan onuruna yakışır bir şekilde davranmasını gerektirir⁹⁹. Hukuk devleti olan devletlerin yargılama sistemlerinde şüpheli ya da sanık bir obje değil bir süje olarak esas alınmaktadır¹⁰⁰. Temel hak ve özgürlüklerin güvence alındığı hukuk devletinde önemli haklardan biri de hiç kuşkusuz savunma hakkıdır. Savunma hakkı, hak arama

⁹⁵ Leotsakos- Yunanistan Kararı, Başvuru No: 30958/13, 04/10/2018 T. Karar için bkz. <[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22LEOTSAKOS%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-186449%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22LEOTSAKOS%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-186449%22]}>)> (Erişim Tarihi: 20/04/2021).

⁹⁶ Kruglov ve diğerleri / Rusya kararı, 04/01/2020. Başvuru No: 11264/04, , Karar için bkz. <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22%22CASE%20OF%20KRUGLOV%20AND%20OTHERS%20v.%20RUSSIA%22%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-200719%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22%22CASE%20OF%20KRUGLOV%20AND%20OTHERS%20v.%20RUSSIA%22%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-200719%22]}>)> (Erişim Tarihi: 13/05/2021).

⁹⁷ ÖRS, s. 112.

⁹⁸ Nevzat ERDEMİR, "Hukuk Devleti ve Savunma Hakkı", TBBD, 1988, Sa. 1, s. 85.

⁹⁹ Beytullah ÇETİN, *Savunma Hakkının Kısıtlanması*. (Ankara: Seçkin, 2018) s. 19.

¹⁰⁰ ÇETİN, s. 19.

özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının bir parçasıdır. Savunma hakkı yaşam hakkı kadar kutsal bir haktır, çünkü hak arama özgürlüğü ve savunma hakkı olmadan insanların özgürce ve mutluca yaşaması düşünülemez¹⁰¹. Bu hak temel haklardan olması dolayısıyla da AY ve çeşitli uluslararası belgelerde güvence altına alınmıştır¹⁰².

Savunma hakkı; Anayasa'nın ikinci bölümünde "*Kişi Hakları ve Ödevleri*" kısmında ve "*Hakların Korunması ile İlgili Hükümler*" başlığı altında, "*Hak Arama Hürriyeti*" olarak m. 36'da "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.*" şeklinde düzenlenmiştir.

Savunma hakkı ve hak arama özgürlüğü demokrasinin de temel ölçütüdür. Bu bakımdan bir ülkede demokrasi ve hukuk devleti ilkelerinin uygulanması hakkında bilgi edinmek adına savunma hakkının uygulamada işleyişine bakmak gerekir¹⁰³.

Ceza muhakemesi bir suç şüphesi üzerine işlemeye başlar¹⁰⁴. Yargılamanın deyim yerindeyse üç sacayağı bulunur¹⁰⁵. Bunlar iddia, savunma ve karar makamlarıdır. Devletin cezalandırma yetkisi ile bireyin çıkarı arasında çatışma durumu söz konusudur¹⁰⁶. Adaletin sağlanması için devletin cezalandırma yetkisi ile kişinin hak ve özgürlüğü arasında denge kurulması gerekir¹⁰⁷.

Ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeği ortaya çıkarılması, bir suçlama yöneltlen kişiye etkin bir savunma yapma hakkının tanınması ve korunması ile mümkün olur¹⁰⁸. Bu bakımdan iddiaya verilen önem kadar savunmaya da önem verilmelidir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında her iki makama da eşit olanak sağlanmalıdır¹⁰⁹. Bu durum silahların eşitliği ilkesince de gereklidir. Savunma hakkı suç işlediği yönünde iddiada bulunulan bir kişinin kendisine yöneltlen eylem ve

¹⁰¹ ERDEMİR, s. 85.

¹⁰² İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, m. 8-11; AİHS m. 6/3 maddeleri örnek olarak gösterilebilir.

¹⁰³ ERDEMİR, s. 85.

¹⁰⁴ ERDEMİR, s.86.

¹⁰⁵ Mustafa ÖZEN, "*Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi*", s. 18.

¹⁰⁶ ERDEMİR, s. 86; Cihan EROL, "*50. Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu*", İÜHFM, 1984, C. 50, Sa. 1-4, s. 137.

¹⁰⁷ ERDEMİR, s. 86.

¹⁰⁸ Hamide ZAFER, "*Savunma Hakkı ve Sınırları*", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2013, C. 19, Sa. 2, s.507; Faruk EREM, "*Savunma Hakkının Kökeni*", Ankara Barosu Dergisi, 1984, Sa. 5, s. 690.

¹⁰⁹ ERDEMİR, s. 86.

işleme karşı kendini korumasıdır¹¹⁰. Sorular yöneltme, kanıtların toplanmasını isteme, açıklama yapma, dilekçe verme, hazır bulunma gibi pek çok işlemi içinde barındırır¹¹¹. Kişilerin yargı önünde serbest bir şekilde ve hiçbir baskı altında kalmadan kendilerini savunabilmeleri önemlidir. Kişilere savunma yapma imkânı tanınmazsa ceza muhakemesinin amacı olan maddi hakikati ortaya çıkarma söz konusu olamayacaktır¹¹².

Savunma hakkı susma hakkını da içermektedir. Susma hakkı savunma hakkının kullanılmasındaki yöntemlerden biridir¹¹³. Bu hak, AY m. 38/5 ve CMK m. 147’de de açık olarak düzenlenmiştir¹¹⁴.

Savunma hakkı esasında sanığa ait bir haktır. Kişiye yöneltilen iddiaya kendisinin cevap vermesi gerekir. Ancak, şüpheli ya da sanığın savunmasını hazırlarken uzman bir kişiden yararlanması, şüpheli ya da sanık adına savunmayı üstlenilmesi mümkündür. Avukatlar müdafî sıfatıyla muhakemeye dâhil olması kural olarak hak sahibinin iradesine bağlıdır¹¹⁵. Ancak CMK uyarınca, zorunlu müdafilik¹¹⁶ bulunan durumlarda kişinin müdafisi yoksa bile kişiye müdafî görevlendirilir.

Savunma hakkı çoğu zaman yargının kurucu unsuru bağımsız savunmanın temsilcisi avukat (müdafî) vasıtasıyla gerçekleştirilir. Şüphelinin ya da sanığın müdafî yardımından yararlanma hakkı savunma hakkının en önemli unsurlarından biridir¹¹⁷. CMK m. 149 kapsamında “*Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her*

¹¹⁰ Feride **AKTARLI**, “Savunma Hakkı”, 18/04/2020,

< <https://www.avsarhukuk.com/savunma-hakki/> > (Erişim Tarihi: 20/04/2021).

¹¹¹ **AKTARLI** < <https://www.avsarhukuk.com/savunma-hakki/> > (Erişim Tarihi: 20/04/2021)

¹¹² Muharrem **ÖZEN**, “Savunma Dokunulmazlığı”, TBBD, 1992, Sa. 3, s. 416.

¹¹³ **ÇETİN**, s. 19.

¹¹⁴ **ZAFER**, s. 508.

¹¹⁵ **ZAFER**, s. 508.

¹¹⁶ **CMK m. 150/2** “Müdafî bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilir.”

CMK m.150/3 “Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturamada ikinci fıkra hükmü uygulanır.”

CMK m 101/3 “Tutuklama istenildiğinde, şüpheli veya sanık, kendisinin seçeceği veya baro tarafından görevlendirilecek bir müdafîin yardımından yararlanır.”

CMK m. 204 “Davranışları nedeniyle, hazır bulunmasının duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağı anlaşıldığında sanık, duruşma salonundan çıkarılır. Mahkeme, sanığın duruşmada hazır bulunmasını dosyanın durumuna göre savunması bakımından zorunlu görmezse, oturumu yokluğunda sürdürür ve bitirir. Ancak, sanığın müdafîi yoksa, mahkeme barodan bir müdafî görevlendirilmesini ister. Oturuma yeniden alınmasına karar verilen sanığa, yokluğunda yapılan işlemler açıklanır.”

CMK m.247/4 “Duruşma yapılan hâllerde kaçak sanığın müdafîi yoksa, mahkeme barodan bir avukat görevlendirilmesini ister.”

¹¹⁷ Veli Özer **ÖZBEK**, Koray **DOĞAN**, Pınar **BACAKSIZ**, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler. (Ankara: Seçkin, 2019) s. 146.

aşamasında bir veya birden fazla müdafinin yardımından yararlanabilir; kanunî temsilcisi varsa, o da şüpheliye veya sanığa müdafî seçebilir.”

Müdafî muhakemeye hangi şekilde dâhil olursa olsun şüpheli ya da sanıktan bağımsız olarak ancak onun lehine çalışan bir kişidir¹¹⁸. Bu bakımdan müdafinin hak ve yetkilerine yönelik yapılacak olan bir müdahale özünde savunma hakkına yapılan bir müdahaleyi teşkil edecektir¹¹⁹.

Hak arama özgürlüğünün ve savunma hakkının kullanılmasında kişilere çoğu zaman avukatlar yardımcı olmaktadır. Avukatların sahip olduğu bu önemli konum sebebiyle, savunma hakkının korunması bakımından avukatlar hakkında icra edilecek olan ceza muhakemesi işlemleri özel olarak düzenlenmesi gerekmiştir¹²⁰.

¹¹⁸ ZAFER, s. 509.

¹¹⁹ ZAFER, s. 509.

¹²⁰ BOZDAĞ, KORKMAZ, s. 102; ÖRS, s.104.

İKİNCİ BÖLÜM

ARAMA TEDBİRİ VE AVUKATLAR HAKKINDA UYGULANMASI

I. GENEL OLARAK

Ceza muhakemesinin amacı, maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır. Maddi gerçeği ortaya çıkarmak amacı ile ceza yargılamasındaki yetkili sùjelerce; gecikmede sakınca bulunması halinde, ceza yargılamasına konu olan uyuşmazlığın kısa sürede çözümlenmesi, yargılama sonucunda kararların uygulanabilmesi, yargılama giderlerinin karşılanması için hüküm verilmeden önce kişilerin bazı temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilmesini gerektiren geçici tedbirlere başvurulur. Bu amaçlara ulaşmak için başvuru olan araçlar koruma tedbirleri olarak nitelendirilmektedir¹²¹. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için kovuşturma öncesi (soruşturma) ya da kovuşturma sırasında koruma tedbirlerine başvurulabilir¹²². Koruma tedbirlerinde kişilerin temel hak ve özgürlüklerine yönelik müdahale söz konusu olduğundan, hatta bazı koruma tedbirleri diğer koruma tedbirlerine kıyasla temel hak ve özgürlükleri daha çok etkilediğinden anayasalarda özel olarak düzenlenmiştir¹²³. AY'de temel hak ve özgürlükler konusu düzenlendikten sonra temel

¹²¹ Veli Özer **ÖZBEK**, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*. (Ankara: Seçkin, 1999) s. 19; Burcu **BAYTEMİR KONTACI**, Ali Şahin **KILIÇ**, Zeliha **KILIÇPARLAR**, Başar **PANCAROĞLU**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ed. Cumhur **ŞAHİN**, Neslihan **GÖKTÜRK**, (Ankara: Seçkin, 2019) s. 113; Kahan Onur **ARSLAN**, “İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması”, TBB, 2015, Sa. 120, s. 161; Can **CİHAN**, “Koruma Tedbiri Olarak Arama- Elkoyma” İBD, 2014, C. 88, Sa. 2, s. 213; Bahri **ÖZTÜRK**, Durmuş **TEZCAN**, Mustafa Ruhan **ERDEM**, Özge Sırma **GEZER**, Yasemin Filiz **SAYGILAR KIRIT**, Esra **ALAN AKCAN**, Efser **ERDEN TÛTÛNCÛ**, Özdem **ÖZAYDIN**, Derya **ALTINOK VILLEMIN**, Mehmet Can **TOK**, *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ed. Bahri **ÖZTÜRK** (Ankara: Seçkin, 2019) s. 267; Cumhur **ŞAHİN**, Neslihan **GÖKTÜRK**, *Ceza Muhakemesi Hukuku- I*. (Ankara: Seçkin, 2019) s.269; Nur **CENTEL**, Hamide **ZAFER**, *Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı*. (İstanbul: Beta, 2020) s. 295; Yener **ÜNVER**, Hakan **HAKERİ**, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 2*. (Ankara: Adalet, 2019) s. 679.

¹²² **CİHAN**, s. 213.

¹²³ Nevzat **TOROSLU**, Metin **FEYZİOĞLU**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. (Ankara: Savaş, 2017) s. 218; Feridun **YENİSEY**, Ayşe **NUHOĞLU**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. (Ankara: Seçkin, 2020) s. 314.

hak ve özgürlüklerin kısıtlanması, bu kısıtlanmanın hangi koşullarda olması gerektiği belirtilerek¹²⁴ uygulanacak olan kısıtlamalarda yasal bir düzenlemenin bulunması gerektiği koşuluna bağlanmıştır¹²⁵.

Koruma tedbirleri 5271 sayılı CMK'nin birinci kitabının dördüncü kısmında “*koruma tedbirleri*” başlığı altında düzenlenmiştir. Maddi gerçeği ortaya çıkarmak için başvurulacak koruma tedbirleri bir amaç değil araçtır¹²⁶. Koruma tedbirlerinin zorlayıcı bir niteliği bulunmaktadır¹²⁷. CMK’de “*yakalama ve gözaltı*”, “*tutuklama*”, “*adli kontrol*”, “*arama ve elkoyma*” gibi geleneksel koruma tedbirleri düzenlendiği gibi bunun yanı sıra “*telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi*”, “*teknik araçlarla izleme*”, “*beden muayenesi ve bedenden örnek alınması*”, “*moleküler genetik incelemeler*”, “*fizik kimliğin tespiti*”, “*gizli soruşturmacı görevlendirilmesi*” gibi modern koruma tedbirleri de düzenlenerek uygulanmaya başlanmıştır¹²⁸.

Koruma tedbirlerine delillerin elde edilmesi amacıyla başvurulacağı gibi toplanan delillerin korunması amacı ile de başvurulur¹²⁹.

Kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumayı amaçlayan devletin; ceza yargılamasının temel hedefi olan maddi gerçeği ortaya çıkarılması için en çok başvurulacak koruma tedbirlerinden biri de aramadır.

Arama, TDK Güncel Türkçe Sözlükte “*Sanığın yakalanması veya suç belgelerinin elde edilmesi için bir kimsenin evinde, iş yerinde, üzerinde veya eşyasında yapılan araştırma işlemi*” şeklinde tanımlanmıştır¹³⁰. Mevzuatımıza baktığımız zaman aramanın tanımı AY ve CMK’de düzenlenmemiştir. Ancak AY m. 20, m. 21 ve CMK m. 116-134 arasındaki düzenlemeler aramanın hangi usullere göre yapılacağını belirterek aramanın yasal dayanağını oluşturmuştur¹³¹. Aramanın tanımına ise adli

¹²⁴ **AY m. 13** “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*”

¹²⁵ Bahri **ÖZTÜRK**, Behiye **EKER KAZANCI**, Sesim **SOYER GÜLEÇ**, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*. (Ankara: Seçkin, 2017) s. 25.

¹²⁶ **ARSLAN**, s. 162.

¹²⁷ **ARSLAN**, s. 161.

¹²⁸ **ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ**, s.35.

¹²⁹ **ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞIZ**, “*Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*”, s. 172.

¹³⁰ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 03/01/2021).

¹³¹ Hüsnü **ALDEMİR**, *Adli- Önleme Arama ve Elkoyma*. (Ankara: Adalet, 2019) s.32.

arama tanımı olarak AÖAY m. 5'te önleme araması tanımı olarak m. 19'da rastlamaktayız¹³².

Arama görünürde ortada olmayan gizli olan bir şeyi¹³³, ilk olarak beş duyu ile sezilenemeyen bir eşyanın veya bir şahsın ortaya çıkarılmasını amaçlayan araştırma işlemini de içinde barındıran bir işlemdir¹³⁴. Saklı olmayan bir şeyi ele geçirme ya da gizlenmemiş bir kişi için yapılan yakalama işlemleri arama sayılmaz.¹³⁵ Suç işlenmesini engellemek, şüpheli, sanık, hükümlüyü yakalamak, işlenen bir suç ile ilgili olarak bazı eşya veya kazançların mülkiyetinin devlete aktarılmasını gerektiren müsadereye tabi olan eşyayı bulmak, delil elde etmek için, şüphelinin veya sanığın üçüncü kişinin konutunda, işyerinde ya da kendisine ait diğer yerlerde üstünde, eşyasında arama yapılabilir¹³⁶.

Arama, konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, vücut dokunulmazlığı, kişi özgürlüğü gibi birden çok temel hak ve özgürlüğe müdahale eden bir koruma tedbiridir¹³⁷. Böyle bir özelliğe sahip olduğundan, özellikle başta AY ve CMK olmak üzere ilgili mevzuatta özel olarak düzenlenmiştir. Aramanın Anayasada düzenlenmiş olmasında; bu koruma tedbirinin kişinin özel hayatına, konut dokunulmazlığına, vücut dokunulmazlığına, kişi özgürlüğüne tesir etmesi etkili olmuştur¹³⁸. Bu temel haklar

¹³² **AÖAY m.5** “Adli arama, bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir.”.

AÖAY m.19 “Önleme araması;

a) Millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması,

b) Suç işlenmesinin önlenmesi,

c) Taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti, amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin yazılı emriyle ikinci fıkrada belirtilen yerlerde, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kâğıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemidir.”.

¹³³ **YENİSEY, NUHOĞLU**, s. 396.

¹³⁴ **ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ**, s.114.

¹³⁵ Şemsettin **AKSOY**, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama*. (Ankara: Seçkin, 2007) s. 20.

¹³⁶ Hamza **ŞAHİN**, *Sulh Ceza Hakimliği Uygulamaları*. (Ankara: Adalet, 2019) s. 55; **ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ**, s.114; Fahrettin **DEMİRAĞ**, *Örneklerle Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemleri ve Adli Yazışmalar*. (Ankara: Seçkin, 2018) s. 288; **ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ÖZAYDIN, ALTINOK VILLEMIN, TOK**, s. 317; **ÜNVER, HAKERİ**, s.843.

¹³⁷ **ŞAHİN, GÖKTÜRK**, s.326; **CENTEL, ZAFER**, “*Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı*”, s. 345.

¹³⁸ **BAYTEMİR KONTACI, KILIÇ, KILIÇPARLAR, PANCAROĞLU**, s. 137- 138; **TOROSLU, FEYZİOĞLU**, s. 244.

ve özgürlükler aynı zamanda Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde de güvence altına alınan haklardandır.

II. ARAMANIN TÜRLERİ

Arama önleme araması ve adli arama olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kanun koyucu aramayı “önleme” ve “adli” arama şeklinde ayırarak, ikisinin işlevsel olarak farkını ortaya koymayı amaçlamıştır. Suç işlenmesini önlemek, kamu düzeninin ve güvenliğinin, genel ahlakın ve insanların hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla yapılan arama türüne önleme araması ya da idari arama, suç işlendikten sonra suçun, delillerin veya failin ele geçirilmesi için yapılan arama türüne ise adli arama denir¹³⁹.

CMK'de düzenlenen arama türü adli aramadır. Önleme araması CMK'de düzenlenmemiş olup başta PVSK, AÖAY ve kolluk görevlileri ile ilgili kanun ve yönetmeliklerde düzenlenmiştir.

A. ÖNLEME ARAMASI

Çağımızda insanlar gerek tercih ettikleri için gerekse birbirlerine ihtiyaç duydukları için bir arada yaşamaktadırlar. Bir arada yaşayan insanların oluşturdukları toplumda, bazı insanlardan kaynaklanabilecek ve sonucu istenmeyen muhtemel tehlike, düzen bozucu hareketler ve riskler oluşabilecektir. Kamu düzeninin korunması ve bozulmaması için sıradan insanlara görev verilmesi toplumda huzursuzluk, güven yoksunluğu ve kargaşa oluşmasına neden olabilecektir¹⁴⁰. Bu gibi olumsuz durumların oluşmaması için devlet, toplumda yaşayan tüm insanların hak ve özgürlüklerini korumakla görevlidir. Devlet toplumda yaşayan insanların hak ve özgürlüklerini korumak amacı ile henüz bir tehlike, risk, olumsuzluk gerçekleştirilmeden önce birtakım

¹³⁹ H. ŞAHİN, 56; Seyfullah ÇAKMAK, “Adliyelere Girişte Güvenlik ve Arama”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, 2009, Sa. 31, s. 133; Murat ÖNOK, “Adli- İdari Arama ve Uygulamadaki Sorunlar”, Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, ed. Nur CENTEL (İstanbul: On İki Levha, 2015) s. 260; DEMİRAĞ, s. 289.

¹⁴⁰ Zeliha ALPSOY, *Önleme Araması*. (Ankara: Adalet, 2019) s. 95.

tedbirlere başvurmaya yetkilidir¹⁴¹. Devlet bir suçun oluşmasından sonra bu tedbirlere başvuracağı gibi suç oluşmasını engellemek, kamu güvenini, huzurunu ve düzenini sağlamak amacı ile de yetkilerini kullanarak tedbirler uygulayabilir. Devlet bu yetkilerini kolluk aracılığı ile kullanır. Kolluğun görevi kamu düzenini sağlamak ve korumaktır¹⁴². Kolluğun uzak bir tehlikeyi önleme ve bu uzak tehlike yakınlaştığında ise bastırma görevi de bulunmaktadır¹⁴³.

Kamu düzeninin sağlanması ve korunması; kamu huzuru, kamu güvenliği, kamu sağlığı kavramlarının varlığı ile oluşur¹⁴⁴. Kolluğun suçun işlenmesinden önce kamu düzenini ve güvenliğini sağlamak, suç işlenmesini engellemek için kullandığı vasitalardan biri de önleme aramasıdır¹⁴⁵. Önleme araması “*arama- tarama*”, “*idari arama*”, “*uygulama*” şeklinde de adlandırılmaktadır¹⁴⁶.

Önleme araması hakkında açıklamalarımıza geçmeden önce durdurma ve kimlik sorma hakkında kısaca bilgi vermemizde fayda olacaktır.

Bir kişi hakkında önleme araması yapılabilmesi için öncelikle bu kişinin durdurulması gerekmektedir¹⁴⁷.

Durdurmanın, yasal dayanağı PVSK’de düzenlenen 4/A maddesidir. Bu madde PVSK’ye 2007 yılında eklenmiştir. 2007 yılından önce durdurma işlemi sadece AÖAY’de düzenlenmekteydi. Bu durum AY m. 13 ‘te belirtilen temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlandırmanın ancak kanunla olabileceği hükmüne aykırıydı. 2007’de 4/A maddesiyle PVSK’ye eklenen bu durum AY m. 13’te belirtilen “*kanunla*” sınırlandırılabilme koşuluna uygun bir duruma gelmiştir¹⁴⁸.

PVSK’nin durdurma ve kimlik sorma başlığını taşıyan 4/A maddesine göre kişilerin durdurulabilmesi ancak;

“a) Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek,

¹⁴¹ Rifat ÇULHA, Fahrettin DEMİRAĞ, Ayşe NUHOĞLU, Salih OKTAR, Durmuş TEZCAN, *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*. Ed. Feridun YENİSEY (Ankara: TBB Yayınları, 2018) s. 117-118.

¹⁴² GÖZLER, KAPLAN, s. 244; GÜNDAY, s. 290.

¹⁴³ Feridun YENİSEY, “*CMK’nın Genel Değerlendirmesi*”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2006, C. 1, Sa. 1, s. 12.

¹⁴⁴ GÖZLER, KAPLAN, s. 245; GÜNDAY, s.292.

¹⁴⁵ ALPSOY, s. 95.

¹⁴⁶ Nur CENTEL, Hamide ZAFER, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. (İstanbul: Beta, 2014) s. 396.

¹⁴⁷ Yunus Emre GÜL, “*PVSK’da Önleme Araması ve Durdurma*”, *İBD*, 2018, C. 92, Sa. 3, s. 218.

¹⁴⁸ GÜL, s. 219.

b) Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek,

c) Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek,

ç) Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek,” amacıyla mümkündür.

Polis tecrübe ve içinde bulunduğu durumdan edindiği izlenime dayalı olarak makul bir sebep ile kişileri durdurabilir, kimliğini sorabilir. Belirtmek gerekir ki, bu tecrübe polisin kendisinin tek başına edindiği tecrübe olmayıp, polislik mesleğinin oluşturmuş olduğu ortak, standart tecrübe olup, makul sebebin varlığının tespitinde meslekte yeterli bir deneyim edinmiş olan orta zekâlı bir kolluk görevlisinin düşüncesi dikkate alınır¹⁴⁹. Kimliği sorulan kişinin kimlik bilgilerini doğru bir şekilde ibraz etmesi zorunlu bir durumdur. Bu durum mevzuatımızda suç oluşturmaya bile kabahat olarak sayılmıştır¹⁵⁰. Kimliğini ibraz etmeyen, ya da ispatlayamayan kişi hakkında gözaltına alma veya tutuklanma işlemi yapılabilir. PYSK m. 4/A fıkra 9’da bu hususun düzenlenmesinin yanı sıra gözaltı veya tutuklama işleminin uygulanmasında CMK hükümlerinin uygulanması da düzenlenmiştir. Yine de kimliğini ispat edememe bir suç olmayıp kabahat olarak düzenlendiğinden ayrıca CMK’de de tutuklama sebepleri ve tutuklamaya neden olacak suçlar altında sayılmadığından bir kişinin bu şekilde tutuklanmasında CMK hükümleri uygulanmayacaktır¹⁵¹. Bu konu ile ilgili olarak kişiye yönelik tutuklama yapılamasa da gözaltına alma yoluna başvurulması hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir.¹⁵² Ancak şu hususu da belirtmek gerekir ki; durdurma ve kimlik sorma yetkisi kapsamında yapılacak olan hukuka uygun olmayan davranışların varlığında bu durumun gerek hukuki gerekse cezai sonuçlar doğurabileceği unutulmamalıdır¹⁵³.

¹⁴⁹ Mesut Bedri **ERYILMAZ**, “5681 Sayılı Kanun ile Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’ndaki (PYSK) Değişiklikler Sonrası Oluşan Yeni Durum: Bir Adım İleri, İki Adım Geri”, Ankara Barosu Dergisi, 2007, Sa. 3, s. 68.

¹⁵⁰ **GÜL**, s. 221.

¹⁵¹ **ERYILMAZ**, “5681 Sayılı Kanun ile Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’ndaki (PYSK) Değişiklikler Sonrası Oluşan Yeni Durum: Bir Adım İleri, İki Adım Geri”, s.66.

¹⁵² **GÜL**, s. 221.

¹⁵³ Ali İhsan **ERDAĞ**, “Kolluğun ‘Durdurma ve Kimlik Sorma’ Yetkisi (PYSK madde 4/A)”, Ankara Barosu Dergisi, 2010, Sa. 4, s. 57.

Durdurma yetkisi AÖAY m. 27’de de düzenlenmiştir. AÖAY m. 27’deki düzenlemede kolluğun bir kişiyi ya da aracını durdurma nedenleri tek tek sayılmıştır¹⁵⁴. Durdurma nedenleri arasında “*Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek*”, “*Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek*” de sayıldığından bu ibarelerden de anlaşılacağı üzere bu durum kolluğun “*muhtemel bir tehlikeyi önleme*” amaçlı başvurduğu yöntemlerden biridir. Kolluk çoğu zaman aracı veya kendisi durdurulan kişi hakkında önleme araması da yapmaktadır.

AÖAY m. 27’de “*...Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için, “umma” derecesinde makul şüphe bulunmalıdır. Somut emarelerle desteklenen şüphe bulunmadan, süreklilik arz edecek, fiilî durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma işlemi yapılamaz...*” şeklinde düzenleme yapılarak durdurma işleminin keyfi ve sürekli olarak yapılmasının önüne geçilmek istenmiştir.

PVSK m. 9 uyarınca, önleme araması kapsamında tehlike ve suçun oluşmasının önlenmesi maksadı ile usulüne uygun bir şekilde sulh ceza hâkimliği tarafından verilen bir karar ile ya da yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda¹⁵⁵ yetkili merciin vereceği yazılı bir emirle kişilerin üstleri, araçları, özel kâğıtları, eşyaları aranabilir. Ele geçirilen deliller olursa bu deliller korunmaya alınır, CMK hükümlerine uygun bir şekilde işlemler yapılır¹⁵⁶.

Önleme araması suç işlenmesine aracılık edecek bir eşyanın ele geçirilerek o suçun işlenmesini engelleme amacını da bünyesinde barındırır¹⁵⁷.

¹⁵⁴ “Kolluk, kişileri ve araçları; a) Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek, b) Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek, c) Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek, ç) Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek, amacıyla durdurabilir.”

¹⁵⁵ AAÖY’nin 4. maddesinde “*Tanımlar*” başlığı altında düzenlenen gecikmesinde sakınca görülen halin önleme aramaları bakımından tanımlanması; “*Önleme aramaları bakımından; derhâl işlem yapılmadığı takdirde, millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini, ... ifade eder.*” şeklinde yapılmıştır.

¹⁵⁶ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 116

¹⁵⁷ Mesut Bedri ERYILMAZ, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri. (Ankara: Seçkin, 2012) s. 436

Önleme aramasında suç işlenmesini veya tehlikeli bir durumu önlemenin yanı sıra Anayasada bahsedilen milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak ve toplumda yaşayan diğer insanların temel hak ve özgürlüklerinin de korunması da amaçlanır¹⁵⁸. Nitekim AY m. 20 ve m. 21 kişiler veya kişilerin sahip olduğu yer veya eşyası hakkında arama yapılmasını “... *Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması...*” sebeplerinden birinin varlığını aramıştır.

Önleme aramasında kural olarak karar verme bakımından yetkili merci sulh ceza hâkimliğidir. Gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda ise; yetkili merci mülki amirdir¹⁵⁹. Mülki amir; ilde merkezi teşkilatın başı olan vali¹⁶⁰, ilçelerde de merkezi idarenin ilçedeki temsilcisi olan kaymakamdır¹⁶¹.

AY m. 20 ve m. 21’de önleme- adli arama ayrımı yapmadan arama yapılmasının hâkim kararına bağlı olması gerektiğini belirtilmiştir. Gecikmesinde sakınca olan durumun varlığı olduğu zamanda da yetkili kılınan merciinin emri yazılı olmalı ve emir neticesinde bir şeye elkonulduysa yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunulmalıdır. Hâkim kararını kırk sekiz saat içinde açıklamalı, aksi takdirde elkoyma kendiliğinden kalkar. Önleme araması kapsamında Cumhuriyet savcısının ve kolluk amirinin arama emri vermeye yetkisi bulunmamaktadır¹⁶².

Önleme aramasında kişilerin üstlerinin, eşyasının, araçlarının, özel kâğıtlarının aranmasında, aramaya maruz kalan kişinin özel hayatına müdahale söz konusu olacağından¹⁶³ AY m. 20 ve m. 21’de sayılan sebeplerin varlığında arama yapılması durumunda AY m. 13 gereği bu hak sınırlansa bile hakkın özüne dokunulamaz¹⁶⁴.

AÖAY m. 20’ye göre arama kararının verilebilmesi için kolluk tarafından hazırlanan arama talep yazısında aramanın sebebi, aramanın konusu ve kapsamı,

¹⁵⁸ **ERYILMAZ**, “*Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*”, s. 438.

¹⁵⁹ **ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ**, “*Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*”, s. 226; **YENİSEY, NUHOĞLU**, s. 294.

¹⁶⁰ **GÖZLER, KAPLAN**, s. 73; **GÜNDAY**, s.460.

¹⁶¹ **GÖZLER, KAPLAN**, s. 76; **GÜNDAY**, s.464.

¹⁶² Mehmet **GÜMÜŞ**, *Avukatlar Hakkında Arama ve Elkoyma*, İstanbul, 2019 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s.43.

¹⁶³ Eşref Barış **BÖREKÇİ** “ *Yeni Düzenlemeler Işığında Önleme Aramaları* ” Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, C. 17, Sa. 3, s. 96; **ERYILMAZ**, “*Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*”, s. 436.

¹⁶⁴ **ERYILMAZ**, “*Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*”, s. 436; Kadir Can **ÖZEL**, “*Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama*”, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, DEÜHFD, 2019, C. 21, Özel Sayı, s. 1221.

aramanın yapılacağı yer, aramanın geçerli olacağı zamanın belirtilmesi gerekmektedir¹⁶⁵. Yine arama kararında da arama talep yazısında olduğu gibi konu, kapsam, yer, geçerli olacağı zaman belirtilmelidir¹⁶⁶.

Bazı yerlerde yürütülen işin vaziyeti veya o yerin konumu sebebiyle oluşabilecek tehlikeye karşı kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması için önleme araması yapılabilmektedir. Bu yerlere örnek olarak adliye, cezaevi, alışveriş merkezi, havaalanı giriş- çıkışları verilebilir¹⁶⁷.

Önleme aramasının hangi yerlerde yapılabileceğine ilişkin ayrıntılar AÖAY m. 19'da ve PVSK m. 9'da belirtilmiştir.

PVSK m. 9/5 ve AÖAY m. 19 konutlarda, yerleşim yerlerinde kamuya açık olmayan iş yeri ve eklentilerinde önleme araması yapılamayacağını belirtmiştir¹⁶⁸.

Usulünce verilmiş önleme araması kararının icrası sırasında elde edilen deliller, suç unsuru olabilecek nesneler koruma altına alınmalı, kolluk CMK hükümlerine uygun hareket etmelidir. Önleme aramasına ilişkin arama kararı veya mülki amirin yazılı emri ile henüz aramaya başlanmamışsa ve ortada adli aramanın koşulları varsa örneğin suç işlendiğine yönelik bir şüphe oluşmuşsa, bu durumda önleme araması kararına dayanarak önleme araması yapılamaz¹⁶⁹.

Mülki amirin yazılı emri veya hâkimin arama kararı olmaksızın önleme aramasının yapılacağı durumlar da vardır. Bu durumlar “*Hâkimden önleme araması kararı alınması gerekmeyen hâller*” başlığı altında AÖAY m. 25'te gösterilen durumlardır¹⁷⁰.

¹⁶⁵ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 116; Veli Özer ÖZBEK, Pınar BACAŞIZ, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, Ceza Hukuku Dergisi, 2006, C. 1, Sa. 1, s.156; YENİSEY, NUHOĞLU, S.294.

¹⁶⁶ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 295.

¹⁶⁷ CENTEL, ZAFER, “Ceza Muhakemesi Hukuku” s. 396.

¹⁶⁸ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 296.

¹⁶⁹ Ersan ŞEN, “Önleme Araması ile Adli Aramanın İnce Çizgisi”, 19/03.2017, <<https://www.hukukihaber.net/onleme-aramasi-ile-adli-aramanin-ince-cizgisi-makale,5194.html>>

(Erişim Tarihi: 15/01/2121).

¹⁷⁰ “a) Devletçe kamu hizmetine özgülenmiş bina ve her türlü tesislere giriş ve çıkışın belirli kurallara tâbi tutulduğu hâllerde, söz konusu tesislere girenlerin üstlerinin veya üzerlerindeki eşyanın veya araçlarının aranmasında,

b) 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun ek 1 inci maddesi kapsamında bulunan, sivil hava meydanlarında, limanlarda ve sınır kapılarında, binaların, uçakların, gemilerin ve her türlü deniz ve kara taşıtlarının, giren çıkan yolcuların X-ray cihazından geçirilerek, gerektiğinde üstünün ve eşyasının aranması ile buralarda görevli kamu kuruluşları ve özel kuruluşlar personelinin, üstlerinin, araçlarının ve eşyalarının aranmasında,

c) 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanununun 11 inci maddesi kapsamında, kişilerin üstünün, eşyalarının Olağanüstü Hâl Valisinin emriyle aranmasında,

AÖAY m. 25 son fıkraya göre bazı umuma açık veya kapalı olan özel işletmelerin veya teşebbüslerin girişlerinde örneğin alışveriş merkezlerinde, konser salonlarında, spor müsabakalarının düzenlendiği yerlerde içeri girerken kontrol yapılmaktadır. Buradaki kontroller içeri girmek isteyen şahısların rızasına bağlıdır. Kontrolden geçmek istemeyen kişiler buralara giremezler. Buraların güvenliği özel güvenlikler tarafından sağlandığı için aramalar özel güvenlik görevlilerince yapılır. Ancak bazen bu yerlerin özel niteliğine göre önleme aramaları kolluk güçlerince de yapılabilir¹⁷¹.

Kişilerin önleme araması kapsamında üstleri ve eşyası aranabilir. Arama insan onurunu zedelemeyecek şekilde gerçekleştirilmelidir¹⁷². Kolluk üst aramasını gerçekleştirmeden önce aranacak olan kişinin kaçmasını ve bu kişinin herhangi bir şekilde eylemde bulunmasını engelleyecek şekilde önlem alıp arama yapılacak olan alanın güvenliğini sağlamalıdır. Kolluk aramaya geçmeden önce mesleki kimliğini gösterir¹⁷³. Aramayı yapacak olan kolluk kuvvetinin cinsiyeti aranacak olan şahıs ile aynı olmalıdır. Ancak vücut ve yaşam konusunda oldukça yakın bir tehlike hali mevcut ise bu tehlikeyi önlemek amacıyla aynı cinsten kişinin arama yapması beklenmesi gerekmez¹⁷⁴. Kolluk, aranacak kişiye arama yapılmasının sebebini, konusunu, aranacak şey ne ise onu bildirir. Arama kişinin ya da aracının durdurulduğu yerde ve başkasının görmeyeceği şekilde yapılmalıdır. Arama mümkünse öncelikle elektronik cihazlar ile yapılmalıdır. Elektronik cihazlar ile arama yapılmasının mümkün olmadığı durumlarda ise beş duyu ile algılanabilecek şekilde üst araması yapılır¹⁷⁵. Arama sırasında aranacak kişinin vücut bütünlüğüne saygı gösterilmelidir. Aramanın yöntemi olayın özelliğine göre belirlenir. Bu yöntemler elle arama, diz çöktürerek arama,

d) 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 3 üncü maddesi kapsamında, konutların ve her türlü dernek, siyasî parti, sendika, kulüp gibi teşekküllere ait binaların, işyerlerinin, özel ve tüzel kişiliklere sahip müesseseler ve bunlara ait eklentilerin ve her türlü kapalı ve açık yerlerin, mektup, telgraf ve sair gönderilerin ve kişilerin üzerlerinin sıkıyönetim komutanının emriyle aranmasında,

e) Kanunların, muhafaza altına alınmalarına olanak verdiği kişilerin, üst veya eşyalarının aranmasında,

f) 26/4/1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun çerçevesinde görevli kolluğun, aynı Kanunun 79 uncu maddesindeki silâh taşıma yasağı kapsamında, silâh taşıdığından şüphelenilen kişilerin üstlerinin ve eşyalarının aranmasında.

Umuma açık veya açık olmayan özel işletmelerin, kurumların veya teşebbüslerin girişlerindeki kontroller, buralara girmek isteyen kimselerin rızasına bağlıdır. Kontrol edilmeyi kabul etmeyenler, bu gibi yerlere giremezler. Bu gibi yerlerde kontrol, esasta özel güvenlik görevlileri tarafından yerine getirilir. Ancak, bu yerlerin ve katılanların taşıyabilecekleri özel niteliklere göre, önleme aramaları kolluk güçleri tarafından yapılabilir.”

¹⁷¹ Duygu Çağlar DOĞAN, “Ceza Muhakemesinde Adli Arama” TBBD, 2011, Sa. 92, s. 164.

¹⁷² YENİSEY, NUHOĞLU, s. 296.

¹⁷³ ALPSOY, s. 105.

¹⁷⁴ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 297.

¹⁷⁵ ALPSOY, s. 106.

duvara yaslayarak arama şeklinde gerçekleştirilebilir¹⁷⁶. Aranacak olan kişi aramaya karşı kolluk kuvvetlerine direnirse kolluk orantılı olarak güç kullanabilir¹⁷⁷.

Arama sırasında kişinin üstünden çıkan özel kâğıt, zarf müsadereye tabi olan eşyalar vasfında değilse açılmaz. Kişinin üzerinde suç kanunca yasaklanan bir eşya taşıdığı izlenimine kapılan makul şüphe olması durumunda kişinin üstü çıkartılarak arama yapılabilir. Fakat bu durum son çare olarak başvurulacak bir durumdur. Aramanın sonucunda suç ibaresine ulaşılmışsa kişi yakalanabilir.

AÖAY m. 29’da araçlar hakkında aramanın ne şekilde yapılacağı düzenlenmiştir.

Deniz, kara yolu ulaşımı için kullanılan araçların aranması önleme araması kapsamında durdurulmak sureti ile yapılır. Seyir halinde olmayan araçların aranması ancak adli arama ile mümkündür. Önleme araması kapsamında yapılan araç aramaları aracın durdurulduğu konumda, mümkün olan en kısa sürede yapılmalı, kişilere sıkıntı vermeyecek ve başkalarının görmesini engelleyecek şekilde olmalıdır. Araçlar bakımından arama aracın gözle görülür kısmında yapılır, dışarıdan bakıldığında gözle görülmeyen yerlerin açılması örneğin araç torpidosunun açılması istenmez¹⁷⁸. Bunun haricinde kamu güvenliği ve düzenini sağlamak, suç işlenmesini önlemek amacı ile toplu taşıma araçlarında da önleme araması yapılmaktadır.

B. ADLİ ARAMA

Adli aramanın tanımı CMK’de yapılmamış, AÖAY’de yapılmıştır. AÖAY m. 5’ e göre adli arama “*Adli arama, bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir.*” şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁷⁶ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 297.

¹⁷⁷ Mesut Bedri ERYILMAZ, “Önleme Araması ve Uygulamada Karşılaşılan Problemler”, 09/01/2011, < <http://mesutbedrieryilmaz.blogspot.com/search?q=%C3%B6nleme+aramas%C4%B1> > (Erişim Tarihi: 12/03/2021).

¹⁷⁸ ERYILMAZ, “Önleme Araması ve Uygulamada Karşılaşılan Problemler” < <http://mesutbedrieryilmaz.blogspot.com/search?q=%C3%B6nleme+aramas%C4%B1> > (Erişim Tarihi: 12/03/2021).

Adli arama, CMK m. 116 ile m. 122. arasında “*arama ve elkoyma*” başlığı altında düzenlenmiştir. Adli arama kapsamında; bir suçu işleyen veya bir suçun işlenmesine iştirak eden kişiyi, suç işledikten sonra saklanan şüpheliyi, sanığı ya da hükümlüyü yakalamak, suç emarelerini ortaya çıkarmak, suç delillerini elde etmek, müsadereye tabi olan eşyaların ele geçirilmesi için kişinin temel hak ve özgürlükleri sınırlandırılarak kişinin üstünde, işyeri, konutu, özel kâğıtları ve kendisine ait diğer şey ve yerlerde arama yapılabilir.

Arama tedbiri, kişilerin özel hayatı, konut dokunulmazlığı, kişi güvenliği, vücut dokunulmazlığı gibi temel haklar ile yakından ilgilidir. Bu haklar mutlak haklardan olup sınırlaması ancak yasa ile ve AY’nin öngördüğü şartlar dâhilinde mümkün olabilir. Aramanın konusunu kişilerin konutu, taşınabilir malı ve bizzat kişiler de oluşturabilir. Bu bakımdan kişilerin üstünde, evinde, işyerinde, bu yerlerin eklentilerinde ve bu kişilere ait başkaca yerlerde arama yapılabilir.

Arama gizli olanı ortaya çıkarmak amacı ile yapılır. Açıkta gözle görülen bir şeyin alınması arama sayılmamaktadır¹⁷⁹.

1. Hukuki Niteliği

Arama, CMK’de düzenlenen koruma tedbirlerinden biridir. Arama bir koruma tedbiri olduğundan diğer koruma tedbirleri için geçerli olan özellikler arama için de kuşkusuz geçerlidir¹⁸⁰. Koruma tedbirlerinin özelliklerine baktığımız zaman bu tedbirler hükümden önce kişilerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlama, geçici olma, araç olma, gecikmede sakınca ve oranlılık özelliğine sahiptir¹⁸¹. Arama koruma tedbiri konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği gibi anayasal haklara müdahale edebileceğinden bu haklara gelecek olan zararı engellemek amacıyla birtakım güvencelerin olması gerektiği konusunda düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemelere; arama tedbirine karar verme yetkisinin kural olarak hâkime ait olması, sadece gecikmesinin sakınca olduğu istisnai durumda Cumhuriyet savcısına ya da kolluk amirine yetki verilmesi, bazı arama işlemlerinde arama sırasında bulunma zorunluluğu olan işlem tanıkları örnek olarak gösterilebilir¹⁸².

¹⁷⁹ ÖZBEK, s. 17; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 396.

¹⁸⁰ Yasemin Filiz SAYGILAR, “Arama”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C. 1 (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008) s. 629.

¹⁸¹ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 124.

¹⁸² SAYGILAR, s. 629.

Günümüzde insan haklarını koruyucu ve geliştirici düzenlemeler bulunan toplumlarda devletin temel haklara müdahale etme sınırı belirlenmiştir¹⁸³. Hukuk devleti olmanın gereği de budur. Arama gibi temel haklara müdahalede bulunan bir tedbirin insan hakları açısından AY m. 20 ve m. 21, AİHS m. 8 tarafından güvenceye alınması bu bakımdan son derece önemlidir. Nitekim CMK’de de aramaya ilişkin düzenlemelerde birtakım güvence getirilerek kişilerin hakları korunmaya çalışılmıştır¹⁸⁴. Arama tedbirinde keyfi bir uygulama yapılmasının önüne geçilmesi için belirlilik ilkesine uyulması gerekir. Bu belirlilikle tedbirin sınırları çizilmelidir. Aksi takdirde bu durum arama tedbiri ve ondan elde edilecek olan delillerin hukuka aykırı delil olarak nitelendirilmesine sebep olur¹⁸⁵.

2. Aramanın Amacı

Arama görünürde gözükmeyen saklı olan bir şeyin ortaya çıkarılması, soruşturma aşamasında şüphelinin, kovuşturma aşamasında sanığın yakalanması, suç delillerini elde edilmesi, müsadere tabi olan bir eşyanın ele geçirilmesi için başvuru olan bir işlemdir. Bu sebeple aramanın amacını yakalama ve elkoyma oluşturur¹⁸⁶. Arama işlemi bu amaçların herhangi bir tanesini gerçekleştirmek amacı ile yapılabileceği gibi amaçlarının tamamına yönelik de yapılabilir¹⁸⁷. Örneğin sanığın yakalanması için evinde yapılan arama işlemi hem sanığın yakalanması hem de suç aletine ulaşıp el konulması amacı ile de gerçekleştirilebilir.

Arama koruma tedbiri her ne kadar kanunda özel olarak düzenlenmiş bir tedbir olsa da genelde yakalama ve elkoyma ile iç içe geçmiş bir durumda ve çoğu zaman yakalama ve elkoyma tedbirine aracı konumdadır. Bu sebeple aramada doğrudan olarak amaç elkoyma ve yakalama olsa da bunların dışında başlı başına kendine özgü bir koruma tedbiridir¹⁸⁸.

¹⁸³ M. Serhat **KAŞIKARA**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Elde Etme Yasakları”, Ceza Hukuku Dergisi, 2009, C. 4, Sa. 10, s. 178.

¹⁸⁴ Durmuş **TEZCAN**, Mustafa Ruhan **ERDEM**, Oğuz **SANCAKDAR**, Rifat Murat **ÖNOK**, *İnsan Hakları El Kitabı*. (Ankara: Seçkin, 2019) s.40.

¹⁸⁵ Hasan Serdar **ÇÖPOĞLU**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi” Ankara Barosu Dergisi, 2019, Sa. 1, s. 157.

¹⁸⁶ **ÖZBEK**, s. 53; Wolfgang **WOHLERS**, “Alman Ceza Hukukuna Göre Aramadaki Temel ve Güncel Sorunlar”, Çev. Kerem **ÖZ**, Hukuk Köprüsü Dergisi, 2015, C. 4, Sa. 9, s. 206 (Alman Hukuku’nda da aramanın iki amacı olduğu kabul edilmektedir: “Yakalama” ve “ispat araçlarının ortaya çıkarılması”); **ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ**, “Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler”, s. 229; **SAYGILAR**, s. 629- 630.

¹⁸⁷ **ÖZBEK**, s.53.

¹⁸⁸ **ÖZBEK**, s. 53.

3. Adli Aramanın Şartları

Hukuka uygun bir aramadan bahsedilebilmesi için aramanın bazı şartlara sahip olması gerekmektedir. Aşağıda detaylıca değineceğimiz arama şartlarının yokluğu durumunda hukuka uygun bir arama söz konusu olmayacak ve bu durum hukuka aykırı olan aramanın sonuçlarını doğuracaktır¹⁸⁹.

a. Makul Şüphenin Varlığı

Şüphe kelimesinin kökeni Arapça, Türkçe anlamı ise kuşku olup “*bir olguyla ilgili gerçeğin ne olduğunu kestirememekten doğan kararsızlık, kuruntu, işkil, şüphe, acaba.*” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁹⁰. Ceza muhakemesinde, maddi gerçeği ortaya çıkarmak amacıyla ceza soruşturmasını başlatan şüphe yok edilmelidir. Şüphenin yok edilmesi ile bir suç işlediği anlaşılan sanık ya hüküm giyer, ya da suç şüphesi haksız olarak sanığa yönlendirilmişse sanık beraat eder¹⁹¹. Şüphenin yok edilemediği durumlarda ise ceza hukukunun temel prensiplerinden biri olan durum ortaya çıkar ve “*şüpheden sanık yararlanır*”¹⁹². Muhakeme için toplanan tüm deliller şüpheyi yenemezse sanık için lehe karar verilir¹⁹³. Nitekim AİHS’nin 6. maddesinin 2. fıkrası şu şekildedir: “*Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.*” Bu maddede düzenlenen “*masumiyet karinesi*” gereğince şüpheden sanık yararlanır¹⁹⁴. Ceza muhakemesi sistemimizde sanığa ceza verilebilmesi, suçun şüpheyi yer vermeyecek şekilde kanıtlanmasına bağlıdır¹⁹⁵.

CMK m. 116¹⁹⁶ uyarınca; şüphelinin veya sanığın yakalanması, delillerin elde edilmesi, müsadereye tabi olan eşyalara elkonulması amacı ile arama yapılabilmesi için makul şüphenin varlığı gerekmektedir¹⁹⁷. CMK’de makul şüphenin tanımı

¹⁸⁹ Yeşim **YILMAZ**, “Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama” TBBT, 2016, Sa. 124, s. 255.

¹⁹⁰ < <https://sozluk.gov.tr/> > (Erişim Tarihi: 29/01/2021).

¹⁹¹ **ERYILMAZ**, “Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri” s. 42.

¹⁹² **ERYILMAZ**, “Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri” s. 42-43; **ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ**, “Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler”, s. 61; **ÜNVER, HAKERİ**, s. 1533.

¹⁹³ **ÜNVER, HAKERİ**, s. 1533.

¹⁹⁴ **YENİSEY, NUHOĞLU**, s.84.

¹⁹⁵ Mehmet **YAYLA**, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat ve Şüphe* (Ankara: Seçkin, 2016), s. 113.

¹⁹⁶ “*Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.*”

“21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunun 9 uncu maddesiyle bu fıkra da yer alan ‘makul’ ibaresi ‘somut delillere dayalı kuvvetli’ şeklinde değiştirilmiş, daha sonra 2/12/2014 tarihli ve 6572 sayılı Kanunun 40 ıncı maddesiyle bu fıkra da yer alan ‘somut delillere dayalı kuvvetli’ ibaresi ‘makul’ şeklinde değiştirilmiştir.”

¹⁹⁷ Bkz. Yar. 8. CD, 2019/23580 E. 2020/837 K. 15/01/2020 T. sayılı kararı.

yapılmamış olup bu boşluk AÖAY m. 6/1’de giderilmeye çalışılmıştır. Makul kelimesi “akla uygun, akıllıca”¹⁹⁸ anlamına gelmektedir. Şüphe ile makul kelimesi ile oluşan makul şüphe ise akla, mantığa uygun olan şüphe anlamına gelmektedir. AÖAY m. 6/1’e göre makul şüphe “...hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir.” Suç delillerini elde etme, şüpheli ya da sanığı yakalama, müsadereye tabi olan eşyalara elkoyma amacı konularında makul şüphe nedeni yoksa arama işlemi yapılamaz¹⁹⁹. Yasa koyucu arama koruma tedbiri için kuvvetli ya da yeterli şüpheyi değil bu şüphe derecelerine göre daha az yoğunlukta olan makul şüpheyi yeğlemiştir. Makul şüphe, somut ve objektif olarak içinde iki unsur barındırır²⁰⁰. Makul şüphenin sübjektif unsuru kolluk görevlisinin mesleki tecrübesine dayalı değerlendirmeyi içerirken²⁰¹, objektif unsuru ise sıradan, orta zekâlı, makul bir kişinin somut olay karşısındaki değerlendirmesidir²⁰². AÖAY m. 6/4 ve m. 6/5’e göre makul şüphenin somut olgulara dayanması ve yapılan arama sonucunda belirli bir eşyanın bulunacağı veya belirli bir kişinin yakalanacağına yönelik öngörmeyi gerektiren somut olguların varlığı gerekmektedir. Yine AÖAY’nin m. 6’nın 3. fıkrasına göre gelen şikâyet veya ihbar üzerine arama yapılmak istenilmesi durumunda tek başına ihbar veya şikâyet arama yapılması için yeterli değildir. Bu şikâyet veya ihbarın emarelerle de desteklenmesi gerekir²⁰³. Bu şikâyet veya ihbarda arama için gerekli olan makul şüphenin oluşabilmesi için gelen şikâyet veya ihbarlar, ihbar veya şikâyete konu olan adres, ihbar veya şikâyet edilen kişi hakkında suç ile ilgili bağlantısı olup olmadığı, ihbarı yapan kişinin güvenilir olup olmadığı hususunda gerekli araştırmalar yapılmalıdır²⁰⁴.

CMK m. 116 ve m. 117 aramaya maruz kalacak kişi bakımından farklı durumlar öngörmüştür²⁰⁵. Aramaya maruz kalacak olan kişi şüpheli veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait olan başkaca yerler ise, bu kişinin yakalanması, suç delili veya müsadereye tabi olan eşya ele geçirilmesi için makul şüphe yeterlidir. Eğer arama işlemi şüpheli veya sanık olmayan bir kişi hakkında icra edilecekse “aramanın

< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 01/02/2021).

¹⁹⁸ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 23/01/2021).

¹⁹⁹ Uğur ORHAN, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma*, (Ankara: Yetkin, 2019) s. 33.

²⁰⁰ ORHAN, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, s.34.

²⁰¹ ALDEMİR, s.37.

²⁰² ALDEMİR, s. 37; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 399.

²⁰³ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 399.

²⁰⁴ ORHAN, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, s. 35; ALDEMİR, s. 38.

²⁰⁵ DOĞAN, s. 166.

yapılması, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır”. Şüpheli ya da sanığın haricinde aramaya maruz kalacak diğer kişiler hakkında aramaya tabi tutulmasında makul şüpheden öte böyle bir hükmün yer alması isabetlidir. Çünkü bu kişiler şüpheli ya da sanık konumunda değillerdir²⁰⁶.

b. Yetkili Merci Tarafından Verilmiş Arama Kararının veya Arama Emrinin Bulunması

Arama koruma tedbiri temel haklara müdahale edebileceğinden bir kişi veya yer hakkında arama yapılabilmesi kural olarak hâkim kararına bağlıdır²⁰⁷. Fakat gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda kanunca yetkili kılınmış mercinin yazılı emri ile arama yapılabilir. Bu yetki istisnai bir yetki olup bu yetkinin kullanılmasındaki ön şart gecikmesinde sakınca bulunan durumun varlığıdır²⁰⁸. Bu durum AY m. 20 ve m. 21’de de düzenlenmiştir. Kanunca yetkili kılınmış merciden birincisi Cumhuriyet savcısı; ikincisi ise Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı durumlarda kolluk amiridir.

Gecikmesinde sakınca bulunan istisnai durumlarda Cumhuriyet savcısının, ona ulaşamadığı durumlarda ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlilerince arama yapılabilir²⁰⁹. Bireyin hakkına yönelik bir müdahale söz konusu olacağından kural olarak hâkim kararının olması şartı bir güvence ve hukuk devleti olmanın gereğidir²¹⁰. Hâkimce aramaya ilişkin verilen karara “arama kararı” yetkili mercice verilen karara ise “arama emri” denir. AY ve CMK hükümlerine göre arama kararı veya arama emri yazılı olmalıdır. Arama yapılabilmesi için kural olarak hâkim tarafından bir karar verilmesi gerektiği hususu hukuk devleti ve kişilere yönelik güvence sağlaması açısından son derece önemlidir. Çünkü arama koruma tedbirinde hakkında arama kararı verilen kişilerin temel hak ve özgürlüklerine yönelik bir müdahale söz konusudur. Hâkimden kastedilen soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimidir. Arama tedbirine kovuşturma aşamasında da başvurulabilir. Bu durumda arama kararı vermeye yetkisi davaya bakmakla görevli hâkim (tek hâkimli mahkemeler) veya mahkemedir²¹¹. Mahkeme veya hâkim tarafından verilen arama

²⁰⁶ ORHAN, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, s. 36-37.

²⁰⁷ AKSOY, s. 70; ÖZBEK, BACAŞIZ, s. 177; ÖZEL, s. 1233.

²⁰⁸ Y. YILMAZ, s. 261.

²⁰⁹ ÖZEL, s. 1233.

²¹⁰ ÖZBEK, s. 68.

²¹¹ Mustafa ÖZEN, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku*. (Ankara: Adalet, 2019) s.684.

kararından sonra kararın icrası için arama kararı aramanın yapılacağı yerdeki Cumhuriyet savcılığına gönderilir. Arama, Cumhuriyet savcılığı tarafından kolluk aracılığı ile yerine getirilir. Aramanın sonucunda tutanak düzenlenerek arama kararını veren davaya bakmakla görevli hâkim veya mahkemeye gönderilir²¹².

Gecikmesinde sakınca bulunan durum adli aramalar bakımından AÖAY m. 4'te *“derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlin yetkili merciin yazılı emri ile de arama yapılabilir”* şeklinde tanımlanmıştır.

Gecikmesinde sakınca bulunan durumun varlığında, hem Cumhuriyet savcısı hem de kolluk amiri bakımından arama için yazılı emir vermesi söz konusu olduğundan bir noktaya temas etmek gerekir. Arama yapılabilmesi için Cumhuriyet savcısının yazılı emrine başvurulması durumunda hâkim kararı almak için yeterince zamanın olmaması gerekir. Fakat Cumhuriyet savcısından yazılı emir alınması için yeterince zaman vardır. Bir başka deyişle Cumhuriyet savcısına ulaşılabilmesi hâkime göre daha kolaydır. Çünkü Cumhuriyet başsavcılıklarına arama için karar vermek üzere yirmi dört saatlik süreler ile nöbetçi Cumhuriyet savcısı görevlendirme yetkisi verilmiştir²¹³. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısına ulaşamama olasılığı pek de mümkün değildir. Gecikmesinde sakınca olmayan durumun varlığında Cumhuriyet savcısınca verilen yazılı arama emrinin icrası yapılmışsa yapılan arama işlemleri hüküm kurulurken esas alınmaz²¹⁴. Bu sebeple gecikme sebebinin gerekçelendirilmesi gerekir. Cumhuriyet savcısının verdiği arama emri hâkim onayına tabi değildir ancak yapılan arama sonucunda bir eşyaya elkonulursa bu durumun yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulması gerekir²¹⁵.

Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı durumlarda kolluk amirinin yazılı emri ile de arama yapılabilir. Ancak; CMK m. 119'da belirtildiği üzere konutta, iş yerinde, kamuya açık olmayan kapalı alanlarda kolluk amirinin yazılı emri ile arama yapılamaz. Şu halde makul şüphenin varlığının yanı sıra kolluk amiri tarafından verilen arama

²¹² ORHAN, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, s. 38.

²¹³ Mustafa ARSLANTÜRK, *Cumhuriyet Savcısının Soruşturma Temel Kitabı*. (Ankara: Seçkin, 2018) s. 200.

²¹⁴ Bkz. Yar. 7. CD, 2016/5277 E. 2020/8963 K. 11/06/2020 T. sayılı kararı.

< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 18/05/2021).

²¹⁵ ORHAN, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, s. 41.

emri ile yapılan aramanın geçerli olabilmesi; gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun varlığına, Cumhuriyet savcısına ulaşılamamasına, arama yapılacak yerin konut, işyeri, kamuya açık olmayan kapalı alan olmamasına bağlıdır²¹⁶.

CMK m. 119/3'e göre; hâkim tarafından verilen arama kararında veya yetkili mercii tarafından verilen arama emrinin içeriğinde; arama yapılmasına neden olan fiil, hakkında arama yapılacak olan kişinin kimlik bilgileri, arama yapılacak konutun veya arama yapılacak diğer yerlerin adresi, arama yapılacak eşyanın bilgisi, arama kararının veya arama emrinin hangi süre zarfında yapılacağı açıkça gösterilmelidir.

Soruşturma evresinin başında bazen arama kararı veya emrinde aramanın nedenini oluşturan fiilin ve suçun nitelendirilmesinin tam ve eksiksiz tüm ayrıntıları belirtilmeyebilir. Suçun genel bir şekilde belirtilmesi gerekli ve yeterlidir²¹⁷. Örneğin soruşturma aşamasında evinde kullanmak için uyuşturucu madde bulunduran şüpheli kişi hakkında evinde yapılan aramada uyuşturucu madde ticaretinde de kullanılan hassas terazi ve kişisel kullanım sınırını aşan satışa hazır paketlerin bulunması durumunda bu eşyalara da elkonulmuş ise arama geçerli olacaktır. Nitekim CMK m. 138'de tesadüfen elde edilen delillerin muhafaza altına alınabileceği ve böyle bir elkoyma söz konusu olduysa bu durumun derhal Cumhuriyet savcısına bildirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu tür deliller tesadüfi bir şekilde elde edilmesine bağlı olarak hukuka aykırı sayılmaz ve muhakeme aşamasında kullanılabilir²¹⁸.

Hakkında arama kararı ya da arama emri verilen kişinin kim olduğu arama kararı veya emrinde açıkça belirtilmesi gerekmektedir²¹⁹. Ancak kişinin kimlik bilgilerinin tam olarak bilinmediği bir durumla karşılaşılabilir. Böyle bir durum söz konusu olursa kişi hakkında bilinen bilgiler, eşkâli arama kararı veya emrine yazılmalıdır. Arama tedbirinin soruşturma evresinin başlarında uygulandığı zamanlarda kişinin tam kimlik ve eşkâl bilgileri bilinmeyebilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus başka birinin haksız yere yakalanmasını önlemek ve bu konuda gereken dikkat ve özen yükümlülüğünü göstermektir²²⁰.

²¹⁶ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s.131.

²¹⁷ ALDEMİR, s. 67.

²¹⁸ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s.149.

²¹⁹ ÖZBEK, BACAĞIZ, s. 161.

²²⁰ ALDEMİR, s. 67.

Arama kararı veya arama emrinde arama yapılacak olan yerin açık adresinin belirtilmesi gerekmektedir. Bu yer ile ilgili olan bilgilerin olabildiğince açık ve kesin olarak yazılması gerekir.²²¹ Örneğin şüpheli ya da sanığın birden fazla konutu, iş yeri, bu yerlerin eklentileri veya sahibi olduğu diğer yerler hakkında yapılacak olan aramada bu yerlerle ilgili olarak adreslerin net bir şekilde yazılması gerekir. Arama yapılacak olan yer hakkında kesin ve açık bir bilginin bilinmemesi durumunda arama kararı veya arama emrinde arama yapılacak yerin mahal, parsel, ada bilgilerinin belirtilmesi gerekmektedir²²². Böyle bir durum ile karşılaşıldığında; önem arz eden husus arama yapılacak yer için mümkün olduğunca hataya yer vermeyecek şekilde bilgilerin yazılmasıdır²²³.

Arama kararı veya arama emrinde yer alması gereken bir başka nokta da kararın veya emrin geçerli olacağı süredir²²⁴. Bu sürenin olayın özüne göre, aramanın makul bir süre zarfında icra edilmesini sağlayacak şekilde belirlenmesi gerekir²²⁵. Genelleme yapılarak, orantısız, makul olmayacak şekilde geçerlilik süresinin uzun tutulması durumunda hukuka aykırı bir aramadan söz edilecektir²²⁶.

Bir görüş; gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda yetkili mercilerden Cumhuriyet savcısı veya kolluk amirince verilen yazılı arama emri bakımından bu emrin derhal icra edilmesi gerekeceğinden bir sürenin belirlenmesine gerek olmayacağını, çünkü Cumhuriyet savcısının veya kolluk amirinin birkaç gün sonra uygulanması için arama emri veremeyeceğini ifade etmiştir.²²⁷

AÖAY m. 8’de “*Karar alınmadan yapılacak arama*” işlemlerinin hangi durumlarda mümkün olacağı düzenlenmiştir²²⁸.

²²¹ ORHAN, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma*”, s. 44.

²²² ORHAN, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma*”, s. 44-45; ALDEMİR, s. 68.

²²³ ORHAN, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma*”, s. 45.

²²⁴ ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, “*Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*”, s. 246; YILMAZ, s. 266; ÖZEL, s. 1237.

²²⁵ ALDEMİR, s. 68; ÖZBEK, BACAŞIZ, s. 179-180; ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, “*Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*”, s. 246.

²²⁶ ALDEMİR, s. 108; ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, “*Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*”, s. 246.

²²⁷ ORHAN, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma*”, s. 45-46.

²²⁸ “a) Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında giyabî tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde, (Danıştay Onuncu Dairesinin 13/3/2007 tarihli ve E.:2005/6392, K.: 2007/948 sayılı Kararı ile ‘yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada’ ibaresi iptal edilmiş; yapılan temyiz sonucu Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 14/9/2012 tarihli ve E.: 2007/2257, K.: 2012/1117 sayılı Kararı ile İptal Kararı onanmıştır.)

Üzerinde durulması gereken noktalardan biri de arama kararı veya arama emri olmaksızın kişinin aramaya rıza göstermesi durumunda arama işlemi yapılmasının mümkün olup olmayacağıdır. Kişinin rızası ile arama yapılması ile ilgili olarak Danıştay 10. Dairesi, 2005/6392 E. 2007/948 K. 13/03/2007 T. sayılı kararı ile AÖAY m. 8/1 f bendinde yer alan yer alan “*ilgilinin rızası*” ibaresini iptal etmiştir. Bu durumun özellikle AY m. 20 ve m. 21 kapsamında konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliğine ilişkin haklara zarar verdiğini bu hakların dokunulmaz, devredilemez, vazgeçilmez ve kişiliğe bağlı nitelikteki haklardan olduğunu ve temel hak ve özgürlüklerin ancak Anayasa’da belirtilen sebeplerle sınırlanabileceğini, sınırlama sebepleri arasında ilgilinin rızası olmadığından kişinin arama yapılması için kolluk kuvvetlerine rıza gösterilmesi durumunda bu rızanın geçerli bir rıza olmayacağını, kolluk ile kişi arasında güç dengesizliği olacağından rızanın sakatlanmış sayılacağını belirtmiştir²²⁹. Böylece hukukumuzda rızaya dayalı arama yapılmasını mümkün kılan bu düzenleme kaldırılmıştır²³⁰.

Arama kararı veya emri olmaksızın arama yapılabilmesini düzenleyen başka bir madde ise AÖAY m. 9’daki “*Suç işlenen yerlerde, sebep ve sonuç ilişkisini ortaya*

b) Hâkim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile veya kolluk tarafından doğrudan yakalanan kişinin, kendisine, başkalarına veya yakalama işlemi yapan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla yapılacak kaba üst aramasında,

c) Gözaltına alınan kişinin, nezarethaneye konmadan önce yapılan üst aramasında,

d) Herhangi bir sebeple hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin veya işlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun failinin yakalanması amacıyla takibi sırasında girdikleri araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda,

e) (Değişik:RG-29/4/2016-29698) 1) 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 9 uncu maddesinin ikinci fıkrası kapsamında gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşku edilen kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçlarının gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranmasında,

2) 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden girilmesi, çıkılması ve geçilmesi yasak olan gümrük bölgesinde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçlarının yetkili memurlar tarafından durdurularak bu kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçlarının aranmasında,

f) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 24 üncü maddesindeki kanunun hükmü ve âmirin emrini yerine getirme, 25 inci maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ve 26 ncı maddesindeki hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası ile diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri ve suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayatı tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için (Danıştay Onuncu Dairesinin 13/3/2007 tarihli ve E.:2005/6392, K.: 2007/948 sayılı Kararı ile ‘ilgilinin rızası’ ibaresi iptal edilmiş; yapılan temyiz sonucu Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 14/9/2012 tarihli ve E.: 2007/2257, K.: 2012/1117 sayılı Kararı ile İptal Kararı onanmıştır.)”.

²²⁹ Danıştay 10. Dairesi, 2005/6392 E. 2007/948 K. 13/03/2007 T. sayılı kararı

<<https://ezproxy.iku.edu.tr:3358/belge/d-10-d-e-2005-6392-k-2007-948-t-13-03-2007-danistay-10-daire-karari/619238/>> (Erişim Tarihi: 25/05/2021).

²³⁰ ALPSOY, s. 157.

koyacak delillerin aranması, bulunması ve el koyulması için geliştirilmiş bilimsel ve teknik araştırma işlemlerinin, herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlarda yapılması için bir emir veya karar gerekmez.” hükmüdür.

c. Arama Tutanağı Düzenlenmesi

Aramanın icrasından sonra, arama işleminin belgelendirilmesi gerekir. Arama tutanağında aramayı yapan kişilerin açık kimlik bilgileri yazılır. Aramaya katılanlar imzadan imtina etmek isteyebilir. Bu durum tutanağa geçirilir. Tutanak aramaya katılanlar ve hazır bulunanlarca imzalanır. Bir sureti ilgili kişiye verilir. Arama sonunda düzenlenen tutanakta aramanın dayandığı arama kararı ya da arama emri, aramanın başlangıç ve bitiş saatleri, işlemi yapanların kimlik bilgileri, varsa arama tanıklarının bilgileri, arama sırasında ele geçirilen delil, eşya ve emarelerin olduysa bunların bilgileri tutanağa yazılır²³¹. Gerçekleşmemiş bir olayın ya da durumun tutanağa geçirilmesinden kaçınılmalıdır. Arama işlemi sırasında bulunmayan kişilerin tutanağı imzalaması hukuka aykırıdır. Aramaya katılan kişiler aramanın başladığı zaman katılmamış olabilirler, bu kişiler aramaya ne zaman ve ne şekilde katıldılarsa bu durum tutanağa açıkça yazılması gerekmektedir²³².

Aramanın hukuka uygun bir şekilde gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti bakımından tutanak adeta bir rehberdir. Arama işleminin hukuka uygun olup olmadığı, hükme esas alınıp alınmayacağı, arama işlemine yapılan itirazlar arama tutanağında yer alan bilgilere göre yapılır²³³. Hukuka aykırı aramanın sonucunda oluşan haksız aramanın varlığında da bu tutanağın kullanılması önemlidir²³⁴.

d. Aramanın Yapılacağı Zaman Bakımından Şartlar

CMK m. 119/2 c bendi ve AÖAY m. 7/7 c bendinde birbirlerine paralel olan düzenlemelerde belirtildiği üzere, verilen arama kararı veya emrinin geçerlilik süresinin belli olması gerekir. Burada geçerlilik süresi, aramanın icra edileceği zaman değil, arama emrinin ya da arama kararının ne kadar süre geçerli olduğudur. Uygulamada genellikle aramanın yapılacağı zaman belirtilmesine karşın, arama kararının veya arama emrinin geçerlilik süresi belirtilmemektedir. Bu durum arama

²³¹ ORHAN, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, s. 86; DOĞAN, s. 178; ÇÖPOĞLU, s. 190; DEMİRAĞ, s.292; ÖZEL, s. 1246.

²³² ALDEMİR, s. 186.

²³³ ALDEMİR, s. 186.

²³⁴ SAYGILAR, s 642.

kararını veya arama emrini geçersiz hale getirmez, fakat geçerlilik süresinin kararda veya emirde olmadığı durumda aramanın icrasının karar veya emirde belirtilen zaman aralığında yapılması gerekir. Örneğin arama kararı veya emrinin geçerlilik süresinin belli olmadığı 07/02/2021 tarihinde gündüz vakti için verilen bir karar veya emirde arama o gün gündüz vaktinin bitimine kadar yapılacaktır. Aramanın bir gün sonra ya da gelecek bir zamanda yapılması mümkün olmayacaktır. Örnekten yola çıkarak arama kararı veya arama emrinin geçerli olduğu süre zarfı kararın veya emrin verildiği andan başlayarak gündüz vaktinin son bulunduğu andır²³⁵. Aramanın icrasına arama kararı veya emrinde belirtilen geçerlilik süresinde başlanması yeterli ve geçerli olup, bu zaman diliminde tamamlanması şart değildir.

Arama kararı veya emrinin geçerlilik süresi tayin edilirken her olayın özellikleri dikkate alınmalıdır²³⁶. Olayın özüne aykırı bir şekilde, gerekçesiz, genel, kapsayıcı, uzun zaman dilimi için verilen arama kararı veya emri kanuna aykırılık teşkil edecektir²³⁷.

AÖAY m. 31'e göre aksine bir durum olmadıkça arama kararı veya emri bir kerelik arama yetkisi verir. Hakkında arama kararı veya arama emri ile arama yapılmış bir yer için tekrardan arama yapılabilmesi yeni bir karar veya emri almayı gerekli kılar²³⁸.

Tatil günlerinde arama yapılıp yapılmayacağı konusunda bir düzenleme bulunmadığından bu konu ile ilgili bir kısıtlama olmayıp tatil günlerinde de arama yapılabilir²³⁹.

Arama kararı veya arama emrinde, özellikle konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği bakımından aramanın ne zaman yapılacağı açık olarak belirtilmelidir²⁴⁰. Bu zaman; hangi gün, hangi saat ve hangi zaman diliminde veya belirli bir tarih gösterilerek belirlenebilir²⁴¹. CMK m. 118/1'e göre; konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı yerlerin araması kural olarak gece vakti yapılamayacağını belirtmiştir²⁴². Bu husus AÖAY m. 31'de de düzenlenmiştir. Gece vaktinin hangi

²³⁵ ALDEMİR, s.107.

²³⁶ ORHAN, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma", s. 58.

²³⁷ ALDEMİR, s. 108.

²³⁸ ARSLANTÜRK, s. 201.

²³⁹ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 408.

²⁴⁰ ÖZBEK, BACAĞSIZ, s. 173.

²⁴¹ ALDEMİR, s.107.

²⁴² ORHAN, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma", s. 58; H. ŞAHİN, s. 61; AKSOY, s.100; ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 136; BAYTEMİR, KONTACI, KILIÇ, KILIÇPARLAR, PANCAROĞLU, s. 140; Mert Asker YÜKSEKTEPE, *Ceza Muhakemesi*

zamanı kapsadığı TCK m. 6 tanımlar başlığında *”Gece vakti deyiminden; güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvele kadar devam eden zaman süresi”* şeklinde belirtilmiştir. Aramanın Anayasaca korunan konut dokunulmazlığı, özel yaşamın gizliliği gibi temel haklar ile sıkı bir ilişkisi olduğundan bu gibi hakları korumak amacıyla arama gündüz yapılır²⁴³. Konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği konusunda konutlarda kural olarak CMK m. 118/1’de gece arama yapılamayacağının düzenlenmesi bir güvencedir. Bu yerlerde gece arama yapılmayacağının istisnası CMK m. 118/2’de düzenlenmiştir²⁴⁴. Maddeye göre gece vakti aramanın yapılması; suçüstü hali, gecikmesinde sakınca olan durumlar, daha önceden yakalanmış ya da gözaltına alınmış fakat daha sonra kaçmış olan tutuklu ya da hükümlülerin tekrardan yakalanması için yapılacak olan aramalar için geçerlidir. Gündüz başlamış olan aramalara gece de devam edilebilir²⁴⁵. Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus devam eden aramanın gereksiz yere uzatılmamasıdır. Aksi takdirde bu durum dürüst işlem prensibine aykırılık teşkil edeceğinden hukuka da aykırılık oluşturur²⁴⁶. Üst araması ve araç aramalarında gece arama yapılmasına ilişkin bir yasak bulunmamaktadır²⁴⁷. Bu konuya ilişkin CMK’de, AÖAY’de aksine bir düzenleme yoktur.

e. Aramaya Maruz Kalan Kişiler Açısından Şartlar

i. Sanık veya Şüpheli Hakkında Arama

Arama koruma tedbirine kural olarak şüpheli veya sanık hakkında başvurulur. Bu bakımdan arama tedbirine soruşturma aşamasında da kovuşturma aşamasında da başvurulabilir²⁴⁸. CMK m. 2 tanımlar başlığı altındaki açıklamaya göre; soruşturma aşamasında suç şüphesi altında bulunan kişiye *“şüpheli”*, kovuşturma evresinde kovuşturmanın başlamasından hüküm kesinleşinceye kadar suç şüphesi altında bulunan kişiye ise *“sanık”* denir. CMK m. 116’da belirtildiği üzere, soruşturma aşamasında şüpheliyi, kovuşturma aşamasında sanığı yakalama, suç delillerini elde

Tedbirleri. (İstanbul: Platon, 2021) s. 175; CİHAN, 218; TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 246; CENTEL, ZAFER, *“Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı”*, s. 349; SAYGILAR, s. 639.

²⁴³ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 407.

²⁴⁴ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 136; CİHAN, s. 218; ÖNOK, s. 286; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 407.

²⁴⁵ TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 246.

²⁴⁶ ÖZBEK, BACAĞIZ, s. 174.

²⁴⁷ ÖNOK, s. 286; ÖZBEK, s.98.

²⁴⁸ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 135.

etme amacıyla ve makul şüphe altında şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, iş yeri ve şüpheliye ya da sanığa ait olan diğer yerler bakımından arama yapılabilir.

Şüphelinin illaki kimliğinin bilinmesi şart değildir. Fakat şüpheli, kişi olarak belirlenebilir olmalıdır²⁴⁹.

ii. Diğer Kişiler Hakkında Arama

Şüpheli ya da sanık dışındaki üçüncü şahıslar hakkında da arama yapılabilir. Bu durumun yasal dayanağı CMK m. 117'dir. Şüpheli ya da sanık harici kişiler hakkında arama yapılmasında; bu kişiler olayla bizzat ilgili olmasa bile şüpheli ya da sanığın yakalanabilmesi, suç delillerinin ortaya çıkartılması amaçlanmıştır. Bu kişilerin, şüpheliye ya da sanığa oranla aramaya maruz kalıp katlanma yükümlülüğü daha az olduğundan kanun koyucu bu kişilerin aranmasını daha sıkı şartların varlığına bağlı kılmıştır.²⁵⁰ Maddeden yola çıkarak şüpheli veya sanık dışında kalan diğer kişilerin aranması; *"...aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır"*. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere bu madde kapsamında arama kararı verilebilmesi için aramanın konusunu oluşturan kişi veya eşyanın orada bulunduğu dair bir şüphenin olması gerekmektedir. Buradaki şüphe makul şüpheden daha yoğun bir şüphe olup, şüpheli ya da sanık dışındaki diğer kişilerin ve onlara ait yerlerin aranabilmesi için, şüpheli ya da sanığın yakalanması, suç delillerinin elde edilmesine yönelik yeterli, somut bulgu, belirti olmalıdır²⁵¹. Örneğin şüpheli suç aleti olan eşyayı bir yakını ya da arkadaşının aracında, konutunda, işyerinde veya onlara ait başkaca yerlerde saklamış ise bu madde kapsamında bu yerler hakkında arama yapılabilir. Örnekten yola çıkarak bu kişilere ait yerler bakımından arama yapılabilmesi için suç aletinin bu yerlerde saklandığının kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır.

²⁴⁹ ÖZBEK, s. 84.

²⁵⁰ ÖZBEK, s.87.

²⁵¹ ALDEMİR, s.34; TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 245-246.

f. Arama Yapılacak Yer Açısından Şartlar

i. Üst Araması

Şüpheli veya sanığın yakalanması, suç delillerinin elde edilmesi, müsadereye konu olan eşyaya elkonulması amacı ile makul şüphesi altında şüpheli veya sanığın üstü aranabileceği gibi suç delillerinin elde edilebilmesi maksadıyla şüpheli veya sanık olmayan diğer kişilerin de üstü aranabilir.

Üst araması, beden muayenesi sınırına geçmeyecek şekilde kişinin üzerinde yapılan ve aynı zamanda kişinin vücut bütünlüğüne ile doğrudan ilgi olan bir arama çeşididir²⁵². Bu arama türü kişinin elbisesinin içerisinde veya altında, gözle veya elle yapılabilen gizli olan bir şeyi ortaya çıkarmaya yönelik bir araştırma işlemidir²⁵³. Beden muayenesi ile üst arama işlemi birbirinden farklı olup, üst araması CMK m. 75’de düzenlenen beden muayenesine dönüşmemelidir²⁵⁴. Aksi durumda CMK m. 75’te düzenlenen beden muayenesi için aranan şartlara uyulması gerekmektedir²⁵⁵. Üst araması işleminde aramayı yapan kişiye bedene müdahale etme yetkisi tanınmamıştır. Üst araması işleminde kişinin onuruna saygılı bir biçimde, kişinin ar ve utanma duygularına zarar vermeyecek şekilde davranılmasına dikkat edilmelidir²⁵⁶. Üst arama işleminde diğer koruma tedbirlerinde de geçerli olan kurallar uygulanmalı ve keyfilikten kaçınılmalıdır²⁵⁷. Arama işlemi mümkün olursa elektromanyetik aletlerle yapılması gerekir. Değilse beş duyu aracılığı ile aranır²⁵⁸. AÖAY m. 28’de üst aramasının nasıl yapılması gerektiğini düzenleyen detaylar bulunmaktadır. Buna göre üst araması aynı cinsiyetten görevlilerce yapılmalı, işlemi birinin görmeyeceği şekilde gerçekleştirilmelidir²⁵⁹. Üst araması normal şartlarda kıyafetin çıkartılmaması sureti ile yapılır ancak; kişinin kanunların izin vermeyecek bir eşya taşımasından şüpheleniyorsa bu durumda kıyafetleri de çıkartılabilir²⁶⁰. Üst araması işlemi üstü

²⁵² Serap **KESKİN KIZIROĞLU**, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, C. 58, Sa. 1, s. 146.

²⁵³ **KESKİN KIZIROĞLU**, s. 146; **ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ÖZAYDIN, ALTINOK VILLEMIN, TOK**, s. 322- 323.

²⁵⁴ **ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ**, s. 137.

²⁵⁵ **ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ÖZAYDIN, ALTINOK VILLEMIN, TOK**, s. 323.

²⁵⁶ **ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ**, s. 137.

²⁵⁷ **ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ**, s. 138.

²⁵⁸ **ORHAN**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, s. 64.

²⁵⁹ **ALDEMİR**, s.153; **ÖZEL**, s. 1240.

²⁶⁰ **ALDEMİR**, s. 153.

aranacak kişinin utanma hissini en az ihlal edecek şekilde yapılmalıdır²⁶¹. Bu durumun oluşmaması adına ilk başta bedenın bel üstünü örten kıyafetleri çıkarttırılır, kıyafetler aranır. Arama işlemi mümkünse kişiye dokunulmadan yapılır. Bel üstü araması yapıldıktan sonra bu kıyafetler giydirilir, daha sonra kişinin alt kısmını örten kıyafetler çıkarttırılır, mümkün oldukça kişinin bedenine dokunmadan arama işlemi gerçekleştirilir²⁶². Burada da yine çıkarttırılan kıyafetler aranır. Arama işlemi mümkün oldukça kısa sürede tamamlanmaya çalışılır²⁶³. Arama sonucunda herhangi bir suçla ilişkin iz, belirti, delil elde edilirse hakkında üst araması işlemi yapılan kişi yakalanır²⁶⁴. Üst aramasında zaman bakımından bir kısıtlama bulunmayıp bu işlem gece de yapılabilir.

ii. Eşyada Arama

“Türlü amaçlarla kullanılan, insan yapısı, taşınabilir cansız nesnelere eşya denilmektedir²⁶⁵”. Eşya araması, kişinin yanında bulunan her türlü eşya hakkında, gözle veya elle de yapılabilen gizli olanı ortaya çıkarmaya yönelik bir araştırma işlemidir²⁶⁶. Maddi olarak varlığı olan ve delil niteliği taşıyan her şey, eşya hakkında arama işleminin konusunu oluşturabilir. Aranacak eşya bakımından kişinin o eşyanın maliki olmasına gerek yoktur, eşyanın zilyedi olması yeterlidir. Zilyetlik bir eşyayı fiilen elinde bulundurmaz²⁶⁷. MK m. 973/1’e göre *“Bir şey üzerinde fiili hâkimiyeti bulunan kimse onun zilyedidir.”* şeklinde bir tanımlama yapılmıştır. Kişinin yanında bulundurduğu ama giymediği kıyafeti, parası, kasası, bavulu, vb. eşyalar bu kapsamda sayılabilir. Kişinin terk ettiği, attığı eşyalarda delil elde edilmesi amacıyla araştırma yapılması arama sayılmaz. Bu halde bu eşyalar bakımından yapılacak olan araştırma işleminin arama sayılabilmesinde kullanılan ölçüt kesin olarak sahibinin himayesinden çıkıp çıkmadığıdır. Örneğin bir çöpteki eşyanın incelenmesi amacıyla bir kişinin konutuna ya da o kişiye ait kapalı bir yere girilmesi gerekiyorsa bu noktada konutta aramaya ilişkin hükümler devreye girecektir²⁶⁸.

²⁶¹ Y. YILMAZ, s. 275; Ezgi KIZILKAYA, *“Türk Hukuku Ve Karşılaştırmalı Hukukta Arama, Elkoyma ve Gözaltı”* TBB, 2010, C. 23, Sa. 89, s. 511- 512.

²⁶² ALDEMİR, s. 153.

²⁶³ Y. YILMAZ, s. 276.

²⁶⁴ ALDEMİR, s. 154.

²⁶⁵ < <https://sozluk.gov.tr/> > (Erişim Tarihi: 16/02/2021).

²⁶⁶ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 138.

²⁶⁷ Mehmet AYAN, *Eşya Hukuku 1 Zilyetlik ve Tapu Sicili*. (Ankara: Seçkin, 2016) s. 67.

²⁶⁸ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 138

iii. Konutta ve Eklentilerinde Arama

Ceza hukuku bakımından konut bir kişinin geçici süreli de olsa oturmak için sığındığı her türlü yerdir²⁶⁹. Yar. 2. CD, 2020/15687 E. 2020/8818 K. 15/09/2020 T. sayılı ilamında: “*Konutun kişilerin devamlı veya geçici olarak yerleşmek ve barınmak amacıyla oturmalarına elverişli yerler olduğu kabul edilmekte olup...*” konut kavramını bu şekilde tanımlamıştır²⁷⁰.

Ceza hukukundaki konut kavramı MK m. 19’da tanımlanan yerleşim yeri (ikametgâh) kavramından farklıdır. MK m. 19’da “*Yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir.*” Oysa ceza hukuku açısından konut bir kişinin fiilen oturduğu yeri ifade etmektedir²⁷¹. Kişinin fiilen bulunduğu ve o yeri kullandığı alanlar konut kavramının içerisine girmektedir²⁷². Dolayısıyla bir kişinin seyahati sırasında kaldığı otel, karavan, garaj, kömürlük, müstemilat gibi yerlerde konut kavramının içine giren alanlardandır²⁷³.

Eklenti, dolaysız ya da dolaylı bir şekilde konuta bağlı olan, fiilen konutun kullanımına özgülülmüş olan ya da onu tamamlayan, o yerin birine ait olduğunu gösteren dış dünyadan ayrı tutulmuş yerlerdir. Eklentinin belirlenmesinde, bu yere girişte o konutta bulunan kişilerin hürriyetini, huzur ve sükûnetini bozup bozulmadığına bakılmalıdır. Eğer bozuyorsa o yerin eklenti olarak kabul edilmesi gerekmektedir²⁷⁴.

Yar. 15. CD, 2013/19907 E. 2014/9369 K. 12/05/2014 T. sayılı ilamında eklentiye şu şekilde tanımlamıştır: “*...Konut eklentisi (müstemilat); konuta bitişik yada onun yakınında olan, konut veya benzeri yapıların kullanılış amaçlarından herhangi birini tamamlayan diğer yapılar veya yerlerdir. Balkon, koridor, sahanlık, etrafı çitle çevrili avlu, eve ait etrafı duvarla çevrili bahçe, buna örnek gösterilebilir. Diğer bir*

²⁶⁹ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKÇEN, Ahmet Caner YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. (Ankara: Adalet, 2013) s. 435

²⁷⁰ < <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 18/05/2021).

²⁷¹ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN, Pınar BACAKSIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2020) s. 443.

²⁷² ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 139.

²⁷³ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 139; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s. 435; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, “*Ceza Hukuku Özel Hükümler*” s. 443.

²⁷⁴ Mehmet Emin ARTUK, Esra ALAN AKCAN, “*Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu (TCK m. 116)*”, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, DEÜHFD, 2019, C. 21, Özel Sayı, s. 2717-2718.

anlatımla, girilmesi konutta oturanların huzur ve güvenliğini bozabilecek konuta bağlı veya pek yakın ek yapılar veya yerlerdir... ”²⁷⁵.

Konutun kişilerin özel hayatıyla yakından ilgili bir alan olduğu tartışmasıdır²⁷⁶. Bu bakımdan konutta arama yapılırken kişilerin özel hayatına ve konut dokunulmazlığı hakkına özen gösterilmeli bu hakların özüne yönelik müdahalelerden kaçınılmalıdır. Anayasamızda m. 20 ve m. 21’de ayrıca taraf olduğumuz sözleşmelerden biri olan AİHS’nin 8. maddesiyle de güvence altına alınan bu hakların korunması hukuk devleti olan Türkiye açısından da son derece önem teşkil etmektedir. Hukuk devleti olan demokratik ülkelerde arama koruma tedbiri gibi temel haklara müdahale eden işlemler en ince ayrıntısına kadar düzenlenmelidir. Bu düzenlemeler olmadığı takdirde keyfî uygulamaların önü açılmış olur²⁷⁷.

Konut, işyeri ve kamuya kapalı alanlarda kolluk amirinin arama emri vermeye yetkisi bulunmamaktadır²⁷⁸. Kural olarak bu yerlerde arama yapılabilmesi için hâkim kararı istisnai olarak da gecikmesinde sakınca bulunan hallerin varlığında Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile arama yapılabilir²⁷⁹. Gece vakti konut, işyeri, kamuya açık olmayan kapalı yerlerde arama yapılamaz. (CMK m. 118/1) Ancak CMK m. 118/2’de bu durumun istisnası belirtilmiştir²⁸⁰. Suçüstü hali, gecikmesinde sakınca bulunan durumun varlığı ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla CMK m. 118/1 hükmü uygulanmaz. Bu durumların varlığı oluştuğunda konut, işyeri veya kamuya açık olmayan kapalı yerlerde gece vakti de arama yapılabilir.

Cumhuriyet savcısı olmadan konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapıldığında, bu aramanın hukuka uygun olması için arama yapılacak yerin ihtiyar heyetinden veya komşularından iki kişi bulundurulması gerekmektedir. Bu kişiler arama tanığı olarak adlandırılır²⁸¹.

²⁷⁵ <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>

(Erişim Tarihi: 18/05/2021).

²⁷⁶ Zahit **YILMAZ**, “Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Kapsamında ‘Konutta Arama’”, Ceza Hukuku Dergisi, 2011, C. 6, Sa. 17, s. 162.

²⁷⁷ Ferhat **USLU**, “Ceza Yargılaması Hukukunda Koruma Önlemi Olarak ‘Konutta Arama’ ” İBD Ceza Özel Sayı, 2007, s.66.

²⁷⁸ **USLU**, s.70; **DOĞAN**, s. 173.

²⁷⁹ **USLU**, s.70.

²⁸⁰ **Z. YILMAZ**, s. 177.

²⁸¹ **ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ**, s. 139.

iv. İşyeri ve Eklentilerinde Arama

İşyeri, işin veya sanatın yapılmasına hasredilmiş yerdir. Buna eklentileri de dâhildir²⁸². 4857 Sayılı İş Kanunu m. 2 tanımlar başlığında işyeri ” *İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir.* ” şeklinde tanımlanmıştır²⁸³. Doktor muayenehanesi, mimarlık ofisi, serbest mali müşavir, avukatın yazıhanesi işyeri kapsamına girmektedir²⁸⁴. Çalışmamızın konusunu avukatlar hakkında arama ve elkoyma tedbiri oluşturduğundan, avukat bürolarında yapılacak olan arama işlemi daha sonraki konularda ele alınacaktır.

İşyerinde aramada da konutta aramada olduğu gibi kolluk amirinin arama emri vermeye yetkisi bulunmamaktadır. Gece vaktinde kural olarak işyeri arama yapılamaz. (CMK m. 118/1) Ancak suçüstü hali, gecikmesinde sakınca bulunan durumun varlığı ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla CMK m. 118/1 hükmü uygulanmaz.

v. Araçta Arama

Adli aramanın araçlarda yapılabileceğine ilişkin düzenleme CMK ‘de düzenlenmemiş olup, AÖAY’de düzenlenmiştir. CMK’de kişilerin eşyasının da aranabileceği belirtmiştir. Ancak kişinin kullandığı araç onun eşyası olarak kabul edilse bile esas itibarıyla aracı onun özel ve kapalı bir alanıdır²⁸⁵. AÖAY m. 5’te kişilere ait hangi alanlarda ve kendilerine ait hangi şeylerde arama yapılacağından bahsedilerek kişinin aracının da arama yapılabilecek şeyler kapsamına almıştır. Aracın tanımı yine aynı yönetmeliğin 4. maddesinde tanımlar başlığı altında düzenlenerek “*Her türlü nakil vasıta ve taşıtlarını*” ifade ettiği belirtilmiştir. Bu bakımdan deniz, hava, kara yolu ulaşımı için kullanılan araçlar da maddedeki tanım içerisinde yer almaktadır²⁸⁶. AÖAY m. 29’da ise araçlarda aramanın ne şekilde

²⁸² ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, “Ceza Hukuku Özel Hükümler” s. 446.

²⁸³ Yargıtay’ın bazı kararlarında geçen işyeri ve eklenti tanımları için bkz. YCGK, 2017/875 E. 2020/366 K. 22/09/2020 T. sayılı ilamı.

< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 18/05/2021).

YCGK, 2017/326 E. 2018/535 K. 15/11/2018 T. sayılı ilamı.

< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 18/05/2021).

²⁸⁴ ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, “Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler”, s. 239.

²⁸⁵ Ersan ŞEN, “Araç Araması”, 25/08/2013,

< <https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1065968-arac-aramasi> >

(Erişim Tarihi: 26/02/2021).

²⁸⁶ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 143.

yapılması gerektiği özel olarak düzenlenmiştir. Maddeye göre araçta yapılacak aramalarda ilk olarak kişinin kaçması ve saldırmasını engelleyecek tedbirler alınır. Araçta yapılacak olan aramanın konusunu oluşturan eşya veya arama yapılmasının sebepleri ilgili kişiye açıklanır. Yapılan arama aracın ilk durdurulduğu yerde kişiye mümkün oldukça az sıkıntı verilerek ve en kısa zamanda sonuçlandırılarak gerçekleştirilir. Ayrıca arama mümkün oldukça aramayı başkalarının göremeyeceği şekilde icra edilir. Araçta detaylı bir arama yapılacaksa araç başka yere götürülebilir. Deniz araçlarında arama yapılacaksa ve bu aramanın denizde yapılması bir şekilde imkânsızsa veya deniz aracında detaylı araştırma yapılacaksa bu arama limanda gerçekleştirilebilir. Araç araması sırasında özel kâğıt veya zarflar müsadereye tabi olan bir eşya bulunması haricinde açılmaz. Açılırsa bile içindeki yazılar okunmaz. Arama neticesinde herhangi bir suçla ilişkin bir delil, emare vb. bir şey bulunursa kişi yakalanır.

4. Aramanın İcrası ile Aramada Hazır Bulunabilecek Kişiler ve Arama Tanıkları

Belirtmek gerekir ki arama işlemi yetkili kılınan kişiler aracılığı ile yerine getirilir. Bu kişiler; hâkim, Cumhuriyet savcısı veya kolluk görevlileridir. Yetkili kılınmamış kişilerce, sivil vatandaşça, üçüncü kişilerce arama işlemi yerine getirilemez, aksi hâlde bu durum hukuka aykırılık teşkil eder²⁸⁷. Arama işleminin çoğunlukla kolluk güçleri tarafından gerçekleştirildiği görülmektedir. Arama işleminin Cumhuriyet savcısınca yapılacağını zorunlu kılan bir hüküm yasada öngörülmemiştir. Ancak bu durum ile birlikte CMK m. 119/4 uyarınca Cumhuriyet savcısı olmaksızın gerçekleştirilen aramalar bakımından işlem tanıklarının bulunmasını zorunlu kılınması bir bakıma bu tür aramaların Cumhuriyet savcısınca yapılmasını zımnen kabul edildiğini gösterir²⁸⁸. CMK m. 119/4 hükmünün bir sonucu olarak Cumhuriyet savcısının nezdinde yapılacak olan bu aramalarda işlem tanığının bulunmasının zorunlu olmadığıdır. Ancak; Cumhuriyet savcısı nezdinde yapılacak olan aramalarda zabıt kâtibi bulunmak zorundadır²⁸⁹. CMK m. 119/5' te askeri yerlerde yapılacak olan aramalarda Cumhuriyet savcısının nezareti ve askeri makamların katılımıyla gerçekleştirileceği, gecikmesi sakınca olan bir durumun

²⁸⁷ ALDEMİR, s. 150.

²⁸⁸ ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞIZ, "Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler", s. 251.

²⁸⁹ ALDEMİR, s. 120.

varlığında ise Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile askeri makamların katılımı ile adli kollukça da arama yapılabileceği düzenlenmiştir²⁹⁰. Avukat ofislerinde yapılacak olan aramalar da Cumhuriyet savcısının denetiminde yapılır. Bu konu ileride detaylı olarak açıklanacaktır.

Arama sırasında hazır bulunabilecek kişiler CMK m. 120’de düzenlenmiştir. Maddeye göre hakkında arama kararı olan yerin sahibi, hakkında arama kararı bulunan eşyanın zilyetliğini elinde bulunduran kişi, bu kişinin yokluğu durumunda ise temsilcisi, kişinin temyiz kudretine sahip olan akrabalarından biri, kişinin kendisi ile oturan biri ya da komşusu hazır bulunabilir. Hakkında arama kararı verilen kişinin avukatının arama sırasında bulunmasına engel olunamaz. Bu husus CMK m. 120/3’te de belirtilmiştir²⁹¹. Bu düzenleme ile bir nevi kişinin haklarının güvenceye alınmak istendiğini belirtmek gerekir.

Kanunda belirtilen bazı kişilerin arama sırasında bulunması zorunludur²⁹². CMK 119. maddesinin 4. fıkrasında “*Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur.*” denilerek bu tür aramalarda esasında Cumhuriyet savcısının bulunması gerektiği yönüne işaret etmiştir²⁹³. Bu madde, özellikle Cumhuriyet savcısı olmaksızın konut, işyeri, kamuya kapalı olarak yapılan aramalarda

²⁹⁰ BAYTEMİR KONTACI, KILIÇ, KILIÇPARLAR, PANCAROĞLU, s. 141.

²⁹¹ ALDEMİR, s. 120; ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 145; ÇULHA, DEMİRAĞ, NUHOĞLU, OKTAR, TEZCAN, s.145; ; TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 247; ÖNOK, CENTEL, s.289; YENİSEY, NUHOĞLU, s.389; CENTEL, ZAFER, s. 393.

²⁹² ALDEMİR, s. 115; ÖNOK, CENTEL, s. 291.

²⁹³ AİHM Aydemir/Türkiye kararında yapılan aramanın Sözleşme’nin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme arama kararı ve aramanın yapılmasını ölçüsüz bularak o günkü Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca hâkim ya da savcının bulunmadığı bir aramada bulunması gereken kişinin bulunmamasını arama kararı ve icra ediliş biçiminde orantısızlık nedenlerinden saymıştır. Aydemir/ Türkiye Başvuru No: 17811/04, 24/05/2011

Ayrıntılı bilgi için bkz. <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-120759%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-120759%22]})> (Erişim Tarihi: 15/03/2021).

AİHM özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğine yönelik kendisine gelen başvuruları değerlendirirken iki aşamalı bir test sistemiyle incelemede bulunmaktadır. Öncelikle “*şikayetin konusu AİHS m. 8’de yer alan ve güvence altına alınan haklardan birinin kapsamına giriyor mu?*” Eğer şikâyet konusu m.8’de belirtilen hakların kapsamı alanına giriyorsa bu tek başına yeterli olmayıp ikinci aşamadaki soruların soruların cevabı doğrultusunda bir ihlalin olup olmadığına karar verilir. İkinci aşamada ise şu sorular sorulur: “1) Müdahale yasaya uygun olarak mı gerçekleştirilmiştir? 2) Müdahale meşru bir amaç taşıyor mudur? 3) Bu müdahalenin yapılması demokratik bir toplum için gereklilik arz ediyor mudur?” Sorulan soruların cevabı neticesinde Mahkeme AİHS m. 8/1 deki haklara müdahale edilmediği sonucuna varırsa inceleme sona ermez. Bu sefer devletin bu hakları koruma bakımından herhangi bir pozitif yükümlülüğünün olup olmadığına bakılır. Bkz. Ivana ROAGNA, *Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights*. (Straasbourg: Council of Europe, 2012), s.10-11.

mutlaka bulunması gereken kişilerin kimler olabileceği konusunu açıkça düzenlemiştir²⁹⁴. Cumhuriyet savcısı bulunmaksızın yapılan konut, iş yeri veya kamuya kapalı alanlarda yapılan aramalarda mutlaka o yer ihtiyar heyetinden ya da komşularından iki kişinin tanık olarak bulundurulması gerekmektedir²⁹⁵. Aramada bulunması gereken kişilerin arama sırasında bulunmaması durumu hukuka aykırılık teşkil eder²⁹⁶. Yargıtay'ın bu yönde bir kararı mevcuttur²⁹⁷.

Uygulamada çoğu zaman arama tanıklarının hazır bulundurulmasını gerektiren konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerin aranması sırasında bu tanıklar bulundurulmadığından arama işlemini gerçekleştiren kolluk görevlilerine karşı suçlamalar yöneltildiği görülmektedir. Kanunun öngördüğü şekilde hareket edilerek aramada hazır bulundurulması gereken kişilerin bulundurulmasında, hem hakkında arama işlemi yapılan kişinin hukuka güveni sağlanmış olur hem de arama işlemini gerçekleştiren kolluk görevlilerine karşı yöneltilen suçlamalar oluşmamış olur. Bu sebeple Cumhuriyet savcısı bulunmadan gerçekleştirilen konut, işyeri ve diğer kapalı yerlerin aranması sırasında arama tanıklarının hazır bulundurulması gerekir. Kanun koyucu keyfiyeti önlemek ve temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından, arama tanıklarının bulunması durumunu, arama kararı ya da arama emri kadar önem verdiğini göstermektedir²⁹⁸.

CMK m. 138/1'de arama veya elkoyma tedbirinin icrası sırasında soruşturma ya da kovuşturma ile ilgisi olmayan ancak tesadüfen elde edilen delillerin muhafaza altına alınabileceği ve böyle bir elkoyma söz konusu olduysa bu durumun derhal Cumhuriyet savcısına bildirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu işlemlere maruz kalan bir kişinin belgelerini ya da kâğıtlarını incelemeye yetkili kişiler Cumhuriyet savcısı ya da hâkimdir²⁹⁹.

CMK m. 168 uyarınca adli kolluk görevlisine işlemin yapılmasını engelleyen, kolluk görevlisinin almış olduğu tedbirlere aykırı hareketlerde bulunan kişiler

²⁹⁴ Fahri Gökçen **TANER**, Yaprak **ÖNTAN**, “CMK'nın 119/4. Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İctihatta Dönüşüm”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 65, Sa. 4, s. 2446-2447.

²⁹⁵ **ALDEMİR**, s. 117; **ÖNOK**, Ed. **CENTEL**, s. 288.

²⁹⁶ **ALDEMİR**, s.117

²⁹⁷ Yar. 8. CD, 2008/334 E. 2009/15739 K. 14/12/2009 T. sayılı ilamı.

< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 28/02/2021).

²⁹⁸ Recep **GÜLŞEN**, “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 2015, C. 3, Sa. 2, s. 249.

²⁹⁹ **BAYTEMİR KONTACI, KILIÇ, KILIÇPARLAR, PANCAROĞLU**, s. 142.

hakkında işlem tamamlanıp bitinceye kadar zor kullanıp men etme yetkisi tanınmıştır³⁰⁰. Adli kollukça arama mahallinden uzaklaştırılan yer sahibi ya da zilyedin yerine temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu gibi tanıklar hazır bulundurulur³⁰¹. Adli kolluğun göstermiş olduğu zor kullanmada ölçünün aşılması söz konusu olursa TCK m. 256 hükmü uygulanması gerekir. TCK m. 265 uyarınca cebir ve tehdit kullanılarak kamu görevlisinin görevini yapması engelleyen kişi hakkında altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir³⁰².

Arama işleminin temel hak ve özgürlüklere müdahale eden bir tedbir olduğu göz ardı edilmemeli ve icra edilirken hakkın özüne dokunulmamalıdır. Hakkında ölçüsüz bir şekilde arama işlemi gerçekleştirilen kişiler uğramış olduğu zararın tazmini için CMK m. 141/1 i bendi uyarınca Devlettten tazminat isteminde bulunabilirler³⁰³.

C. ARAMA TEDBİRİNİN AVUKATLAR HAKKINDA UYGULANMASI

Avukatlar yargının kurucu unsurlarından bağımsız savunmayı serbest bir şekilde temsil ederek kişilerin adalete erişiminin sağlanmasında önemli rol oynamaktadırlar³⁰⁴. Avukatlar dünyanın hemen hemen her yerinde savunma mesleğinin gelişmesi ve hukukun üstünlüğünün yerleşmesi için büyük uğraş vermektedirler³⁰⁵.

TCK m. 6'da yargı görevini icra eden kişilerden biri olarak hâkimler ve savcılarla birlikte avukatlar da sayılmıştır³⁰⁶. Avukatlar, yargılamada üstlendikleri önemli rol nedeniyle kamu hizmeti gören kişiler olarak kabul edilmektedirler³⁰⁷. AK m. 1'de avukatlığın serbest bir meslek olmasıyla birlikte aynı zamanda bir kamu hizmeti olduğu da belirtilmiştir³⁰⁸. Avukatların yargı mekanizmasındaki pozisyonlarının önemi nedeniyle, avukatlara birtakım mesleki ayrıcalıklar ve ödevler

³⁰⁰ SAYGILAR, s. 641.

³⁰¹ ALDEMİR, s. 121.

³⁰² SAYGILAR, s. 641.

³⁰³ BAYTEMİR KONTACI, KILIÇ, KILIÇPARLAR, PANCAROĞLU, s. 142.

³⁰⁴ Ersan ŞEN, Fatma Betül BODUR, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatında Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğünden Kaynaklanan İmtiyazlar", TBBD, 2018, Sa. 138, s. 9.

³⁰⁵ Noyan ÖZKAN, "Avrupa Hukuku ve Avukatın Rolü", TBBD, 2004, Sa. 52, s. 134.

³⁰⁶ TCK m. 6/1 d bendi "Yargı görevi yapan deyiminden; yüksek mahkemeler, adli ve idari mahkemeler iye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar... Anlaşılır."

³⁰⁷ Köksal BAYRAKTAR, "Adalet Sisteminde Avukatın Rolü", İstanbul Barosu Dergisi, 2015, C. 89, Sa. 1, s. 19.

³⁰⁸ AK m. 1 "Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir."

verilmiştir. Bu ayrıcalıkların verilmesi, avukatların diğer meslek gruplarındaki kişilerden daha özel bir statüye sahip oldukları ya da onlardan daha üstün kişiler oldukları şeklinde algılanmamalıdır. Avukatlara bazı ayrıcalıklar ve yükümlülükler verilmesinin sebebi, avukatların bağımsız savunmayı temsil etmelerinden ve kişilerin hak arama özgürlüğünü etkin şekilde kullanmalarına katkı sağladığından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple avukatlara yönelik yapılacak olan arama işlemleri avukatların sahip oldukları önemli konum sebebiyle özel olarak düzenlenmesini ve sıkı şartlara tabi tutulmasını zorunlu kılmıştır.

1. Avukatların Üstünün Aranması

Anayasamıza göre kişi dokunulmazlığı esastır. Üst araması, kişi dokunulmazlığı ile yakından ilişkili ve bu hakka müdahale teşkil eden bir tedbirdir. Hak arama özgürlüğü kapsamında yargının üç kurucu unsurundan bağımsız savunmayı temsil eden avukatlar, başkalarının haklarını korurken aynı zamanda onların sırlarını sakladıkları için avukatlar hakkında gerçekleştirilecek olan üst araması konusunda diğer kişilere nazaran daha titiz davranılması gerekmektedir. Burada aslında sadece avukat korunmayıp, aynı zamanda hakkını savunduğu kişilerin adil yargılanma hakkı çerçevesinde hakları da korunmaktadır.

Avukatlar hakkında bürosunda arama, elkoyma tedbirleri ve avukatın postasında elkoyma tedbiri CMK’de ve AÖAY’de düzenlenmiş iken avukatların üstünün aranmasına ilişkin CMK’de bir düzenleme bulunmamaktadır. Avukatların üstünün aranmasına ilişkin düzenlemeye Avukatlık Kanunu madde 58’de yer verilmiştir.

AK m. 58/1 son cümlesi “...Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz.” şeklinde düzenlenmiştir. AK m. 58/1’in son cümlesine göre avukatların üstü ancak suçüstü halinde ve ağır ceza mahkemesinin görevine giren bir suçtan dolayı aranabilir. Maddenin içeriğine bakıldığı zaman da anlaşılacağı üzere avukatların üstünün aranabilmesi iki şarta bağlıdır³⁰⁹. Bu iki şartın birlikte bulunması gerekmektedir. Bu şartlar; ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçun varlığı ve suçüstü halidir. Kanundaki bu düzenlemeye göre avukatın ağır ceza mahkemesine giren bir suç işlemesi söz konusu

³⁰⁹ ÖRS, s. 115.

ise ancak suçüstü hali yoksa avukatın üstü aranamayacak ve yine bir suçüstü hali olsa bile bu suç ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmiyorsa avukatın üstü yine aranamayacaktır³¹⁰. Bu kapsamda avukatın üstü, yanında bulundurduğu evrak çantası, taşıdığı eşya ağır ceza mahkemesinin görevine girmediği ve suçüstü hali olmadığı takdirde aranamayacaktır³¹¹.

Bu şartlar oluşmadan avukatların üstünün aranması durumunda idare hukuku bakımından idareye sorumluluk yüklenebileceği gibi, ceza hukuku bakımından ise TCK m. 120 kapsamında aramayı gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında haksız arama suçunu oluşturabilecektir³¹².

Avukatların üstünün aranmasına ilişkin olarak kanunda açık olmayan ve bu nedenle uygulamada sorun yaratan birtakım durumlar söz konusudur. Bunlardan biri avukatların üstünün aranması için hâkim kararının gerekip gerekmeyeceği sorusu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sorunun çözümüne AK m. 61 açıklık getirecektir. AK “suçüstü hali” başlığı altındaki m. 61 “Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde soruşturma, bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından genel hükümlere göre yapılır.” şeklinde düzenlenmiştir. Maddeden yola çıkarak, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde avukat hakkında yapılacak olan aramalarda genel arama hükümleri uygulanabilecektir³¹³. Genel hükümlerdeki uygulamaya göre, avukatların ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü halinde üstünün aranması için mutlak surette hâkim kararına gerek olmayacak, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısının ona da ulaşamıyorsa kolluk amirinin yazılı emri ile avukatın üstünde arama yapılabilir³¹⁴.

Avukatların üstünün aranması konusunda karşımıza çıkan sorunlardan biri de AK m. 58’de düzenlenen avukatların üst aramasına ilişkin hükmün uygulanma alanının sadece avukatın görevi nedeniyle ya da görevi esnasında işlediği iddia olunan suçlar bakımından sınırlı mı olduğu; yoksa avukatın görevi haricinde işlediği iddia

³¹⁰ Serhat Sinan **KOC AOĞLU**, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı” , Ankara Barosu Dergisi, 2012, Sa. 1, s. 51; **BOZDAĞ, KORKMAZ**, s. 109; **ÖRS**, s. 115.

³¹¹ Ersan **ŞEN**, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, Ankara Barosu Dergisi, 2013, Sa. 2, s.342.

³¹² **BOZDAĞ, KORKMAZ**, s. 110.

³¹³ **ŞEN**, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, s.342.

³¹⁴ **GÜMÜŞ**, s. 72; **ÖRS**, s. 116.

olunan suçlarda da uygulanıp uygulanmayacağı mıdır. Kanunda açık bir düzenleme bulunmadığından bu konu ile ilgili doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüş; AK m. 58'in madde başlığının "*soruşturmaya yetkili Cumhuriyet savcısı*" olması ve ilk cümlesinde avukatların görevinden kaynaklı olan ya da görevini icra ettiği sırada işlemiş olduğu iddia edilen suçlar bakımından yetkili olan Cumhuriyet savcısını düzenlemesi sebebiyle, bu madde hükmünün sadece avukatların görevleri ile ilişkili olarak suç işlemleri halinde geçerli olacağını ifade etmektedir³¹⁵.

Başka bir görüşte ise; AK m. 58/1 son cümlesinde avukatın görevi nedeniyle ya da görevi sırasında işlediği iddia olunan suçlar ile görevi dışında işlediği iddia olunan adi suçlar bakımından bir ayırım yapılmadığından ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçüstü durumunun varlığı haricinde avukatın işlediği iddia edilen suçun adi ya da görevinden kaynaklanan suç olup olmadığına bakılmaksızın avukatların üstünün aranmayacağı ifade edilmiştir³¹⁶.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz ilk görüşe katılmaktayız. Kanımızca; AK m. 58/1 son cümlesinde düzenlenen avukatın üst arama konusu avukatın görevi sırasında ya da görevinden kaynaklı işlediği iddia edilen suçlar bakımından uygulanmalıdır. Bu görüşümüzün dayanağını maddenin başlığı ve içerisinde geçen "*görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri iddia edilen suçlar*" ifadeleri oluşturmaktadır. Avukatın görev esnasında ya da görevinden kaynaklı işlediği iddia edilen suçlar bakımından üstünün aranması için mutlak şekilde yasal prosedür yerine getirilmelidir. Kısaca suçüstü hali ve ağır cezalı bir suçlama olmadığı zaman üstü aranmamalıdır. Ancak görev kapsamı dışında avukatın işlemiş olduğu iddia edilen suçlarda normal vatandaşlardan bir farkı olmaması gerekir. Burada özellikle dikkat edilmesi gereken husus, avukatın arama sırasında üstünde, çantasında müvekkillerine ait bilgi ve belge olduğunu iddia ettiği zaman bu konuda gerekli özen gösterilmeli ve AK m. 58'de düzenlenen uygulama hayata geçirilmelidir. AK m. 58'in başlığı "*soruşturmaya*

³¹⁵ İçişleri Bakanlığı'nın Kemal VURALDOĞAN davasında sunmuş olduğu cevap dilekçesinde bu iddia ifade edilmiştir. Kemal VURALDOĞAN, "Avukatın Üzerinin Aranması Sorunu ve Avukat Vuraldoğan Davası", Eskişehir Barosu Dergisi, 2005, Sa. 6, s. 20.

³¹⁶ ŞEN, "Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması", s. 342; Tuncay İLÇİM, "Yargının Kurucu Unsurlarından Bağımsız Savunmayı Temsil Eden Avukatların Üst-Araç-Büro ve Konutlarının Aranması-İletişimlerinin Denetlenmesi Usul ve Şartları", 05/09/2017 <<http://tuncayilcim.av.tr/v5/yarginin-kurucu-unsurlarindan-bagimsiz-savunmayi-temsil-eden-avukatlarin-ust-arac-buro-ve-konutlarinin-aranmasi-usul-ve-sartlari/>> (Erişim Tarihi: 07/06/2021).

yetkili Cumhuriyet savcısı” olduğundan ve maddenin içeriği avukatların işlemiş olduğu iddia olunan görev suçlarını kapsadığından AK m. 58/1’in son cümlesinin uygulama alanının sadece görev suçları bakımından geçerli olacağını düşünmekteyiz. Bu sorunun kişisel görüşlerin üzerinde kanunda açık bir şekilde ve kafalarda soru işareti bırakmayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Avukatların üstünün aranması konusunda uygulamada sıkça karşılaşılan problemlerden bir diğeri AK m. 58’in sadece adli aramalar için mi geçerli olduğu yoksa önleme aramaları için de geçerli olup olmadığı mıdır. Bu konu ile ilgili, kanun koyucu ilgili mevzuatta açık bir düzenleme yapmadığından AK m. 58’deki hükmün önleme aramaları için de uygulanıp uygulanmayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre; AK m. 58/1’de yer alan “*Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz.*” hükmü ile sadece adli aramalar ile sınırlı olacağını belirterek, düzenlemenin amacının avukatın savunma görevini güvence altına almak olduğunu ifade etmiştir³¹⁷. Bu bakımdan avukatlar hakkında önleme araması yapılmasını yasal bir engel bulunmadığından avukatlar önleme aramasından muaf olmayacaklardır³¹⁸.

Benzer bir görüşte ise; önleme aramalarında avukata bir ayrıcalık tanınmamaktadır, dolayısıyla önleme araması kapsamında avukatların üstünün aranabileceği ifade edilmiştir³¹⁹.

Farklı görüşte ise; AK m. 58 adli ve önleme aramaları hususunda bir ayrım gözetmediğinden, avukatın üstünün ve yanında bulundurduğu eşyasının aranması için hangi koşullar gerekiyorsa ancak o halde aranabileceğini, bu bakımdan AK m. 58/1’in son cümlesine göre “*Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali*” durumunun varlığında avukatların üstünün aranabileceğini, bu şartlar

³¹⁷ “Av. Kemal VURALDOĞAN’ın açmış olduğu davada, İçişleri Bakanlığı, bilirkişi olarak Prf. Dr. Feridun YENİSEY’e başvurmuş, savunmasını büyük ölçüde YENİSEY’in görüşlerine dayandırmıştır.” bkz. VURALDOĞAN, s. 18.

³¹⁸ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 302.

³¹⁹ KOCAOĞLU, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, s. 51.

gerçekleşmemiş ise arama yapılamayacağını; düzenlemenin adli aramalarla birlikte önleme aramaları için de geçerli olduğu ifade edilmiştir³²⁰.

Avukatların üstünün önleme araması kapsamında AK m. 58'in uygulama alanı bulup bulmayacağına ilişkin bir neticeye varabilmek adına bu konuyla doğrudan ilgili yargı kararlarına bakmakta fayda görmekteyiz.

Sakarya 1. İdare Mahkemesi'nin 2009/540 E. 2010/248 K. 31/03/2010 T. sayılı kararında *“Adaletin tam tecellisi olarak önem ve öncelik kazanan manevi tazminatın sadece kişinin şeref ve haysiyeti gibi manevi değerlerin değil, yaşam, beden tümlüğü, sağlık gibi kişilik haklarına dahil olan bedensel değerlerin ihlali halinde de ilgilinin duyduğu elem ve üzüntünün kısmen giderilmesini sağlayan manevi bir tatmin araç olduğu dikkate alındığında demokratik hukuk devletinin işleminde, yargılama ve hak arama özgürlüğünün sağlanmasında emeği geçen avukat davacının müvekkili önünde üst aramasına maruz kalmasının meslek onurunu zedelediği gerçek olup meydana gelen üzüntüsünün karşılanabilmesi maksadıyla haksız zenginleşmeye yol açmayacak miktarda ve günün ekonomik koşulları karşısında 2.000 TL manevi tazminatın davacıya ödenmesi gerektiği”* yönünde davacı avukat lehine karar verilmiştir³²¹. Daha sonra bu karar temyiz edilmiş ve Danıştay 8. Dairesi, Sakarya 1. İdare Mahkemesi'nin idareyi kusurlu bulduğuna yönelik kararını onamıştır.

Danıştay 8. Dairesi *“Avukat olan davacının, avukatlık kimliğini ibraz etmesine rağmen kolluk kuvvetleri tarafından üzerinin aranması nedeniyle manevi zararın tazmini istemiyle dava açılmıştır. Avukatlık Yasası uyarınca ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatların üzeri aranamaz. Suçüstü hali olmadan müvekkili önünde kolluk kuvvetlerince üzeri aranan davacının meslek onurunun zedelendiği açıktır. Davalı İdarenin bu eylemde hizmet kusurunun bulunduğu, davacının manevi zararının karşılanmasına, haksız zenginleşmesine de yol açılmamasını sağlamak üzere takdiren manevi zararın olay tarihinden itibaren*

³²⁰ Ersan ŞEN, “Avukatın Aranması” 04/04/2015, <<https://www.hukukihaber.net/avukatin-aranmasi-makale.3925.html>> (Erişim Tarihi: 23/04/2021);

İLÇİM, <<http://tuncayilcim.av.tr/v5/yarginin-kurucu-unsurlarindan-bagimsiz-savunmayi-temsili-eden-avukatlarin-ust-arac-buro-ve-konutlarinin-aranmasi-usul-ve-sartlari/>>

(Erişim Tarihi: 07/06/2021); Samet Can ASLAN, Avukatın Üzerinin Aranması, 05/07/2018,

< <https://hukukiblog.com/kamu-hukuku/avukatin-uzerinin-aranmasi/> > (Erişim Tarihi: 07/06/2021).

³²¹ Sakarya 1. İdare Mahkemesi'nin 2009/540 E. 2010/248 K. 31/03/2010 T. sayılı kararı. Karar için bkz.

<<https://tr.linkedin.com/pulse/avukat%C4%B1k-kimli%C4%9Fi-ibraz-edilmesine-ra%C4%9Fmen-kolluk-kusuru-u%C4%9Furluay>> (Erişim Tarihi: 19/05/2021).

işleyecek yasal faiziyle birlikte davalı İdare tarafından davacıya ödenmesine ve fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmesi hukuka uygundur.”³²² yönünde karar vererek dava konusu olayda avukata yönelik gerçekleştirilen önleme araması işleminde davalı idareyi kusurlu bularak, Sakarya 1. idare Mahkemesi’nin davalı idarenin davacıya tazminat ödenmesi yönündeki kararını hukuka uygun bulmuştur.

Danıştay vermiş olduğu kararda, AK m. 58/1 son cümlesinde düzenlenen “*Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz.*” hükmünü vurgulayarak davacı avukat mesleki kimliğini ilgililere göstermiş olmasına rağmen kolluk tarafından müvekkilinin yanında avukatın üstünün aranması konusuna dikkat çekmiştir. Danıştay suçüstü durumu olmaksızın avukatın müvekkilinin önünde aranmasını avukatın mesleki haysiyetine zarar verdiği sonucuna varmış, davalı idarenin bu eyleminde hizmet bakımından kusurlu olduğunu tespit etmiştir. Danıştay AK m. 58/1 son cümlesindeki “*Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz.*” hükmünü adli aramalarda sınırlamamış olup, önleme aramaları bakımından da uygulanacağını belirtmiştir. Bu bakımdan Danıştay’ın verdiği emsal niteliğindeki bu kararın vardığı sonuç ve konu ile ilgili mevzuatta açık olarak belirtilmeyen durumu aydınlığa kavuşturması sebebiyle önemli olduğunu düşünmekteyiz.

Başka bir karar, Ankara 3. İdare Mahkemesince verilmiştir. Ankara 3. İdare Mahkemesi’nin 11.06.2004 Tarih 2003/1192 Esas, 2004/978 Karar numaralı kararı şu şekildedir: “*Kamu idareleri yürütmekle yükümlü bulundukları kamu, hizmetlerini gereği gibi yerine getirmekle, bu hizmetin işleyişini sürekli olarak kontrol etmek ve hizmetin yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. İdarenin bu yükümlülüğünü yerine getirmemek suretiyle hizmetin kötü veya geç işlemesi, gereği gibi işlememesi idarenin hizmet kusurunu oluşturur. Dolayısıyla hizmet kusuru nedeniyle bir zarar verilmiş olması halinde belirtildiği üzere idarenin meydana gelen zararları tazmin sorumluluğu bulunmaktadır.*

Adaletin tam tecellisi olarak önem ve öncelik kazanan Manevi tazminatın sadece kişinin şeref ve haysiyeti gibi manevi değerlerin değil, yaşam, beden tümlüğü, sağlık gibi kişilik haklarına dahil olan bedensel değerlerin ihlali halinde de ilgilinin

³²² Danıştay 8. Dairesi, 2010/5626 E. 2010/6024 K. 12/11/2010 T. numaralı kararı.
< <http://kazanci.com.tr/gunluk/8d-2010-5626.htm> > (Erişim Tarihi: 19/05/2021).

duyduğu elem ve üzüntünün kısmen giderilmesini sağlayan manevi bir tatmin araç olduğu dikkate alındığında demokratik hukuk devletinin işlemesinde, yargılama ve hak arama özgürlüğünün sağlanmasında emeği geçen avukat davacının vatandaşlar önünde üst aramasına maruz kalmasının meslek onurunu zedelediği bir gerçek olup meydana gelen üzüntüsünün karşılanabilmesi maksadıyla uygun ve haksız zenginleşmeye yol açmayacak miktarda ve günün ekonomik koşulları karşısında talep edilen tazminat miktarı da gözönünde tutulmak suretiyle talep doğrultusunda 2.500.000.000- TL manevi tazminata hükmedilmiştir³²³”.

Ankara 3. İdare Mahkemesi tarafından verilen karar daha sonra temyiz edilmiş temyiz incelemesi sonrasında Ankara Bölge İdare Mahkemesi tarafından bu karar bozulmuştur³²⁴. Ankara Bölge İdare Mahkemesi “Ankara Barosu Avukatı olan davacının, 1 Mayıs 2003 günü Ankara Adliyesinden çıkıp bürosuna gitmekte iken mülki amir kararı ile verilen izne istinaden gerekli güvenlik önlemleri kapsamında güvenli özel alan haline getirilen ve belirli noktalarında güvenlik güçlerince arama yapılan giriş yerinden geçmek istemesi üzerine üstünün aranmasına veya alternatif yoldan bürosuna gitmesinin istenilmesine itiraz ettiği ve üzerinin aranmadan söz konusu özel güvenlik alanı içinde geçmeyi talep ettiği, buna izin vermeyen güvenlik görevlilerince üzerinin aranmasına izin verdiği, ancak 1136 sayılı Yasanın 58.maddesine aykırı davranıldığından manevi yönden uğradığı zararın tazmini istemiyle işbu davayı açtığı anlaşılmıştır. Olayda, özel güvenlik alanından geçmek isteyen davacının üzerinin miting alanlarındakilerin ve çevredekilerin can ve mal güvenliğini sağlamak üzere herkese uygulanan önleme arama kuralının uygulanması amacıyla aramaya tabi tutulduğu, davacının olay esnasında adli bir görev yapmadığı ve kendisinin avukatlık veya diğer bir görevden dolayı bir suç isnadı altında olmadığı, dolayısıyla 1136 sayılı Yasanın 58. maddesi hükmünün ihlalinin söz konusu olmadığı ve tüm bunların sonucu olarak da idarenin bir hizmet kursundan söz edilemeyeceği sonucuna varıldığından, davacının manevi tazminat talebinin reddi gerekirken mahkemece istemin kabulüne karar verilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, davalı itirazının kabulüne, itiraza konu Ankara 3. İdare

³²³ < <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/kararlar/341.pdf> > (Erişim Tarihi: 22/04/2021).

³²⁴ Ankara Bölge İdare Mahkemesi’nin 2004/3869 E. 2005/554 K. 16/02/2005 T. sayılı kararı.

Karar için bkz. < <http://hcd1.blogspot.com/2011/09/avukatlik-kanunu-md-58-bakimndan-onleme.html> > (Erişim Tarihi: 04/06/2021).

Mahkemesince verilen 11.6.2004 gün ve E.2003/1192, K.2004/978 sayılı kararın bozulmasına...” yönelik karar vermiştir.

Esasında avukatların önleme aramalarında üstünün aranıp aranamayacağına ilişkin bir sonucuna varabilmek adına bir ölçüt oluşturulması gerekecekse ilk olarak bakılması gereken husus yapılan faaliyetin avukatın görevi ile ilgili olup olmadığıdır³²⁵. Avukatın mesleğini icra ettiği hallerde avukat hakkında önleme aramasına başvurulmayacağına kabulü gerekmektedir³²⁶. Bu durumun özünde yatan sebep avukatın sır saklama yükümlülüğünün bulunması, temel haklardan biri olan hak arama özgürlüğünün etkin bir şekilde kullanılmasında avukatların etkin bir role sahip olmaları ve bağımsız savunmayı serbest bir şekilde temsil etmelerinden kaynaklanmaktadır³²⁷.

Öte yandan avukatın görevini icra etmediği durumlarda avukatlar, diğer kişilerden farklı bir konuma sokulmadan önleme aramasına tabi olacaktır³²⁸. Avukatlık mesleği zamana ya da mekânla, mesai saatleri ile sınırlı olan bir meslek olmadığından önleme araması kapsamında hakkında arama yapılacak avukatın o an için mesleğini icra edip etmediğinin belirlenmesi gerekir. Avukatın mesleğini icra ettiği durumlar sadece dilekçe yazmak ya da duruşmaya girmek gibi işlerle sınırlı değildir. Yanında mesleki evrakların da bulunduğu çantasını taşıırken adliyeden çıkıp ofisine gittiği ya da tam tersi durumda, müvekkili ile görüşme yaptığı zamanlarda (nitekim avukatlar kimi zaman müvekkili ile görüştüğü sırada evrak alışverişi yapabilmektedir) avukatın mesleğini icra ettiğini kabul etmek gerekir. Bu bakımdan avukatın görevi nedeniyle mesleki faaliyette bulunduğunu belirtmesi durumlarda zaman ve mekândan bağımsız olarak önleme aramasına tabi tutulamayacağına düşüncesindeyiz. Ancak bu durumla beraber belirtmek gerekir ki; avukatın söylemi ile görüntüsü ciddi anlamda çelişiyorsa bu halde avukatın mesleğini icra etmediğinin kabulü gerekecek ve önleme aramasına tabi olabileceği söylenebilecektir. Avukatın görüntüsü ile söylemi arasında çelişki bulunmakla birlikte avukatın mesleği ile bağlantılı bir durumun olup olmadığı tam olarak anlaşılmıyorsa, AK m. 2 uyarınca yargının kurucu unsuru olan ve AK m. 1

³²⁵ GÜMÜŞ, s. 79.

³²⁶ VURALDOĞAN, s. 22.

³²⁷ VURALDOĞAN, s. 21.

³²⁸ VURALDOĞAN, s. 22; GÜMÜŞ, s. 79.

uyarınca kamu hizmeti gören avukatın söylemi esas alınacak ve hakkında önleme araması yapılamayacaktır³²⁹.

Avukatların üst aramaları ile ilgili olarak başka bir düzenlemeye ise CGTİHK'nin 86. maddesinin 3. fıkrasında rastlamaktayız. Madde hükmü *“Kurum görevlileri ve dış güvenlik görevlileri dahil olmak üzere, sıfat ve görevi ne olursa olsun, ceza infaz kurumlarına girenler duyarlı kapıdan geçmek zorundadır. Bu kişilerin üstleri metal dedektörle aranır; eşyaları x-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirilir, ayrıca şüphe hâlinde elle aranır. Bu cihazların bulunmadığı yerlerde arama ve kontrol elle yapılır. Ancak milletvekilleri, mülki amirler, hâkim, Cumhuriyet savcıları ve bu sınıftan sayılanlar, avukatlar, noterler, ceza infaz kurumları ve tutukevleri kontrolörleri, izleme kurulu başkan ve üyeleri, uluslararası sözleşmelerle yetkileri tanınmış kişi ve kuruluşların temsilcileri, ceza infaz kurumu ve tutukevi koruma birlik komutanı ile kurum müdürünün üstleri ağır cezayı gerektiren suçüstü hâlleri dışında elle aranamaz. Duyarlı kapı cihazının ikazının sürmesi hâlinde bu kişiler ancak, elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebilirler. Ziyaret yerleri de ziyaret öncesi ve bitiminde aranır.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Belirtmek gerekir ki üst araması kapsamına el ile üst sıvazlanarak arama yapılması ile birlikte, yanında bulunan eşyanın aranması, ceplerin boşaltılması, vücut dokunulmazlığı ve utanma duygusunu zarar vermeyecek şekilde üstte bulunan kıyafetlerin çıkartılarak aranması, dedektör ya da x-ray cihazından geçirilmesi de girmektedir³³⁰.

CGTİHK m. 86/3'e göre, ceza infaz kurumlarına girmek isteyenler görevine ve sıfatına bakılmaksızın duyarlı kapıdan geçmek zorundadır. Bu yerlere girmek isteyen kişiler duyarlı kapıdan geçmekle beraber üstleri dedektörle aranır, eşyaları da x-ray cihazından geçirilir. Şüphe duyulması halinde kişilerin üstleri ve eşyaları el ile de aranabilir. Avukatlar da bu yerlere girerken duyarlı kapıdan geçmekte, eşyaları x-ray cihazından geçirilmektedir. Duyarlı kapıda sinyal oluşursa avukat görevliler tarafından

³²⁹ VURALDOĞAN, s.23.

³³⁰ ASLAN, < <https://hukukiblog.com/kamu-hukuku/avukatin-uzerinin-aranmasi/> > (Erişim Tarihi: 07/06/2021).

uyarılır. İkazın devam etmesi durumunda avukatlar elle aranmayı kabul ettikleri takdirde bu yerlere girebilirler.

Bu kapılardan sorunsuz geçilirse avukatların üstü el ile aranamaz. Avukatların mesleklerini icra ettikleri alanlardan birisi de ceza infaz kurumlarıdır. Kimi zaman müvekkillerini ziyarete giderek görüşme yapmakta bazen de birlikte savunma hazırlığı yapabilmektedirler. CGTİHK'deki düzenlemeler avukatların mesleklerini icra ettiği sırada üstünün aranamayacağı ve önleme aramasına tabi tutulamayacağı konusunda bir istisna oluşturmaktadır. Dolayısıyla avukatların mesleklerini icra ettiği yerlerden biri olan ceza evlerine girişte önleme aramasından muaf olmayacaklardır.

Kanımızca CGTİHK'de belirtilen istisnai hüküm dışında başta adliyeler olmak üzere avukatların mesleklerini icra ettikleri yer ve zamanlarda avukatlar hakkında önleme araması uygulanmamalıdır. Bu durum AK m. 58/1 son cümlesinin bir gereğidir. Avukatlık Kanunu m. 58/1 son hükmüne aykırı bir şekilde gerçekleştirilecek olan arama avukatın mesleki haysiyetine zarar verir. Nitekim bu durumu, incelediğimiz kararlar da ortaya koymuştur. Ancak uygulamada avukatların adliye girişlerinde önleme araması kapsamında arandıkları, bir kısım avukatların bu durumu hoşgörü ile karşıladıkları bazılarının ise aşırı tepki verdikleri görülmektedir. 2015 yılında Çağlayan Adliyesi girişlerinde avukatlar hakkında üst araması yapılması ile ilgili tartışmalar yaşanmış ve sorun Başsavcılıkla mutabakata varılarak çözülmeye çalışılmıştır. Avukatların TBB tarafından temin edilecek olan çipli kartlar okutularak adliyeye giriş yapılacağı, üst ve eşyası AK m. 58/1 son cümlesi gereği elle aranamayacağı, ancak çantasının geçerken x-ray cihazına bırakılacağı, aynı şekilde hâkim ve savcılarının da aynı prosedüre tabi tutulacağı sonucuna varılmıştır³³¹.

Avukatların üst araması konusunu, PVSK önleme araması başlığı altında düzenlenen m. 9 açısından değerlendirdiğimiz zaman; PVSK ile AK'nin arasında özel kanun-genel kanun çatışmasının olmayacağını belirtmek gerekir. Bir an için çatışma varlığını kabul etsek dahi avukatlık sıfatından kaynaklanan özel durumun bulunması sebebiyle AK'nin “özel kanun” niteliği taşıdığını söylemek yanlış olmayacaktır. “Önleme araması” açısından PVSK'nin “özel kanun” niteliği taşıdığı belirtilse de, PVSK sadece önleme aramasını düzenlemeyip, polisin vazifesini, sahip olduğu yetkilerle beraber birçok kuralı da düzenlemiştir. Bu bakımdan PVSK'de düzenlenen

³³¹ < <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=10268> > (Erişim Tarihi: 07/06/2021).

önleme araması genel nitelikte olup; AK m. 58/1'in son cümlesinde düzenlenen "*Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz.*" hükmünü ortadan kaldırmayacağını ifade etmek gerekir. Bu durumda PVSK'ye öncelik verileceği sonucuna da gidilemez. Sonuç olarak önleme ve adli aramanın amaçlarının ve usullerinin farklı olduğu gerekçesiyle adliye, emniyet, jandarma binalarının girişlerinde AK m. 58/1 son cümlesine aykırı olarak avukatların üstünün ve yanında bulundurduğu eşyalarının aranamaması gerektiğini ifade etmek gerekir³³². Ancak uygulamada avukatların adliye girişleri sırasında arandığı ve bu konuda sorun yaşandığı görülmektedir.

Uygulamada AÖAY "*Hâkimden önleme araması kararı alınması gerekmeyen hâller*" başlığı altında düzenlenen m. 25/1 a bendi gerekçe gösterilerek adliye binasının girişlerinde avukatların üstünün ve yanında bulundurduğu eşyalarının arandığını görmekteyiz. Yapılan bu uygulamanın hukuki dayanağı doğru değildir. Çünkü AÖAY m. 25, hem başlığı hem de bu düzenlemenin bir yönetmelik hükmü olması nedeniyle avukatlara yönelik yapılan önleme aramasına dayanak gösterilemez. Ayrıca bu durum AK m. 58/1 son cümlesini ortadan kaldırmayacaktır. Dolayısıyla AÖAY m. 25/1 a bendinde düzenlenen hükmün avukatlara uygulanmaması gerekir³³³.

AK m. 58/1 son cümlesi bir kanun hükmüdür. Dolayısıyla "*normlar hiyerarşisine*" göre kanundan daha alt katmandaki düzenlemelerden olan yönetmelik, genelge, talimat gibi normlarla değiştirilemez. Kanun dikkate alınmaksızın yapılacak olan yönetmelik, genelge gibi düzenlemeler kanunsuz emir denilen durumu oluşturacaktır. AY m. 137/2 uyarınca "*Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.*" Benzer bir hüküm TCK m. 24/3'te "*Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.*" şeklinde düzenlenmiştir. AY m. 137/2'deki düzenleme ve TCK m. 24/3'teki düzenleme nedeniyle, TCK m. 24/1'de "*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.*" şeklindeki düzenleme

³³² Ersan ŞEN, "Avukatın Üzerinin Aranması", 11/09/2017, <https://www.hukukihaber.net/avukatin-uzerinin-aranmasi-makale,5419.html> > , (Erişim Tarihi: 12/05/2021).

³³³ ŞEN, "Avukatın Üzerinin Aranması", <https://www.hukukihaber.net/avukatin-uzerinin-aranmasi-makale,5419.html> > , (Erişim Tarihi: 12/05/2021).

haksız arama bakımından hukuka uygunluk sebebi olarak görülmeyecektir. Bu durum ayrıca TCK m. 120 kapsamında haksız arama suçunu oluşturacaktır³³⁴.

Sonuç olarak, avukatların mesleklerini icra etmediklerinin kuşkusuz olarak net bir şekilde anlaşılıyor olması durumunda avukatın sivil bir vatandaş olarak katıldığı etkinliklerdeki örneğin sevdiği bir sanatçıyı dinlemek için gittiği konser alanındaki önleme aramasından muaf olmaması gerektiğini düşünüyoruz.

Avukatlar mesleklerini icra etmediği durumlarda önleme araması işlemine tabi tutulmalarının hukuka aykırı olmadığına farkında olmalıdır. Mesleki haysiyetini zedelemeyen bu durumu kişisel bir meseleye dönüştürmemelidir. Mesleğini icra etmediği durumlarda avukatın önleme aramasını kabul etmesi avukatın meslek onurunu kırmaz, örnek vatandaş olduğunu gösterir³³⁵.

2. Avukatların Bürolarının Aranması

Avukatların sır saklama yükümlülüğü, bağımsızlığının korunması ve savunma hakkının korunması bakımından avukatlar hakkında yapılacak olan aramaların hepsi önem taşımakla birlikte, avukatların ofislerinde yapılacak arama ayrıca önem taşımaktadır. AK m. 43/1 uyarınca “*Her avukat, levhaya yazıldığı tarihten itibaren üç ay içinde baro bölgesinde bir büro kurmak zorundadır.*” TCK m. 6/1 d bendinde ve AK m. 1/2’de düzenlenen hükümler uyarınca yargı görevinin işleminde önemli bir rol oynayan, yargının kurucu unsurlarından biri olan bağımsız savunmayı serbest bir şekilde temsil edebilmesi adına avukatların bürosu son derece önem taşımaktadır³³⁶. AK m. 1’de belirtilen “*Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslek*” olduğundan avukatın bürosu aynı zamanda avukatların ekonomik olarak faaliyetlerini sürdürebilmeleri için de öneme sahiptir. Yargının kurucu üç unsurundan biri olan savunmanın temsilcisi avukatların kamu hizmeti görmeleri ve ekonomik faaliyetini sürdürebilmesi büroyu önemli kılar. Bu bakımdan avukatın büroları savunma unsurunun her bir faaliyetinin güvenli bir şekilde yürütülmesi adına deyim yerindeyse “*avukatların kalesidir*”. Bu kale her türlü tehlikeden uzak olmalı ve hukuken korunmalıdır. Çünkü avukatın müvekkili ile olan ilişkisi tamamen güvene dayalı bir

³³⁴ BOZDAĞ, KORKMAZ, s. 135; ŞEN, “*Avukatın Üzerinin Aranması*”, <<https://www.hukukihaber.net/avukatin-uzerinin-aranmasi-makale,5419.html>> (Erişim Tarihi: 12/05/2021).

³³⁵ ÖRS, s. 126-127.

³³⁶ ÖRS, s. 113.

ilişkidir³³⁷. Durum böyle olunca avukatın bürosunun kolay bir şekilde aranabilecek bir yer olması savunma hakkına büyük ölçüde zarar verebilecektir³³⁸. Bu bakımdan avukatların bağımsızlığı, sır saklama yükümlülüğü ve savunma hakkının korunması için avukatlar hakkında yapılacak olan arama ve elkoyma işlemleri özel olarak düzenlenmeyi zorunlu kılmıştır.

Arama tedbiri temel hak ve özgürlüklere müdahalede bulunması bakımından son derece ağır bir tedbirdir. Avukatların ofisi sıradan bir işyeri olmaması, avukat ofislerinde yapılacak olan arama ve elkoyma tedbirinin daha sıkı koşullara bağlı olmasını gerektirmiştir. Müvekkilin avukatının ofisinin aranacağına ilişkin bir düşüncesinin bulunması, avukatına olan güvenin kaybına sebep olur. Şüpheli ya da sanığın müdafisi olan bir avukatın ofisinde, bu kişilere ait olabileceği düşünülen bir delil, emare ve sair belgelerin bulunabileceği düşüncesiyle icra edilecek olan arama, savunma hakkına yönelik büyük bir darbe vurur. Savunma sadece duruşma salonları ile sınırlı olan bir alan değildir. Ceza muhakemesinde şüpheli ya da sanığın delilleri kullanıp kullanılmamaya karar verme hakkı bulunmaktadır. Nasıl ki sanıklar yemin etmeye ya da aleyhinde beyanda bulunmaya zorlanamazsa şüpheli ya da sanığın elindeki delilleri ibraz etmeleri de zorlanamaz. Avukatın ofisine girmiş olan bir bilgi, delil ve sair belge artık savunmanın takdirine bırakılmıştır. Dolayısıyla avukatların ofisleri sıradan bir işyeri olmadığından bu yerlerde yapılacak olan sıradan bir arama işlemi savunma hakkının özüne de dokunacaktır³³⁹.

Avukatların bürosunun aranması CMK m. 130'da *“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.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Avukatların bürolarının aranmasına ilişkin olarak, AÖAY m. 13'te de, CMK m. 130'a paralel bir düzenleme bulunmaktadır³⁴⁰.

³³⁷ KOCAOĞLU, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, s. 55.

³³⁸ Süheyl DONAY, “Meslek Sırrının Açıklanması Suçu”, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2378, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 535 (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Varisleri Kollektif Şirketi, 1978) s. 95, Akt. KOCAOĞLU, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, s. 55.

³³⁹ Faruk EREM, *Meslek Kuralları (Şerh)*. (Ankara: Sevinç Matbaası, 1977) s. 125-126.

³⁴⁰ Madde 13 ”Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın avukat bürolarında arama yapılamaz.

Avukatların bürosunun aranmasına ilişkin başka bir düzenleme ise AK m. 58'de karşımıza çıkmaktadır. AK m. 58/1 “*Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve kayıtlı olunan baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir...*³⁴¹” şeklinde düzenlenerek avukatlar hakkında aramaya ilişkin uygulanacak olan prosedüre yer verilmiştir. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere avukatın görevinden kaynaklı ya da görevini icra ettiği sırada işlediği iddia edilen suçlar bakımından Adalet Bakanlığı'nın avukat hakkında soruşturmaya izin verme koşulu bulunmaktadır. Bununla birlikte avukat büroları ve konutları mahkeme kararı ile aranabileceği, aramanın icrası yapılırken de Cumhuriyet savcısının ve kayıtlı olunan baro başkanı ya da baro temsilcisinin arama sırasında bulunma zorunluluğu düzenlenmiştir.

Tüm bu düzenlemelere bakıldığında üçünün de ortak noktası avukatların ofisinin aranması için gerekli olan en önemli şartlardan biri mahkeme kararının olması gerektiğidir. Bu durum CMK m. 119'da düzenlenen şüpheli ve diğer kişiler için aramalarda madde metninde belirtilen gecikmesinde sakıncası bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamıyorsa kolluk amirinin yazılı emri ile avukatların ofisinin aranamayacağını kesin olarak belirtmiştir³⁴². Yani

Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur.

Arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket 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 arasında meslekî ilişkiye ait olduğunu tespit ettiğinde, elkonulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu fıkra da öngörülen kararlar yirmidört saat içinde verilir.

Postada el koyma durumunda bürosunda arama yapılan avukat veya baro başkanı veya onu temsil eden avukatın karşı koyması üzerine üçüncü fıkra da belirtilen usuller uygulanır.”

³⁴¹ “11/7/2020 tarihli ve 7249 sayılı Kanunun 9 uncu maddesiyle, bu fıkra ya “Cumhuriyet savcısı denetiminde ve” ibaresinden sonra gelmek üzere “kayıtlı olunan” ibaresi eklenmiştir.”

³⁴² **BOZDAĞ, KORKMAZ**, s. 120; **ÖRS**, s. 128.

Anayasa ve CMK’de belirtilen istisnai durumlar avukatların bürolarının aranması bakımından geçerli olmayacaktır³⁴³.

CMK m. 130’daki düzenlemede avukatların bürosunun aranmasıyla ilgili olarak dikkat çeken en önemli nokta bu düzenlemenin; avukatın görevinden kaynaklanan ya da görevi sırasında işlediği iddia edilen suçlarla sınırlı olmamasıdır³⁴⁴. Avukatın görevinden kaynaklı ya da görevini icra ettiği sırada işlediği iddia edilen suçlar olmasa bile yani avukatların işlediği iddia edilen adi suçlar bakımından da avukatların bürosu CMK m. 130’da belirtilen prosedüre uygun olarak aranır³⁴⁵. AK m. 58’deki düzenleme ise görev suçlarını kapsamaktadır.

CMK m. 130’daki düzenlemeye göre avukat büroları ancak mahkeme kararı ile aranabilecektir. CMK’de “arama kararı” başlığı altında düzenlenen 119.maddede belirtildiği üzere arama kararı vermeye yetkili merci “hâkimdir”, CMK m. 130’da ise “mahkeme” kararı ile avukatların aranabileceği düzenlenmiştir. Bu iki düzenleme dikkate alındığında avukat bürolarında arama kararı vermeye yetkili merci olarak mahkemenin, CMK m. 119’da ise hâkimin yetkili kılınarak farklı şekilde düzenlenmesi üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur.

CMK m. 130/1 hükmü ilk başta yorumlandığı zaman avukat bürolarında arama yapılması sadece kovuşturma evresinde mümkün kılınacağı şeklinde bir algı oluşsa da CMK m. 130/2’de “*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, yirmidört saat içinde verilir.*” şeklinde düzenlenen hüküm uyarınca bu sonucu çıkarmak mümkün

³⁴³ Oya AYDIN, Selçuk KOZAĞAÇLI, *Avukat Bürolarının Aranması*. (Ankara: Ankara Barosu İnsan Hakları Komisyonu Yayınları, 2001) s.7.

³⁴⁴ Ali PARLAR, Mustafa ÖZTÜRK, *Ceza Yargılamasında Arama ve Elkoyma*. (İstanbul: Aristo Yayınevi, 2019) s. 175; ŞEN, “*Avukat, Hakim ve Savcılarının Aranması*”, s. 340.

³⁴⁵ Hazal ALGAN, “*Hukuk Bürolarında Arama ve Elkoyma*”, 27/09/2013, < <http://www.insanihakuk.com/makale/hukuk-burolarinda-arama-ve-elkoyma/> > (Erişim Tarihi: 12/05/2021).

olmayacaktır³⁴⁶. Çünkü CMK m. 130/2'deki hüküm gayet açıktır, dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma aşamasında da avukatların bürolarının aranabileceği sonucuna ulaşılır.

CMK m. 130/1'deki “*mahkeme kararı*” ifadesi ile belirtilmek istenenin “*hâkim kararı*” olacağı düşünülse de bu doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Çünkü kanun koyucu avukatların bürolarının aranmasında “*hâkim kararı*”nın gerekli olacağına ilişkin bir kural getirmek isteseydi, CMK m. 119, m. 127 ve başka diğer maddelerdeki gibi bu hususu açık olarak “*hâkim*” kelimesine yer vererek düzenlerdi. Fakat kanun koyucu CMK m. 130/1'de diğer hükümlerde olduğu gibi “*hâkim*” ifadesini değil “*mahkeme*” ifadesini kullanmıştır. Bu sebeple kanun koyucunun mahkeme kelimesi ile hâkim kelimesini ifade etmek istemediğini söylemek mümkündür³⁴⁷.

CMK m. 130/1'de düzenlenen “*mahkeme kararı*” ile ifade edilmek istenilenin hangi merci olması gerektiği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş; avukatların bürolarının aranması için soruşturma aşamasında karar vermeye yetkili merci Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hâkimi, kovuşturma aşamasında ise Cumhuriyet savcısının talebi üzerine ya da kendiliğinden mahkemenin olduğunu belirtmektedir.³⁴⁸ Bizim de katıldığımız başka bir görüşe göre ise; maddenin sağladığı güvencenin anlamlı olabilmesi için arama kararı vermeye yetkili merci toplu olarak görev yapan ağır ceza mahkemeleri olması gerektiği yönündedir³⁴⁹. Nitekim ağır ceza mahkemelerindeki üyeler bir karara varmadan önce kendi aralarında müzakere etmektedirler³⁵⁰. Muhakeme safhalarına göre arama kararını verecek olan ağır ceza mahkemesi değişiklik gösterir³⁵¹. Karar; soruşturma aşamasında nöbetçi ağır ceza mahkemesince, kovuşturma aşamasında ise yargılamayı yapan ağır ceza mahkemesince verilmelidir³⁵². Ancak uygulamada soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimliğinin de arama kararı verdiği görülmektedir.

³⁴⁶ ŞEN, “*Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması*”, s. 340.

³⁴⁷ ÖRS, s. 129.

³⁴⁸ PARLAR, ÖZTÜRK, s. 174; CENTEL, ZAFER, “*Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı*”, s. 352; ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 358

³⁴⁹ ÖRS, s. 131-132; ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ÖZAYDIN, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 325.

³⁵⁰ ÖZEL, s. 1251.

³⁵¹ BOZDAĞ, KORKMAZ, s. 121.

³⁵² ÖRS, s. 132.

Belirtmek gerekir ki uygulamada sorun oluşturmaması adına mahkeme kavramının ne anlama geldiği konusunun Kanun'da açık olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Kanımızca bu mahkemenin de ağır ceza mahkemesi olarak belirlenmesi gerekmektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere savunma hakkı ve bununla birlikte avukatın sır saklama yükümlülüğünün korunması adına bu karar tek bir kişinin vereceği bir karar olmamalı, üyelerinin birlikte müzakerede bulunduğu ve toplu şekilde hareket ettiği ağır ceza mahkemesi olmalıdır. Ayrıca avukatlar görevleri esnasında ya da görevi ile kaynaklı olarak işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı haklarında kovuşturma kararı verildiğinde sadece ağır ceza mahkemelerinde yargılanırlar.

Avukatların bürosunun aranmasına ilişkin olarak CMK m. 130/1'deki bir başka düzenleme ise, avukatların ofisinin aranırken mutlak surette arama kararında gösterilen olayla ilgili olması ve aramanın Cumhuriyet savcısının denetiminde yapılması gerektiğidir³⁵³. CMK m. 130/1'in CMK m. 119'da düzenlenen arama koşullarındaki en belirgin farklarından biri de bu hükümdür. Çünkü m. 119'da Cumhuriyet savcısının aramaya katılma zorunluluğu bulunmazken, m. 130/1'de avukatların bürolarının aranması sırasında Cumhuriyet savcısının bu aramaya katılma zorunluluğu ve aramanın Cumhuriyet savcısının denetiminde olması zorunluluğu bulunmaktadır. CMK m. 119/4'e göre Cumhuriyet savcısı olmadan belirtilen yerlerde arama yapılabilecekken, CMK m. 130 kapsamında düzenlenen avukatların büro aramalarında Cumhuriyet savcısı hazır bulunacak ve onun denetiminde yapılacaktır³⁵⁴. Başka bir ifade ile Cumhuriyet savcısı olmaksızın avukat bürolarında arama gerçekleştirilmeyecektir. Bu düzenleme ile avukatların bürosunun aranması daha güvenceli bir sistem yaratılmıştır³⁵⁵.

CMK m. 130/1'de avukatların bürolarının aranmasına dair düzenlemenin öngördüğü başka şart ise arama sırasında baro başkanı veya baro başkanını temsilen bir avukatın bulunması gerektiğidir, CMK m. 119/4'teki düzenlemede ise; *"Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur."*

³⁵³ KOCAOĞLU, "Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı", s. 57; ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 358; YURTCAN, s. 443.

³⁵⁴ ÖRS, s. 133.

³⁵⁵ ÖZBEK, BACAKSIZ, s. 170.

denilmek suretiyle Cumhuriyet savcısı olmadan maddede belirtilen yerlerde yapılacak olan aramalarda hazır bulunacak kişileri o yerin ihtiyar heyeti veya komşularından iki kişi olarak belirtmiştir. Bu madde genel arama tedbirinde uygulanır.

Şu hususu belirtmekte fayda görmekteyiz; AK'de 7249 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile m. 58/1'deki ikinci cümleye "*kayıtlı olunan*" ibaresi eklenmiştir. AK m. 58/1 ikinci cümleinin son hali "*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.*" şeklindedir. Hükmü yorumlayacak olursak; birden fazla baro kurulan illerde bir avukat hangi baroya kayıtlı ise avukat hakkında arama işlemine kayıtlı olunan baronun temsilcisi katılabilecektir.

CMK'deki ve AÖAY'deki mevcut düzenlemede ise herhangi bir değişiklik yapılmamış olup; hala "*Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur.*" kuralı aynı şekilde devam etmektedir. AK'de avukatların bürolarının aranmasına ilişkin düzenleme, daha önceden de belirttiğimiz üzere avukatların görevinden kaynaklı ya da görevini icra ettiği sırada işlemiş olduğu iddia edilen suçlar bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Oysa avukatların işlediği iddia edilen kişisel suçlarda ofisinin aranmasında CMK m. 130 uygulanırken "*Baro başkanının ya da baro temsilcisinin*" bulundurma zorunluluğu olduğundan, baro başkanı ya da baro temsilci deyiminden kimi anlamamız gerektiği sorusu akla gelmektedir. Kanımızca CMK m. 130'daki "*Baro başkanının ya da baro temsilcisinin*" deymiyle ilgili henüz CMK'de ve AÖAY'de "*kayıtlı olunan*" şeklinde bir değişiklik bulunmasa dahi avukat bürolarının aranması sırasında, AK m. 58'de düzenlenen kayıtlı olunan baro başkanı ya da baro temsilcisinin katılacağını düşünüyoruz. Çalışmamızda bundan sonra ifade ettiğimiz baro başkanı ya da baro temsilcisi ifadesinden kayıtlı olunan baro başkanının ya da baro temsilcisinin anlaşılması gerektiğini belirtmek isteriz.

CMK m. 130/1'deki avukatların bürolarının aranmasına ilişkin düzenleme, CMK m. 119/4'ten farklı şekilde düzenlenmiş olup, avukat bürolarının aranmasında kendine özgü işlem tanığı olarak baro başkanı ya da onu temsil eden bir avukat hazır bulunacaktır³⁵⁶. Avukatların bürolarının aranması sırasında baro başkanını temsil eden başka bir avukat hazır bulunacaksa bu avukatın baronun yönetim kurulu üyelerinden biri ya da baro yönetim kurulunun belirleyeceği İnsan Hakları Komisyonu üyelerinden

³⁵⁶ ÖZBEK, BACAKSIZ, s. 170.

birisinin olması daha yararlı olacaktır³⁵⁷. Çünkü avukat bürolarının aranmasında ortaya çıkabilecek olumsuzluklar karşısında bu kişiler pozisyonları gereği Cumhuriyet savcısı, kolluk amiri gibi ilgili makamlara daha hızlı ve kolay bir şekilde ulaşabilir ve oluşan sorunu daha hızlı çözebilirler³⁵⁸. Uygulamada büro aramalarına baro başkanlığı tarafından görevlendirilen avukat hakları merkezi üyeleri iştirak etmektedir.

Baroyu temsilen avukatın bürosunun aranması için görevlendirilen avukat, arama kararının kendisine bildirilmesiyle hemen arama yapılacak olan avukatın bürosuna gitmelidir. Avukatın bürosunda arama işlemine başlanılıncaya kadar baroca görevlendirilen avukat beklenmeli, işleme o gelmeden başlanılmamalıdır³⁵⁹. Aramaya katılan avukat ilk başta arama kararının hukuka uygun olup olmadığına bakmalı, arama işlemi bitinceye kadar arama mahallinden ayrılmamalı, arama işlemi ile ilgili olarak hukuka aykırılıklar tespit ederse bu durumu tutanağa geçirmelidir. Arama işlemi boyunca arama yapılan avukat bürosunun girişi ve çıkışları kontrol altında tutulmalı, dışarıdan eşya getirilmemesine özen gösterilmeli eğer dışarıdan bir eşya getirildiyse avukatın bürosundaki eşyalar ile karışmaması için getirilen eşyanın bürodaki eşyalar ile ayrılmasına dikkat edilmesi gerekir. Bunun yanı sıra arama işlemini gerçekleştirecek olan kolluk güçlerinin dağılarak hareket etmelerinin önüne geçilmeli, arama yapılacak eşya, dolap, çekmece, masa, bağımsız bölüm, oda gibi yer ve eşyalar belirli bir sıraya göre aranmalı ve arama işlemi aramaya katılan kişilerin hepsinin görebileceği şekilde icra edilmelidir. Eğer arama yapılacak yerde birden fazla avukatın çalıştığı bir büro ise, hakkında arama kararı olan avukatın çalıştığı bağımsız alan belirlenmeli ve bu alan dışında arama işleminin yapılmasının önüne geçilmelidir³⁶⁰.

İstanbul Barosu Başkanlığı'nın yapmış olduğu bir açıklamada avukatların bürolarının aranması sırasında aramaya katılan baroca görevlendirilen avukatların hangi konulara dikkat ettiklerini belirtmiştir³⁶¹.

³⁵⁷ **AYDIN, KOZAĞAÇLI**, s. 8.

³⁵⁸ **KOCAOĞLU**, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, s. 57.

³⁵⁹ Uğur **ORHAN**, “Avukat Bürolarının Aranması”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, 2020, Sa. 162, s. 297.

³⁶⁰ **AYDIN, KOZAĞAÇLI**, s. 9.

³⁶¹ “Avukat Aramalarına İlişkin Zorunlu Açıklama”, İstanbul Barosu Başkanlığı, 23/11/2011

“... Görev alan meslektaşlarımız, sadece aramaya nezaret etmekle yetinmemekte ve bu çerçevede bir dizi incelemede bulunmaktadır. Aramaya ilişkin mahkeme kararı olup olmadığını, bu kararın hukuka uygun olup olmadığını, kararın içeriğinde aranması ve/veya elkonulması söz konusu olan belgelerin açıklanıp açıklanmadığını, aranacak avukatın kimlik bilgilerinin doğru olup olmadığını, aranacak yerin büro ve/veya ev olup olmadığını tesbit etmekte ve varsa bu konudaki eksikliklerin zapta geçmesini sağlamaktadır.

3. Avukatların Konutlarının Aranması

CMK’de ve AÖAY’de avukatların konutlarının aranmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Avukatların konutlarının aranmasına ilişkin düzenleme Avukatlık Kanunu m. 58’de karşımıza çıkmaktadır. Avukatların konutlarının aranması, bürolarının ve üstlerinin aranması ile birlikte aynı maddede düzenlenmiştir. AK m. 58/1 “*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.*” şeklinde düzenlenerek avukatların konutlarının aranmasındaki koşullar bürolarının aranmasıyla aynı koşullara bağlanmıştır³⁶².

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere AK m. 58/1’de düzenlenen hüküm uyarınca avukatların konutlarının ve bürolarının aranması usulü aynı koşullara bağlanmıştır. Bu bakımdan m. 58/1 uyarınca avukatların konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak aranabilir. Ayrıca avukatın konutunda yapılacak olan aramalarda izlenilecek yol, tıpkı büro aramaları gibi Cumhuriyet savcısının denetiminde ve baroyu temsil eden avukatın katılımıyla yapılacaktır. Bu usule uyulmayacak şekilde yapılan aramalar hukuka aykırı olarak elde edilen delil sayılacak olup hükme esas alınmayacaktır.

Ancak, AK m. 58 düzenlemesi avukatın görevinden kaynaklı ya da görevini icra ettiği sırada işlemiş olduğu iddia edilen suçlara ilişkin sınırlı bir düzenlemedir³⁶³.

Avukatların adi suçlardan kaynaklanan bir suç ile ilgili yapılacak olan konut aramalarında ise CMK m. 130’da bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan avukatların işlemiş olduğu iddia edilen adi suçlar bakımından konutlarının aranmasında CMK m. 118 ve m. 119 devreye girecek olup genel arama hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır³⁶⁴. Bu hükümlere baktığımızda avukatların adi suçları ile ilgili olarak konut aramaları CMK m. 119 uyarınca “*hâkim kararı veya*

Nitekim yapılan aramalarda, bu konulara kolluğun yeterli duyarlılığı göstermediği, mahkeme kararı yerine hâkim kararı ile yetinildiği, arama kararlarının içerik itibarıyla yeterli açıklıkta olmadığı, aranacak olguların açıklıkla yazılmadığı, bu nedenle soruşturmadan bağımsız olarak, avukatın başka müvekkilleriyle olan yazışmalarına, dosyalarına ve kitaplarına da el konulduğu, saptanan delillerin mühürlenmediği, imaj almak için yeterli donanımın arama mahallinde bulundurulmadığı, zaptın bir türlü olgu, tutulan zabıtlarda meslektaşlarımızca tesbit konusu yapılmaktadır...”

< <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=6375> > (Erişim Tarihi: 30/04/2021).

³⁶² ÖRS, s. 139.

³⁶³ ÖRS, s. 139; YÜKSEKTEPE, s. 305; ŞEN, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, s. 342.

³⁶⁴ BOZDAĞ, KORKMAZ, s. 128.

gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir.” CMK m. 119/4’e göre; avukat konutlarında Cumhuriyet savcısı olmadan yapılacak olan aramalarda, arama yapılacak yerin ihtiyar heyetinden iki kişinin ya da hakkında arama kararı verilen kişinin komşularından iki kişinin aramada hazır bulunması gerekir. CMK m. 118’deki “*konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamaz.*” hükmü uyarınca avukat konutlarında da gece vakti arama yapılamayacaktır³⁶⁵.

Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin vermiş olduğu bir kararda arama ve elkoyma işleminin yapıldığı tarihte avukatlık mesleğini icra etmeyen sanığın konutunun genel arama ve elkoyma hükümlerine göre yapılması gerektiğini belirtmiştir³⁶⁶.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi avukatların işlediği iddia edilen adi suçlar bakımından yürütülen soruşturma ya da kovuşturma kapsamında avukatların konutlarının aranmasına ilişkin olarak CMK m. 118 ve m. 119 hükümleri çerçevesinde genel hükümler uygulanır. Bu durum ile birlikte avukatın konutunu hem konut hem de büro olarak kullandığı durumlarda avukatların konutlarının aranmasında izlenilecek yolun hangi usule göre uygulanacağı önem arz etmektedir.

Avukatın evini hem ev hem de büro olarak kullandığı durumda aramaların hangi usule göre yapılacağı uygulamada sorunlara yol açmaktadır. Bu sorunun çözümüne ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre; avukatın evini hem ofis hem de konut olarak kullandığı durumda avukata ilişkin yürütülen soruşturma ve kovuşturma kapsamı, avukatın görevinden kaynaklanan ya da görevi sırasında işlemiş olduğu iddia edilen bir suça ilişkinse, yapılacak olan arama avukatların ofisinin aranmasını özel olarak düzenleyen hükümlere uyularak yapılması gerektiğini, fakat soruşturma ya da kovuşturma avukatın görevinden kaynaklanan ya da görevi sırasında işlemiş olduğu bir suçtan dolayı değil de kendisinin işlemiş olduğu iddia edilen adi bir suçtan kaynaklanan bir arama yapılacaksa, genel hükümlere uyularak CMK m. 118, m. 119 kapsamında arama yapılması gerekecektir.³⁶⁷ Başka bir görüşe göre;

³⁶⁵ BOZDAĞ, KORKMAZ, s. 129.

³⁶⁶ Yar. 16. CD, 2016/7026 E. 2017/3341 K. 21/03/2017 T. sayılı kararı.

< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 14/05/2021).

³⁶⁷ DOĞAN, s. 169.

avukatların evini aynı zamanda ofis olarak kullandığı durumlarda CMK m. 136 kıyasen uygulanmalı, madde avukatın evini de kapsamı altına almalıdır³⁶⁸.

Bizimde katıldığımız başka bir görüşe göre ise avukatların evini aynı zamanda ofis olarak kullandığı durumda CMK m. 130'un uygulanması gerekecektir³⁶⁹. Çünkü avukatların bürosu ve büro olarak kullandığı konutlarının kural olarak bir dokunulmazlığı bulunmaktadır. Avukat bürolarının aranması CMK m. 130'da düzenlendiğinden hangi sebeple olursa olsun maddede belirtilen kurallar ve usuller çerçevesinde aranabilir, elkoyma ve postada elkoyma işlemi icra edilebilir³⁷⁰. Avukatların hem konut hem de bürosu olarak kullandığı yerde yapılacak olan arama işleminde CMK m. 118 ve m. 119'un uygulanma alanı bulması, avukatlar hakkında yapılacak olan arama ve elkoyma tedbirlerinin özel olarak düzenlenmesini gerektiren sır saklama yükümlüğü, bağımsız olmaları gerektiği, savunma hakkının korunması nedenleri ile çelişir³⁷¹. Bu bakımdan avukatların işlediği iddia olunan adi suçlara ilişkin avukatların hem konut hem de ofis olarak kullandığı mahalde yapılacak olan aramalarda CMK m. 118 ve m. 119 uygulanma alanı bulmamalı, CMK m. 130 uygulanmalı ve maddede düzenlenen usuller ile icra edilmelidir.

D. ARAMA İŞLEMİNİN DENETİMİ

Ceza muhakemesi hukukunda arama koruma tedbirinin denetimi ve itiraz mekanizması ile ilgili spesifik bir düzenleme bulunmamaktadır³⁷². Bu bakımdan genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Arama kararı vermeye kural olarak hâkimin yetkisi vardır. Arama kararı soruşturma aşamasında sulh ceza hâkiminin verdiği bir karara dayanıyorsa bu karara karşı itiraz edilebilir. İtiraz etme usulü CMK m. 268. maddede düzenlenmiştir.

Kovuşturma evresinde arama kararına karşı itiraz edilip edilemeyeceği konusunda özel olarak bir düzenleme bulunmamaktadır. Kovuşturma aşamasında arama kararının uygun olmadığı düşüncesi varsa hüküm verildikten sonra “istinaf” veya “temyiz” kanun yoluna başvurularak bu durum ileri sürülebilecektir. İstinaf yolu

³⁶⁸ SAYGILAR, s. 636.

³⁶⁹ BOZDAĞ, KORKMAZ, s. 209; ŞEN, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, s. 340.

³⁷⁰ ŞEN, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, s. 340.

³⁷¹ ÖRS, s. 141.

³⁷² CMK m. 101/5 te tutuklama kararına ve CMK m. 111/2’de adli kontrol kararına karşı itiraz edilebileceği özel olarak düzenlenmiştir.

temyiz incelemesine göre daha detaylı inceleme imkânına sahiptir. Çünkü istinaf kanun yolunda hem maddi hem de hukuki denetim yapılmaktadır³⁷³. Ayrıca şartları oluştuysa “*olağanüstü kanun yollarından*” biri olan “*kanun yararına bozma yoluna*” başvurulmasına herhangi bir engel yoktur³⁷⁴.

Arama kararının denetimi teknik olarak bu şekilde mümkün olsa da uygulama açısından arama işleminin özelliğinden kaynaklı gizlilik olmasından dolayı genellikle arama işlemine maruz kalan insanlar haberdar edilmemektedir. Dolayısıyla uygulamada arama kararının denetimi pek uygulanmamaktadır. Aramaya maruz kalan kişiler büyük ölçüde arama işleminin icrasından sonra arama kararını öğrenmektedirler. Aramaya maruz kalanlar böyle bir durumla karşılaştıklarında arama kararı veya arama işleminin icrasına yönelik hukuka aykırılıkların bulunduğu ilişkin denetim yoluna başvurabilir. Bu iddiayı inceleyen merci ilk olarak arama kararının hukuka uygun olup olmadığına daha sonra arama işlemi icrasının hukuka uygun olup olmadığını inceleyerek karar vermelidir³⁷⁵.

Arama Cumhuriyet savcısı ya da kolluk amirince verilmiş bir emre dayanarak yapıldıysa ve de bu arama sonucunda bir şeye elkonulduysa yetkili mercilerce verilen bu arama emri hâkimin onayına sunulur ve verilen emrin hukuka uygun olup olmadığı denetlenir³⁷⁶. Cumhuriyet savcısı ya da kolluk amirince verilmiş bir emre dayanarak yapılan aramada elkoyma işlemi gerçekleşmediyse bu karar hâkim onayına sunulmaz.

Cumhuriyet savcısı ya da kolluk amirince verilmiş bir emre dayanarak yapılan ve arama sonucunda bir şeye elkonulup hâkimin onayına sunulması durumunda hâkimin vereceği karara karşı da itiraz yoluna gidilebilir. Elkoyma işleminin onaya sunulması sonucunda hâkim onaylamaya ilişkin talebi reddetmişse, Cumhuriyet savcısı bu karara itiraz edebilir. Ancak arama emrini veren yetkili merci kolluk amiri

³⁷³ ORHAN, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, s. 87.

³⁷⁴ KIZIROĞLU, s. 167.

³⁷⁵ ORHAN, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, s. 88.

³⁷⁶ Yar. 19. CD, 2016/4999 E. 2018/ 12458 K. 27/11/2018 T. sayılı ilamı “...somut olay değerlendirildiğinde, sanığın iş yerinde yapılan aramada rızaen teslim alınan bilgisayar üzerinde, soruşturma aşamasında, 5271 sayılı CMK’nun 134. maddesi uyarınca hakim kararı alınmadan ve Cumhuriyet savcısının talimatı hakim onayına sunulmadan inceleme yaptırıldığı, Kanun’un emredici hükmüne aykırı şekilde yaptırılan inceleme neticesinde düzenlenen raporun da hukuka aykırı delil niteliğinde olduğu ve hükme esas alınamayacağı, sanığın aşamalarındaki savunmalarında 7258 sayılı Kanuna aykırı bir şekilde bahis oynatma olgusunu kabul etmediği, yapılan aramada da müşterinin oturduğu bilgisayar masası üzerinde bulunan bir adet not kağıdı dışında başka delil elde edilemediği anlaşılacakla, atılı suçu işlediğini gösterir yeterli, somut ve hukuka uygun olarak elde edilmiş herhangi bir delil bulunmayan sanığın, beraati yerine, mahkumiyetine karar verilmesi...”.

< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 04/03/2021).

ise kolluk amirinin karara itiraz etme hakkı yoktur. Böyle bir durumla karşılaşıldığında da Cumhuriyet savcısı karara itiraz edebilir³⁷⁷.

E. HUKUKA AYKIRI ARAMA VE TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Gerek adli gerekse önleme araması işlemlerinin hukuka uygun olması gerekmektedir. Hukuka uygun olmayan arama işlemleri hem hukuki açıdan hem de cezai açıdan sonuç doğurur. Arama işleminin hukuka uygun olarak yapılmadığı durumunun tespitinde arama kararı veya emrini veren yetkili kişiler, arama işlemini gerçekleştiren kolluk görevlileri hukuki ve cezai yaptırımla karşı karşıya kalabileceği bir durum söz konusu olabileceği gibi arama işlemine maruz kalan kişilerin Devletten tazminat isteme hakkı da doğar³⁷⁸.

Arama sırasında ele geçirilen bulguların, yargılama aşamasında kullanılması ve bir sonuç doğurabilmesi için bu bulguların “*delil yasakları*” kapsamında olmaması gerekir. Ceza Muhakemesi Hukukumuzda isnat edilen suçla ilgili olarak suçun hukuka uygun bir şekilde elde edilen her türlü delil ile ispat olunabileceği (CMK m. 217/2)³⁷⁹ kanuna aykırı bir şekilde edilen delillerin ise reddedileceği (CMK m. 206/2 a bendi)³⁸⁰ hüküm altına almıştır. Bu konuda önemle bahsetmek gerekir ki AY m. 38/6³⁸¹’da da benzer bir düzenlemeye gidilerek kanuna aykırı elde edilen bulguların delil olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir. Bu sebeple maddi gerçeği ortaya çıkarmak için araştırmanın hukuka uygun hareket edilerek yapılması ve verilecek olan hükmün hukuka uygun olan delillere göre verilmesi gerekmektedir³⁸². Hukuka aykırı delil; hukuk kurallarının dışına çıkarak elde edilmiş olan delil şeklinde tanımlanabilir³⁸³.

Hukuka aykırı aramalar hükme esas alınamaz³⁸⁴. Bu husus hukuka aykırı delil olarak nitelendirilir ve delil olarak kabul edilemez. Arama kararı veya emri gerektiren

³⁷⁷ ORHAN, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, s. 89.

³⁷⁸ ALDEMİR, s. 252.

³⁷⁹ “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.”

³⁸⁰ “Ortaya konulması istenilen bir delil aşağıda yazılı hâllerde reddolunur: a) Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse”.

³⁸¹ “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.”.

³⁸² GÜLŞEN, “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi”, s. 228.

³⁸³ Güçlü AKYÜREK, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, TBBD, 2012, Sa. 101, s. 62.

³⁸⁴ ALDEMİR, s. 252.

durumlarda kararın veya emrin olmaması³⁸⁵, arama sırasında bulunması gereken tanıkların bulunmaması, gündüz vakti yapılması gereken aramanın gece vakti yapılması, avukatların ofisinin aranması için gerekli olan koşullara uyulmadan aramanın gerçekleşmesi gibi durumlar hukuka aykırı aramaya örnek verilebilir³⁸⁶.

Hukuka aykırı arama ayrıca TCK'de düzenlenen haksız arama suçunu oluşturur³⁸⁷. Haksız arama suçu TCK m. 120 'de kişilere karşı suçlar başlığı altındaki hürriyete karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir³⁸⁸. TCK m. 120'de "*hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verileceği*" hüküm altına alınmıştır. Ayrıca haksız arama suçunda fail sadece kamu görevlileri olabileceği için bu suç tipi özgü suçlardan biridir³⁸⁹.

TCK m. 120'deki haksız arama suçu her ne kadar sadece kamu görevlilerinin işleyebileceği suç türü olsa da, kamu görevlisi olmayan kişilerin yaptığı arama işlemi, aramayı haklı kılmayacak ve bu aramadan elde edilen bulguları hukuka uygun bir delil haline getirmeyecektir³⁹⁰.

Haksız arama, arama hükümlerini düzenleyen yürürlükteki mevzuata aykırı bir şekilde hareket edilmesidir³⁹¹. Bu suç şikâyetle bağlı olmayıp resen soruşturulur.

Bunun yanı sıra TCK m. 119/1 e bendine göre hukuka aykırı bir şekilde bir kişinin konutunda arama yapılmasının sonucunda konut dokunulmazlığını ihlal suçu oluşur ve bunu icra eden kamu görevlisi konut dokunulmazlığının ihlali suçunun nitelikli halini işlemiş olur³⁹². Kamu görevlisinin tanımı TCK m. 6'da "*kamusal*

³⁸⁵ **Yar. 20. CD, 2015/11357 E. 2016/3453 K. 06/06/2016 T.** " ...Somut olayda, sanık ...'nın uyuşturucu madde ticareti yaptığı yönünde ihbar üzerine sanıkla irtibata geçilerek uyuşturucu madde istenildiği ve buluşmanın sağlandığı, sanık ...'nın üzerinde uyuşturucu madde bulunmadığı ancak arama yapması halinde uyuşturucu maddenin getirileceğini söylediği, sanık tarafından yapılan arama sonrasında sanık ... tarafından uyuşturucu maddenin getirilerek sanık ...'ya teslim edilmesi sonrasında sanık ...'nin yakalanarak önleme araması kararı gereğince üzerinde yapılan aramada net 5 gr esrar bulunması karşısında; sanığı ve niteliği belli olan bir suçun işlendiği konusunda şüphe oluşmuştur. CMK'nın 116, 117 ve 119. maddelerine uygun şekilde "adli arama kararı" alınmadan, sanığın üzerinde arama yapılması hukuka aykırıdır. Bu aramalar sonucu bulunan uyuşturucu madde ise hem "suçun maddi konusu" hem de "suçun delili" olup hukuka aykırı yöntemle elde edildiğinden hükme esas alınamaz..." < <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 04/03/2021).

³⁸⁶ **ALDEMİR**, s. 252.

³⁸⁷ **ALDEMİR**, s. 266.

³⁸⁸ **Recep GÜLŞEN**, "*Haksız Arama Suçu*", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, Sa. 16-19, s. 139.

³⁸⁹ **GÜLŞEN**, "*Haksız Arama Suçu*", 141.

³⁹⁰ **ALDEMİR**, s. 266.

³⁹¹ **GÜLŞEN**, "*Haksız Arama Suçu*", s.142; **ALDEMİR**, s. 267.

³⁹² **ORHAN**, "*Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma*", s. 90; **ARTUK, ALAN AKCAN**, s. 2714.

faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, sürekli veya geçici olarak katılan kişi” şeklinde tanımlanmıştır.

Kamu görevlisi bir kişinin konutunu hukuka aykırı bir şekilde aramış ve bu arama sırasında suç teşkil eden başka bir eylemde de bulunmuşsa kamu görevlisi bu eyleminden dolayı da sorumlu tutulur. Örneğin bir kişinin konutunu hukuka aykırı bir şekilde arayan kamu görevlisi aynı zamanda bu kişiyi yaralamışsa gerçek içtima hükümleri gereğince kasten yaralama suçundan da sorumlu tutulur³⁹³.

Anayasamızda 40. madde, Anayasada tanınan hak ve özgürlükleri ihlal edilen kişiler için yetkili mercilere başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkını, 125. madde ise idarenin kendi fiil ve işlemleri nedeniyle verdiği zararları tazmin etme yükümlülüğünü düzenlemiştir. CMK m. 141/1 i bendi ise aramaya maruz kalan kişi hakkında gerçekleştirilen ölçüsüz aramanın varlığı durumunda kişilerin uğramış olduğu zararları maddi ve manevi olarak Devletten isteyebileceğini düzenlemiştir. CMK’de düzenlenen diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi arama da ölçülülük ilkesine uygun olarak gerçekleştirilmelidir. Ölçülülük ilkesi tedbir ile ulaşılması istenilen amaçtan sağlanacak yarar ile tedbire başvurulduğunda ihlal edilen hak ve özgürlükler arasındaki dengeyi ifade etmektedir³⁹⁴. Önemle belirtmek gerekir ki AY m. 13 kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ölçülülük ilkesine bağlı kalınarak sınırlandırılabilirliğini düzenlemiştir³⁹⁵.

CMK’de arama konusunda hukuka uygun olarak verilmiş bir arama kararı veya arama emrinin icrasında ölçüsüz davranılması sebebi ile tazminat istem sebebi sayılmıştır. Bunun haricinde arama kararı veya arama emri verilmesi için aranması gereken sebeplerin olmamasına rağmen arama kararı veya arama emri verilmesi tazminat sebebi olarak sayılmamıştır³⁹⁶. Ancak Yar. 12. CD bir kişi hakkında verilen arama kararının hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle tazminat isteyebileceğini hüküm altına almıştır.³⁹⁷

³⁹³ Güneş **OKUYUCU ERGÜN**, Konut Dokunulmazlığını İhlâl Suçu (Ankara: Çakmak, 2010) s. 127, Akt. **ORHAN**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, s. 90.

³⁹⁴ Veysel Candan **CANOĞLU**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları (Haksız Yakalama, Gözaltı, Tutuklama, Arama ve El Koyma). (Ankara: Seçkin, 2017) s. 107.

³⁹⁵ **AY m. 13** “ Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” .

³⁹⁶ **ÜNVER, HAKERİ**, s. 1083.

³⁹⁷ **Yar. 12. CD, 2015/12815 E. 2015/19162 K. 10/12/2015 T. sayılı kararı.**

CMK’de ölçüsüz aramaya ilişkin tazminat istem talebi adli aramalara ilişkindir. Ancak AY m. 125 idarenin tüm eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu belirttiğinden ister adli ister önleme araması olsun doğan zararın tazmini için idareye tam yargı davası açılabilir.³⁹⁸

Koruma tedbirleri sebebiyle açılacak olan tazminat davalarında görevli ve yetkili mahkeme zarara uğrayan kişinin oturduğu yerdeki ağır ceza mahkemesidir. Eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat istemine konu olan işlemle ilgili olan bir mahkeme ise ve o yerde başka bir ağır ceza mahkemesi yoksa en yakın yerdeki ağır ceza mahkemesi yetkili olacaktır.

Tazminat istemi karar veya hükmün kesinleştiğinin ilgiliye tebliğden itibaren üç ay ve her halde karar veya hükmün kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir.

Devlet koruma tedbiri ile ilgili olarak kendisine açılan tazminat davası sonucunda ödediği tazminat ile ilgili olarak; görevinin gereğine aykırı bir şekilde davranmak şartıyla görevini kötüye kullanan hâkim ve Cumhuriyet savcılarına karşı rücu edebilir³⁹⁹. Tazminat kararlarına karşı da öngörülen bir denetim mekanizması mevcuttur. CMK m. 142/8 uyarınca tazminat kararına karşı tazminat isteminde bulunan, Cumhuriyet savcısı ya da Hazine temsilcisi istinaf yoluna başvurabilir. İstinaf mahkemesi tarafından yapılacak olan inceleme öncelikle ve ivedilikle yapılır.

< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 08/03/2021).

³⁹⁸ AKSOY, s. 157.

³⁹⁹ CANOĞLU, s. 192.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ELKOYMA TEDBİRİ VE AVUKATLAR HAKKINDA UYGULANMASI

I. GENEL OLARAK

Suç şüphesinin öğrenilmesi ile başlayıp hüküm açıklanması ile sona eren ve maddi gerçeği ortaya çıkarma amacı olan ceza yargılamalarında adil bir yargılama yapılabilmesi için delillerin kaybolmaması, yok edilmemesi veya değiştirilmemesi için o delillerin korunması ve muhafaza edilmesi gerekmektedir⁴⁰⁰.

Bir ceza yargılamasının işleyişi açısından delil özelliği taşıyan eşyaların kaçırılması, yok edilmesi yargılamanın düzgün bir şekilde ilerlemesine ve tamamlanmasına engel olacaktır⁴⁰¹. Ceza yargılamasında böyle bir durum ile karşılaşılması adil bir yargılamanın yapılmasını engeller ve hak kayıplarına neden olur. Böyle bir sonuç ile karşılaşılmasını adına delilleri korumak, karartılmasını veya yok edilmesini engellemek, maddi gerçeği ortaya çıkartarak verilen hükümlerin uygulanmasını sağlamak amacıyla temel hak ve özgürlüklere müdahale eden koruma tedbirlerinden biri de elkoymadır⁴⁰².

Elkoyma uluslararası ve ulusal hukuk metinlerinde düzenlenen ve güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere doğrudan veya dolaylı müdahale eden bir koruma tedbiri olarak ulusal mevzuatımızda da yerini almıştır⁴⁰³.

⁴⁰⁰ İsa ÇELİK, *Postada Elkoyma*. (Ankara: Ajans, 2016) s. 1.

⁴⁰¹ Doğan GEDİK, “Yeni Ceza Kanunu’na Göre Basit Elkoyma”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2007, Sa. 6, s. 67; Özge SIRMA, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Elkoyma”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan, C. 1* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008) s. 644.

⁴⁰² Ersan ŞEN, H. Sefa ERYILDIZ, *Elkoyma*. (Ankara: Seçkin, 2017) s. 17.

⁴⁰³ ŞEN, ERYILDIZ, s. 17.

Elkoyma tedbiri başta mülkiyet hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlüklere müdahale eden bir koruma tedbiridir⁴⁰⁴. Uluslararası hukuk metinlerinde de bu hak güvence altına alınmıştır⁴⁰⁵. AY m. 35'te de mülkiyet hakkını koruyan bir düzenleme mevcuttur⁴⁰⁶. Mülkiyet TDK'ye göre; "*sahiplik*" anlamına gelmektedir⁴⁰⁷. Elkoyma koruma tedbiri mülkiyet hakkının dışında muhafaza altına alınan ya da elkonulan eşyanın özelliğine göre AY m. 20'de düzenlenen "*özel hayatın korunması ve gizliliği*", AY m. 28'de düzenlenen "*basın hürriyeti*" AY m. 27'de düzenlenen "*bilim ve sanat hürriyeti*" AY m. 22'de düzenlenen "*haberleşme hürriyeti*" AY m. 21'de düzenlenen "*konut dokunulmazlığı*", AY m. 25'te düzenlenen "*düşünce ve kanaat hürriyeti*", AY m. 26'da düzenlenen "*düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*" gibi temel haklara da müdahale edebilmektedir⁴⁰⁸.

Elkoyma tedbiri, CMK'nin birinci kitap, dördüncü kısım, dördüncü bölümünde koruma tedbirleri çatısında arama ve elkoyma başlığı altında m. 123 ile m. 134 arasında düzenlenmiştir. Temel hak ve özgürlüklere müdahale eden elkoyma tedbiri bir amaç değil araç olup; asıl amacı aslında hakları ve özgürlükleri sınırlandırmak değil tam aksine bu haklara ve özgürlüklere yönelik yapılan saldırılar olduğunda buna ilişkin maddi gerçeği ortaya çıkarmak, gerekli yaptırımların uygulanmasını sağlamak ve suçu önceden önlemedir. Elkoyma tedbirine başvurulduğunda bu işlem icra edilirken temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulmamalı, dürüst işlem ilkesine göre hareket edilmeli, tarafsız ve orantılı bir şekilde icra edilmelidir⁴⁰⁹.

TDK'ye göre elkoyma "*zorla almak*" şeklinde tanımlanmıştır⁴¹⁰. CMK'de ise elkoymanın tanımı yapılmamış olup AÖAY tanımlar başlığını düzenleyen m. 4'te bir tanım yapılmıştır. Maddeye göre "*elkoyma suçun veya tehlikelerin önlenmesi amacıyla veya suçun delili olabileceği veya müsadereye tâbi olduğu için, bir eşya üzerinde, rızası olmamasına rağmen, zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması işlemi*" şeklinde tanımlanmıştır. Öğretide ise farklı tanımlarla karşılaşmak mümkündür. Bir tanıma göre "*Bir eşya üzerinde rızası olmamasına rağmen zilyedin tasarruf yetkisinin*

⁴⁰⁴ ŞEN, ERYILDIZ, s. 17.

⁴⁰⁵ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 17. maddesi, AİHS Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesi örnek olarak gösterilebilir.

⁴⁰⁶ "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.*".

⁴⁰⁷ < <https://sozluk.gov.tr/> > (Erişim Tarihi: 25/03/2021).

⁴⁰⁸ ŞEN, ERYILDIZ, s. 18.

⁴⁰⁹ ŞEN, ERYILDIZ, s. 18

⁴¹⁰ < <https://sozluk.gov.tr/> > (Erişim Tarihi: 25/03/2021).

kaldırılmasıdır.”⁴¹¹ Başka bir tanıma göre “Ceza muhakemesinde delil olabilecek veya müsadere edilebilecek bir malvarlığı değeri üzerinde zilyedin sahip bulunduğu tasarruf yetkisinin kaldırılmasıdır”⁴¹². Bir tanıma göre “ Bir koruma tedbiri olarak elkoyma, rıza bulunmayan hallerde şeyi alma yetkisini ifade etmektedir”⁴¹³. Başka bir tanıma göre “Ceza muhakemesinde delil olan ya da ileride delil olarak kullanılabilecek veya müsadereye tabi olan eşyanın, eşyayı elinde bulunduran kişinin rızası olmaksızın adliyenin eli altına alınarak, eşyayı elinde bulunduran kişinin eşya üzerindeki tasarruf yetkisini ortadan kaldırılması”⁴¹⁴, başka bir tanıma göre “ Araştırılan bir suçun ispat edilmesinde delil olarak kullanılacak veya müsadereye tabi olacak bir eşya üzerindeki tasarruf yetkisinin kişinin rızası dışında zorla kaldırılmasıdır.”⁴¹⁵ Başka bir tanıma göre “genel olarak müsadereye tabi olan veya ispat aracı olan eşyanın adliyenin eli altına alınması”⁴¹⁶, başka bir tanıma göre “müsadereye tabi olan veya ispata yarayacak eşyanın adliyenin eli altına alınması”⁴¹⁷ bir tanıma göre “ceza muhakemesinde delil olabilecek ya da ileride müsadere edilebilecek eşya üzerinde zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması”⁴¹⁸ şeklinde tanımlanmıştır. Elkoymaya ilişkin mevcut düzenlemeler ve öğretideki tanımlardan yola çıkarak elkoyma; ceza muhakemesinde delil olarak nitelendirilebilecek ve yargılamaya faydası olabileceği düşünülen veya müsadereye tabi olabilen bir eşyanın adliye aracılığı ile eşyayı elinde bulunduran kişinin rızası dışında zilyetliğinin elinden alınarak eşya üzerindeki tasarruf yetkisinin geçici olarak sınırlandırılması veya kaldırılması olarak tanımlanabilir⁴¹⁹.

CMK m. 123 ve m. 124’e baktığımızda; elkoyma tedbiri ile birlikte muhafaza altına alma kavramının da düzenlediğini görmekteyiz. Muhafaza altına alma işlemi elkoymadan farklı bir işlem olup delil niteliği olabilecek veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerlerinin zilyedin veya malikin rızası ile teslim edilmesidir⁴²⁰. Eşyanın bir kimsenin zilyetliğinde bulunmaması durumunda da

⁴¹¹ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 411.

⁴¹² YÜKSEKTEPE, s. 237; ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 336- 337.

⁴¹³ ÜNVER, HAKERİ, s. 908.

⁴¹⁴ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ÖZAYDIN, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 331.

⁴¹⁵ ERYILMAZ, “Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri”, s. 518.

⁴¹⁶ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 151.

⁴¹⁷ ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, “Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler”, s. 272.

⁴¹⁸ CENTEL, ZAFER, “Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı”, s. 357.

⁴¹⁹ ŞEN, ERYILDIZ, s. 19.

⁴²⁰ Hakan HAKERİ, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre El Koyma Koruma Tedbiri”, TBBD, 2005, Sa. 60, s. 97; Cüneyd ALTIPARMAK, 100 Başlıkta Soruşturma Evresi. (Ankara: Seçkin, 2019)

muhafaza altına alma işleminden söz edilir⁴²¹. Madde düzenlemesine göre muhafaza altına alma işlemi kural, elkoyma işlemi ise bir istisnadır⁴²².

Elkoyma ve muhafaza altına alma işlemleri arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Elkoymada usulüne uygun olarak verilmiş bir elkoyma kararı veya elkoyma emri olması gerekirken, muhafaza altına alma işleminde ise herhangi bir hâkim kararı veya elkoyma emri verilmesine gerek yoktur⁴²³.

Elkoyma ile müsadere birbirinden ayrı müesseselerdir⁴²⁴. Müsadere bir güvenlik tedbiri iken elkoyma bir koruma tedbiridir.⁴²⁵ Ayrıca; elkoyma ile müsaderenin yasal dayanakları birbirinden farklı olup; elkoymanın yasal dayanağı CMK iken, müsadereninki ise TCK'dir⁴²⁶. CMK m. 123'te "*İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır.*" hükmünü düzenlemiş ve elkoymanın eşya ya da kazanç müsaderesindeki malvarlığı değerlerini içerdiğini belirtmiştir⁴²⁷.

Eşya ya da kazanç müsaderelerinin neticesinde mülkiyet devlete geçer. İlgili kişinin mülkiyet hakkı sona erer. Koruma tedbiri olan elkoymada ise mülkiyet devlete geçmez. İlginin mülkiyet hakkı sona ermeyip malvarlığı üzerindeki zilyetliği ve tasarruf yetkisi sınırlanır. Müsadere süreklilik arz ederken, elkoyma bir koruma tedbiri olduğu için diğer koruma tedbirleri gibi geçici niteliktedir⁴²⁸.

s. 192; ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 151; TOROSLU, FEYZİOĞLU, s.259; ALDEMİR, s. 298; ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ÖZAYDIN, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 331; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 411; ERYILMAZ, "Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri", s. 518.

⁴²¹ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 153.

⁴²² ALDEMİR, s. 298.

⁴²³ ORHAN, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma", s. 101; TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 249.

⁴²⁴ ŞEN, ERYILDIZ, s. 45; Mustafa ÖZEN, "Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku", s. 711.

⁴²⁵ ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞIZ, "Ceza Muhakemesi Hukuku", s. 365; Mustafa ÖZEN, "Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku", s. 711.

⁴²⁶ ŞEN, ERYILDIZ, s. 45.

⁴²⁷ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 159.

⁴²⁸ ŞEN, ERYILDIZ, s. 45.

II. HUKUKİ NİTELİĞİ VE AMACI

Elkoyma işlemi bir koruma tedbiridir⁴²⁹. Dolayısıyla her koruma tedbirinde olan özellikler elkoyma tedbiri için de geçerlidir. Diğer koruma tedbirleri gibi elkoyma tedbiri de içinde potansiyel bir zor kullanım bulundurmaktadır⁴³⁰. Elkoyma tedbirine her koruma tedbirinde olduğu gibi muhakemenin düzgün bir şekilde yapılması ve verilen kararların uygulanması amacıyla başvurulur⁴³¹. Elkoyma işlemi bir koruma tedbiri olduğu için koruma tedbirlerinin en önemli özelliğinin sonucu olarak temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmaktadır⁴³². Elkoyma koruma tedbirinde hükümden önce; elkoymanın türüne göre mülkiyet hakkı, haberleşme özgürlüğü, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı gibi haklara müdahale söz konusudur.⁴³³ Elkoyma tıpkı diğer koruma tedbirleri gibi ceza muhakemesinin amaçlarına hizmet eder⁴³⁴, yani araçtır⁴³⁵. Elkoyma işlemi geçicilik arz ettiğinden soruşturma ya da kovuşturma aşamasında o eşya ya sahibine iade edilir, ya delil olarak kullanılır ya da müsadere edilir⁴³⁶.

Ceza soruşturması ya da kovuşturmasında delil olarak nitelendirilebilecek bir eşyanın kaçırılması, yok edilmesi maddi gerçeğe ulaşmayı kesintiye uğratabilir hatta engelleyebilir⁴³⁷. Bu duruma benzer bir durumda müsadereye tabi olabilecek bir eşyanın kaçırılması, saklanması ya da yok edilmesi ceza yargılaması sonunda verilebilecek bir müsadere kararının infazını da imkânsız duruma getirebilir⁴³⁸. Elkoyma tedbiri; müsadereye konu olabilecek bir eşyaya elkoymak suretiyle, yargılama sonunda verilecek olan müsadere kararlarının kâğıt üzerinde kalmasını

⁴²⁹ GEDİK, s. 68; ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 154.

⁴³⁰ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ÖZAYDIN, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 333; SIRMA, s. 644.

⁴³¹ ALDEMİR, s. 301.

⁴³² GEDİK, s. 68.

⁴³³ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 154; ERYILMAZ, “Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri”, s. 518.

⁴³⁴ Erdener YURTCAN, *Ceza Yargılaması Hukuku*. (Ankara: Seçkin, 2019) s. 423.

⁴³⁵ GEDİK, s. 69.

⁴³⁶ Uğur Kaan ARISOY, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve El Koyma*, Kırıkkale, 2014 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 144.

⁴³⁷ ŞEN, ERYILDIZ, s. 44.

⁴³⁸ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ÖZAYDIN, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 331.

engelleyerek uygulanmasını sağladığından müsadere bakımında da araç olan bir koruma tedbiridir⁴³⁹.

Elkoyma önleyici ve adli elkoyma olarak ikiye ayrılmaktadır⁴⁴⁰. Önleyici elkoyma; suçun veya muhtemel bir tehlikenin engellenmesi amacıyla bir eşya üzerindeki zilyet ya da malikin rızası olmamasına rağmen tasarruf yetkisinin kaldırılmasıdır⁴⁴¹. Önleyici elkoyma; toplumsal huzurun, barışın sağlanması ve korunması amacıyla gerçekleştirilen idari işlemlerden biridir⁴⁴². Önleyici elkoymaya adli elkoymadan farklı olarak bir soruşturma ya da kovuşturma için değil idari amaçla başvurulur⁴⁴³. İdari nitelikte bir işlem olduğundan dolayı idarenin yetki ve tasarrufunda yürütülür⁴⁴⁴. Önleyici elkoymada; bulundurma yasak olmayan ancak kamu güvenliği ve emniyetinin sağlanması ve korunması amacıyla tehlikeye neden olabilecek bir araç olarak kullanılması olası her türlü eşyaya elkonulabilir⁴⁴⁵. Belirtmekte fayda vardır ki; önleyici elkoyma geçicidir ve bu sebeple risk ortadan kalktığı zaman elkonulan eşya sahibine geri verilir. Kolluğun yakaladığı ve gözaltına aldığı kişilerin nezarethane ya da cezaevine girmeden önce üstünü araması, yapılan aramada kendisine veya başka bir kişiye zarar verebileceği ya da o yerlerde bulundurulması yasak olan eşyalara elkonulması da önleyici elkoyma kapsamındadır⁴⁴⁶.

Yukarıda önleme elkoyması hakkında açıklamamızı yapmış olup, çalışmamızda daha çok ceza adli elkoyma üzerinde durulacaktır.

CMK m. 123'te düzenlemeye baktığımızda "*İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır.*" şeklindeki düzenlemeyi görüyoruz. Bu bağlamda maddeden yola çıkarak elkoymanın amacı; bir ceza soruşturması ya da kovuşturmasında ispat açısından yararlı olabilecek bir eşyanın adliyenin eli altına alınarak, ceza yargılamasının sağlıklı bir şekilde yapılmasını ve ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeği ortaya çıkarmak veya müsadereye tabi olan bir eşyanın güvence altına

⁴³⁹ GEDİK, s. 69.

⁴⁴⁰ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 151.

⁴⁴¹ ALDEMİR, s. 297; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 411.

⁴⁴² Hakan KIZILARSLAN, *Tüzel Kişilere Özgü Koruma ve Güvenlik Tedbirleri*. (Ankara: Seçkin, 2020) s. 203; ALDEMİR, s. 297.

⁴⁴³ ALDEMİR, s. 297.

⁴⁴⁴ KIZILARSLAN, s. 203.

⁴⁴⁵ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 152; ALDEMİR, s. 297.

⁴⁴⁶ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 152.

alınması itibariyle yargılama sonunda verilebilecek müsadere kararının uygulanmasını sağlamaktır⁴⁴⁷. Temel hak ve özgürlüklere müdahale eden koruma tedbirlerinden biri olan elkoymaya; elkonulacak eşyanın delil niteliğine haiz olması sebebi ile delil elde etme amacıyla muhakemenin yapılabilmesini sağlamak ve müsadereye tabi olan bir eşyaya elkonularak muhakeme sonunda verilecek kararın kâğıt üzerinde kalmasını engellemek amacıyla başvurulur⁴⁴⁸.

Elkoyma koruma tedbirine hangi amaçla başvuruluyor ise o amacın elkoyma kararı veya elkoyma emrinde belirtilmesi gerekmektedir. Çünkü elkoymanın icrası ancak bu kararda yazan amaca göre orantılı olarak gerçekleştirilir. Kararda belirtilen amaca ulaşıldığı zaman tedbir ortadan kalkacağından elkoymaya son verilir⁴⁴⁹. Ayrıca eşya iade edilir. Elkoyma kararı veya emrinde, elkoyma tedbirine başvurma amacının belirtilmesi tedbirin icrası ve hukuki denetimi açısından büyük önem taşır⁴⁵⁰.

III. ELKOYMANIN TÜRLERİ

Hukukumuzda elkoyma tedbiri; “*basit elkoyma*” ve “*özel elkoyma*” şeklinde olmak üzere sınıflandırılmaya gidilmiştir. Basit elkoyma “elkoyma” olarak adlandırılmakta olup, elkoymanın özel halleri ise CMK’de; “*taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma*”, “*postada elkoyma*”, “*avukat bürolarında arama, elkoyma*” , “*şirket yönetimi için kayyım tayini*”, “*bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma*” şeklinde düzenlenmiştir⁴⁵¹. Ayrıca CMK m. 248’de kaçak kişilerin savcılığa ya da duruşmaya gelmesini sağlayan “*zorlama amaçlı elkoyma*” düzenlenmiştir⁴⁵².

⁴⁴⁷ ŞEN, ERYILDIZ, s. 44.

⁴⁴⁸ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 152.

⁴⁴⁹ ŞEN, ERYILDIZ, s. 44; ALDEMİR, s. 302.

⁴⁵⁰ ŞEN, ERYILDIZ, s. 44.

⁴⁵¹ KIZILARSLAN, s. 203.

⁴⁵² ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 354.

A. BASİT ELKOYMA

CMK m. 123'te düzenlenen “*İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır.*” hükmünden yola çıkarak ceza yargılamasında delil niteliğine haiz olabilecek bir eşyanın ya da müsadereye tabi olabilecek eşyanın üzerinde zilyetliği bulunan kişinin tasarruf yetkisinin kısıtlanması elkoyma işlemi olarak tanımlanabilir⁴⁵³.

Elkoymanın konusunu; delil olabilecek eşyalar veya eşya ya da kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri oluşturur⁴⁵⁴. Müsadereye konu olabilecek eşya; iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamalı, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılmalı, suçun işlenmesine tahsis edilmeli, suçtan meydana gelen veya suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmalıdır. Buradaki “*iyiniyetli üçüncü kişiler*” suça iştirak etme iradesi bulunmayan kişilerdir. İyiniyetli üçüncü şahıslara ait olan eşyalara ancak delil elde etmek amacıyla elkonulabilir⁴⁵⁵. Bu kapsamda elkoyma işlemi yapılacağı zaman elkonulacak eşyanın açık ve anlaşılır bir şekilde iyi niyetli üçüncü şahsa ait olduğu tespit edilebilirse, bu durumda elkoyma tedbiri delil elde etme amaçlı icra edilebilecektir. Ancak elkoymanın yapılacağı sırada elkonulacak eşyanın iyiniyetli üçüncü şahsa ait olduğu tespit edilemiyorsa ve iyi niyetli üçüncü şahsa ait olduğu kesin olarak belli değilse bu defa bu eşyanın müsadereye tabi olabilme ihtimali kapsamında elkoyma işlemi yapılabilir. Bu durumda elkoyma işleminin genel şartlara göre yapılması uygun olacaktır. Eşyanın sonra üçüncü şahsa ait olduğu anlaşılması durumunda elkonulan eşyanın CMK m. 131 kapsamında bir değerlendirilmesi yapılmalı, müsadereye tabi tutulabilen bir eşya vasfının bulunmamasının anlaşılması üzerine eşyanın iadesinin yapılması gerekecektir⁴⁵⁶. İyi niyetli üçüncü kişilere yönelmiş olan elkoyma işlemlerinde dikkat edilmesi gereken hususlardan biri de böyle bir durumla karşılaşıldığında, daha dikkatli davranılması ve ölçülülük ilkesi gözetilmesi gerektiğidir⁴⁵⁷.

⁴⁵³ Murat AYDIN, “*Ceza Muhakemesinde Basit Elkoyma Koruma Tedbiri*” Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, 2011, Sa. 21, s. 45.

⁴⁵⁴ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 159.

⁴⁵⁵ CENTEL, ZAFER, “*Ceza Muhakemesi Hukuku*”, s. 400.

⁴⁵⁶ AYDIN, s. 45.

⁴⁵⁷ Bahri ÖZTÜRK, Mustafa Ruhan ERDEM, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2008, s. 606), Akt. GEDİK, s. 45.

CMK m. 124/1'e göre CMK m. 123'teki eşya ve diğer malvarlığı değerlerini yanında bulunduran kişi istem üzerine bu eşyaları göstermek ve teslim etmek durumundadır⁴⁵⁸.

CMK m. 124/2'de, m. 123'teki eşyalar ve diğer malvarlığı değerleri için uygulanmak istenen tedbire uymayan kişiler hakkında yaptırımın ne şekilde olacağı düzenlenmiştir. Maddede *“Kaçınma hâlinde bu şeyin zilyedi hakkında 60 ıncı maddede yer alan disiplin hapsine ilişkin hükümler uygulanır. Ancak, şüpheli veya sanık ya da tanıklıktan çekinebilecekler hakkında bu hüküm uygulanmaz.”* demek suretiyle bu eşyaları ve malvarlığı değerlerini vermek istemeyen kişiler hakkında disiplin hapsinin uygulanacağını belirtmiştir. Daha önceden de belirttiğimiz gibi elkoyma da bir koruma tedbiri olduğu için içinde potansiyel bir zorlama barındırır. Bu durumun bir sonucu olarak da ilk olarak m. 123'teki özelliklere sahip olan eşyayı yanında bulunduran kişiden o eşyanın teslimi istenir eğer kişi vermezse o eşyaya elkonulur. Bu duruma uymayan kişilere ilişkin CMK m. 124; CMK m. 60'a gönderme yaparak üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi uygulanabileceğini belirtmiştir⁴⁵⁹. Bu yaptırımın özelliklerine baktığımızda; zilyet konumundaki kişinin elkoymaya tabi olan eşyayı ya da mal varlığı değerini gösterme ya da teslim yükümlülüğünden kaçınmasını, yaptırımın hüküm verilinceye kadar en fazla üç ay için uygulanabileceğini, bu yaptırıma naip hâkimin, istinabe olunan mahkemenin ya da soruşturma aşamasında sulh ceza hâkiminin karar verebileceğini görmekteyiz⁴⁶⁰. Disiplin hapsi kararına karşı itiraz edilebilmesinin önü açıktır, yani bu kararlara karşı itiraz edilebilir⁴⁶¹. Ayrıca bu yaptırım elkoymaya tabi eşyayı ya da malvarlığı değerini elinde bulunduran her zilyede uygulanabilen bir yaptırım olmayıp; CMK m. 124/2'de sanık, şüpheli ve tanıklıktan çekinebilecek kişiler hakkında disiplin hapsinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir⁴⁶².

CMK m. 126'da *“Şüpheli veya sanık ile 45 ve 46 ncı maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezdinde bulundukça elkonulamaz.”* demek suretiyle tanıklıktan çekinebilecek kişilere ayrıca

⁴⁵⁸ PARLAR, ÖZTÜRK, s. 129; TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 250.

⁴⁵⁹ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 160.

⁴⁶⁰ ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, “Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler”, s. 277.

⁴⁶¹ ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, “Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler”, s. 278.

⁴⁶² ORHAN, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, s. 117; ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 160; TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 250; ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, “Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler” s. 278.

bir imtiyaz daha tanınmıştır⁴⁶³. Bu düzenleme, AY m. 38/5’ te “*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*” şeklinde düzenlenen hükme dayanmaktadır⁴⁶⁴. Bu düzenleme ile ceza muhakemesinin en temel ilkelerinden biri olan “*nemo tenetur*” ilkesinin AY m. 38/5’te düzenlendiğini görmekteyiz⁴⁶⁵. CMK m. 126’daki düzenlemede dikkat edilmesi gereken husus, buradaki elkoyma yasağı ancak şüpheli ya da sanık ile tanıklıktan çekinebilme hakkına sahip olan kişiler bakımından geçerli olabilmesidir⁴⁶⁶. Ayrıca elkoyma yasağı kapsamına sadece belge ve mektuplar girmekle beraber, söz konusu belge veya mektuplara elkonulamayacağı durumu CMK m. 126’da belirtilen kişilerin nezdinde iken mümkündür⁴⁶⁷. Bu bağlamda sözü edilen mektup ya da belgeler bir başka kişinin nezdinde ya da postada bulunması durumda elkoyma mümkün olacaktır⁴⁶⁸.

Belgeler bakımından da elkoyma tedbirine başvurulması söz konusu olabilir⁴⁶⁹. CMK m. 125’te elkoyma ile ilgili olarak “*içeriği devlet sırrı niteliğindeki belgeler*” bakımından bir düzenleme içermektedir. CMK m. 47 devlet sırrını şu şekilde tanımlamıştır: “*Açıklanması, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, Devlet sırrı sayılır.*”

Kanun koyucu bu belgelerin mahkemede delil olarak nasıl tartışılması gerektiğini diğer delillerin tartışılmasında uygulanan yöntem bakımından farklı olarak düzenlemiştir⁴⁷⁰. CMK m. 125 ‘teki düzenlemede belirtildiği üzere; bu niteliğe haiz olan belgeler mahkemeye karşı gizli tutulamayacak, sadece suç ile ilgili suçu aydınlatabilecek niteliğe haiz olan bilgiler hâkim ya da mahkeme tarafından incelenecek ve mahkeme başkanı ya da hâkim tarafından konuyu açıklığa

⁴⁶³ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 160.

⁴⁶⁴ Mehmet Can TOK, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Elkoyma ve Şirket Yönetimi İçin Kayyım Atama Tedbirleri*”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, 2018, Sa. 104, s. 25; ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 160.

⁴⁶⁵ Zekiye Özen İNCİ, “*Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler*”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, C. 7, Sa. 2, s. 129.

⁴⁶⁶ TOROSLU, FEYZİOĞLU, s.250.

⁴⁶⁷ BAYTEMİR KONTACI, KILIÇ, KILIÇPARLAR, PANCAROĞLU, s. 144; TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 250.

⁴⁶⁸ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 160-161; ÜNVER, HAKERİ, s. 912.

⁴⁶⁹ CENTEL, ZAFER, “*Ceza Muhakemesi Hukuku- El Kitabı*”, s. 358.

⁴⁷⁰ CENTEL, ZAFER, “*Ceza Muhakemesi Hukuku- El Kitabı*”, s. 358.

kavuşturabilecek nitelikteki bilgiler tutanak altına alınabilecektir⁴⁷¹. Ayrıca maddedeki düzenlemeye göre her suç bakımından bu hüküm uygulanamayacak; ancak alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını içeren suçlar bakımından uygulanabilecektir⁴⁷². Kanun koyucu bu düzenleme ile bir taraftan maddi gerçeğin ortaya çıkmasının engellenmemesi açısından devlet sırrını mahkemeye karşı açık tutmuş, diğer taraftan ise bunu sadece belli suç tipleri bakımından mümkün kılarak devlet sırrını kısmen de olsa korumaya çalışmıştır⁴⁷³.

1. Basit Elkoymanın Şartları

a. Kişi Bakımından

Elkoyma koruma tedbirine maruz kalabilecek kişiler CMK m. 123'e göre "*İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri*"ni yanında bulunduran kişilerdir⁴⁷⁴. Madde hükmüne göre delil niteliğine haiz olan veya müsadere konusunu oluşturabilecek mal varlığı değerlerini elinde bulunduran kişiler elkoyma işlemine maruz kalabilir.⁴⁷⁵ Elkoyma işlemine şüpheli, sanık hakkında başvurulacağı gibi CMK m. 123'te belirtilen niteliklere sahip eşyayı elinde bulunduran başkaca kişilere de uygulanabilir⁴⁷⁶. Elkoyma işleminin konusunu oluşturan eşyanın sahibi şüpheli, sanık olabileceği gibi mağdur ya da o olayla ilgisi olmayan herhangi bir kişi de olabilir⁴⁷⁷. Elkonulacak olan eşya hakkında müsadere kararı verilip verilmeyeceğine bakılmaksızın eğer eşya suç ispatında delil olarak nitelendirilerek maddi gerçeği ortaya çıkarmaya yarayacaksa bu eşya hakkında elkoyma işlemi yapılabilir⁴⁷⁸. Üçüncü kişilere yönelik uygulanacak olan elkoyma işleminde orantılılık ilkesi bakımından özellikle titiz bir şekilde hareket edilmesi gerekir. Elkoyma işleminin uygulanması için gerekli olan şartlar dikkatle değerlendirilmelidir. Aksi bir durumun varlığı söz konusu olursa tazminat yükümlülüğü ile karşılaşılır⁴⁷⁹.

⁴⁷¹ TOK, s. 25; H. ŞAHİN, s. 193; ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 161; YÜKSEKTEPE, s. 261; CENTEL, ZAFER, "Ceza Muhakemesi Hukuku- El Kitabı", s. 358.

⁴⁷² TOK, s. 25; HAKERİ, s. 98; ÜNVER, HAKERİ, s. 911-912.

⁴⁷³ ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, "Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler", s. 274.

⁴⁷⁴ ŞEN, ERYILDIZ, s. 48.

⁴⁷⁵ GEDİK, s.75; ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 160; SIRMA, s. 645.

⁴⁷⁶ Bahri ÖZTÜRK, Mustafa Ruhan ERDEM, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. (Ankara: Seçkin, 2007, s. 597) Akt. ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 161.

⁴⁷⁷ ALDEMİR, s. 302.

⁴⁷⁸ ALDEMİR, s. 302.

⁴⁷⁹ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 161.

TCK m. 20/2 uyarınca tüzel kişilerin ceza sorumluluğu bulunmamaktadır⁴⁸⁰. Tüzel kişilerin faaliyetleri temsilcileri aracılığı ile yürütülür ve cezai sorumluluk, suç konusunu oluşturan eylemi gerçekleştiren gerçek kişiye aittir⁴⁸¹. Tüzel kişilerin cezai sorumlulukları bulunmamakla birlikte tüzel kişiler bakımından bazı güvenlik tedbirlerine başvurulması mümkündür.⁴⁸² Bu güvenlik tedbirleri müsadere ve iznin iptalidir⁴⁸³. CMK m. 123'teki düzenlemede eşya ve kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan mal varlığı değerlerinin elkoyma işlemine tabi olacağı belirtilmektedir⁴⁸⁴. Dolayısıyla eşya ve kazanç müsadereşi tüzel kişiler bakımından uygulanabilen güvenlik tedbirlerinden olduğundan tüzel kişilere yönelik elkoyma kararı verilmesi ve uygulanması da mümkündür⁴⁸⁵. Elkoyma işlemine konu olan eşyanın mülkiyeti devlete ait olabilir. Devletin mülkiyetindeki bir eşya görevi nedeniyle kamu görevlisine verilmiş olan eşya müsadereye tabi olmasa bile delil elde edilmesi amacıyla bu eşyalara elkonulabilir⁴⁸⁶.

b. Şüphe Bakımından

Ceza muhakemesi bir suç şüphesi oluşunca işlemeye başlamaktadır⁴⁸⁷. Bu bakımdan bir koruma tedbirine başvurulması için mutlaka şüphenin var olması gerekmektedir⁴⁸⁸. Fakat CMK m. 123'te basit elkoyma tedbiri bakımından şüpheye ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Şüphenin hangi derecede ve hangi türde olması gerektiğine ilişkin bir açıklama yer almamaktadır⁴⁸⁹. Öğretide basit elkoymada olması gereken şüphe bakımından görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bir görüşe göre; *“basit elkoymanın da en az arama için aranan makul şüphe ile yapılması gerektiğini”*⁴⁹⁰, başka bir görüşe göre; *“basit şüphenin yeterli olduğunu”*⁴⁹¹, başka bir

⁴⁸⁰ ŞEN, ERYILDIZ, s. 48-49; GEDİK, s. 75; ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 161; ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, “Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler”, s. 275.

⁴⁸¹ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, s. 308.

⁴⁸² ŞEN, ERYILDIZ, s. 49; GEDİK, s.75; ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 161-162; ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, “Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler”, s. 276.

⁴⁸³ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 162; ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, “Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler”, s. 276.

⁴⁸⁴ ŞEN, ERYILDIZ, s. 49; ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 162; ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, “Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler”, s. 276.

⁴⁸⁵ ŞEN, ERYILDIZ, s. 49; ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 162; ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, “Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler”, s. 276.

⁴⁸⁶ ALDEMİR, s. 303.

⁴⁸⁷ GEDİK, s. 74; ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 37.

⁴⁸⁸ GEDİK, s. 74; ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 162.

⁴⁸⁹ AYDIN, s. 46; ŞEN, ERYILDIZ, s. 50; ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 162.

⁴⁹⁰ Mustafa ÖZEN, “Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku”, s. 712.

⁴⁹¹ ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, “Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler”, s. 275.

görüŖe göre; “*elkoyma tedbirinin niteliği ve bireyin temel hak ve hürriyetleri bakımından sınırlandırıcı etkisi dikkate alındığında, basit Ŗüphenin yeterli olmaması ve en azından makul Ŗüphenin aranması gerekmektedir*”⁴⁹². BaŖka bir görüŖe göre; “*adli amaçlı bir elkoyma kararı verilebilmesi için, en azından baŖlangıç Ŗüphesi derecesinde Ŗüphe bulunması gerekir*”⁴⁹³. BaŖka bir görüŖe göre “*elkoyma için yeterli suç Ŗüphesinin aranması gerektiğini*”⁴⁹⁴ Bizim de katıldığımız baŖka bir görüŖe göre; “*elkoyma kararı verilebilmesi için aranan Ŗüphe ölçölülük ilkesini göz önünde bulundurarak, somut olaya göre saptanmalıdır*”⁴⁹⁵.

c. Suç Bakımından

Yasa koyucu bazı koruma tedbirlerini sadece belirli suçlar bakımından uygulanabileceğini övgülemiş ve o koruma tedbirleri ile ilgili hükümlerde belirli kataloglar düzenlemiŖtir⁴⁹⁶. CMK m. 123 ve devamında düzenlenen basit elkoymada, suçun vasfına ve ağırlığına bakılmaksızın tedbire baŖvurulması ve tedbirin uygulanması her suç tipi için mümkündür. Basit elkoyma işlemine her suç tipi bakımından baŖvurulabilmek mümkün olsa da, bu durum tedbirin keyfi bir Ŗekilde uygulanabilmesi anlamına gelmemelidir. Yasal Ŗartlar oluşmadıysa elkoyma tedbirine baŖvurulmaması gerekir⁴⁹⁷.

d. Elkoyma Kararı veya Elkoyma Emrinin Varlığı

CMK m. 127 elkoyma kararını verme yetkisini düzenlemiŖtir.⁴⁹⁸ Kural olarak elkoyma kararı hâkim tarafından verilmektedir⁴⁹⁹. SoruŖturma aŖamasında elkoyma ile ilgili kararlar sulh ceza hâkimi tarafından, kovuŖturma aŖamasında ise davaya bakan mahkeme tarafından verilir⁵⁰⁰. Bu kararın hâkim tarafından verilmesi bireylerin temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından bir güvence teŖkil etmektedir⁵⁰¹. SoruŖturma

⁴⁹² ŖEN, ERYILDIZ, s. 50.

⁴⁹³ ÇULHA, DEMİRAĞ, NUHOĞLU, OKTAR, TEZCAN, s. 149.

⁴⁹⁴ KIZILARSLAN, s. 207.

⁴⁹⁵ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 163; ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ERDEN TÖTÖNCÜ, ÖZAYDIN, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 332.

⁴⁹⁶ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, “*Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*”, s. 275.

⁴⁹⁷ ŖEN, ERYILDIZ, s. 51-52.

⁴⁹⁸ AYDIN, s. 47.

⁴⁹⁹ TOK, s. 25; AYDIN, 47; GEDİK, s. 75; ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 163; CİHAN, s. 221; ALTIPARMAK, s. 221; TOROSLU, FEYZİÖĞLU, s. 250; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, “*Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*”, s. 276; YÖKSEKTEPE, s. 278; ŖAHİN, GÖKTÜRK, s. 339; YURTCAN, s. 432; SIRMA, s. 645.

⁵⁰⁰ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 163; ŖAHİN, GÖKTÜRK, s. 341.

⁵⁰¹ ŖEN, ERYILDIZ, s. 74; ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 163.

aşamasında hâkimin elkoyma kararı verebilmesi için Cumhuriyet savcısının talebi gerekmektedir⁵⁰². Kararı vermeye yetkili olan sulh ceza hâkimi elkoyma talebinin hukuka uygun olup olmadığını denetler. Talep, elkoyma tedbirine başvurulmasında aranan şartları taşıyorsa talebi kabul eder, eğer taşımıyorsa talebi reddeder⁵⁰³. Cumhuriyet savcısının talebinin, hâkim tarafından mantıklı gerekçeler ile reddedilmesi durumunda; aynı konu bakımından elkoyma tedbirine başvurulması yönünde talepte bulunabilmesi için muhakeme açısından yeni şartların ortaya çıkması gerekmektedir⁵⁰⁴.

Elkoyma kararı vermede kural hâkim kararıdır. Ancak bu durumun istisnası da Anayasaya uygun olarak düzenlenmiştir⁵⁰⁵. Gecikmesinde sakınca bulunan durumların varlığı söz konusu olduğunda Cumhuriyet savcısının, ona da ulaşılamaması durumunda kolluk amirinin yazılı emri ile elkoyma emri verilebilir⁵⁰⁶. Bu durum CMK m. 127/1’de AY m. 20 ve m. 21’e paralel bir şekilde düzenlenmiştir. Gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısına ya da kolluk amirine elkoyma ile ilgili olarak karar verme yetkisi tanınmasındaki amaç; hâkim kararı alıncaya kadar geçen süre zarfında elkoyma işlemini güçleştirmesi hatta imkânsız kılmasıdır.⁵⁰⁷ Bu süre zarfında elkonulması istenen eşya bir daha elde edilemeyecek şekilde saklanabilir, ortadan kaldırılabilir, yok edilebilir.⁵⁰⁸ Elkoyma kararı ya da elkoyma emri mutlaka yazılı olması zorunludur⁵⁰⁹.

CMK m. 127/1 uyarınca hâkim tarafından verilen bir elkoyma kararı olmadan yapılan elkoyma tedbiri yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunulmalıdır. Hâkim elkoyma işleminden itibaren kırk sekiz saat içinde kararını açıklamalıdır. Aksi durumda elkoyma kendiliğinden kalkmaktadır.

⁵⁰² ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 164; CENTEL, ZAFER, “Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı”, s. 364.

⁵⁰³ ŞEN, ERYILDIZ, s. 74- 75.

⁵⁰⁴ ŞEN, ERYILDIZ, s. 75.

⁵⁰⁵ ŞEN, ERYILDIZ, s. 80; ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 164.

⁵⁰⁶ AYDIN, s. 47; GEDİK, s. 75; ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 164; TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 251; ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ, “Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler”, s. 276; ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 339; CENTEL, ZAFER, *Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı*, s. 364.

⁵⁰⁷ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 164.

⁵⁰⁸ ŞEN, ERYILDIZ, s. 81.

⁵⁰⁹ BAYTEMİR KONTACI, KILIÇ, KILIÇPARLAR, PANCAROĞLU, s. 144; ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 164.

CMK m 127/4 uyarınca zilyedi olduğu eşya veya diğer mal değerlerine elkonulan kişinin bu konu hakkında her daim hâkimden bir karar vermesini isteme hakkı vardır⁵¹⁰.

Elkoyma tedbiri çoğunlukla arama koruma tedbiri ile yakından ilgili bir işlemdir⁵¹¹. Suç unsuru delillerin elde edilmesi amacıyla yapılan bir arama işleminin sonucunda elkonulabilecek bir eşya ortaya çıkabilir. Tek başına arama kararının verildiği durumlarda bu arama kararının elkoyma işlemi kapsayıp kapsamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre hâkim kararı ile arama işlemi yapılması sırasında elkoyma işlemi de gerçekleştiyse bu işlem için elkoyma kararının bulunmasına gerek olmadığı yönündedir⁵¹². Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise; aramanın sonucunda bir eşyaya elkonulmak istenirse arama kararı ile birlikte elkoyma bakımından da karar alınması gerekmektedir⁵¹³. Arama kararı arama sonucunda ele geçen eşyanın elkonulmasını kapsamaz. Bir arama kararı elkoyma kararını içermeyeceğinden, bu arama kararına dayanılarak bir eşya ya da malvarlığı değerine elkonulması, elkoyma tedbiri bakımından bir karar verilmesi gerektiğini düzenleyen CMK m. 127 hükmü etkisiz kalır⁵¹⁴.

CMK’de elkoyma kararı veya emrinin içeriğinde olması gereken hususlar ile ilgili bir düzenleme yapılmamıştır⁵¹⁵. Bu durumda CMK’de aynı başlık altında düzenlenen arama kararı veya emrinin içeriğinde bulunması gereken unsurlar elkoyma kararı veya emrinin içeriği bakımından kıyasen uygulanmalıdır⁵¹⁶. Dolayısıyla elkoyma kararı veya elkoyma emrinde; elkoyma işlemine neden olan eylem, elkonulacak eşya ya da kazanç veya eşya müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, elkoyma işlemine maruz kalacak olan kişi, elkoyma işleminin gerçekleştirilecek olan konut veya diğer yerlerin açık adresi, karar veya emrin geçerli olacağı zaman gibi unsurların bulunması gerekmektedir⁵¹⁷.

⁵¹⁰ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 165; YURTCAN, s. 433.

⁵¹¹ PARLAR, s. 128; ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 337.

⁵¹² YENİSEY, NUHOĞLU, s. 227; CENTEL, ZAFER, *Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı*, s. 358.

⁵¹³ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 165, ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ÖZAYDIN, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 332; ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 337.

⁵¹⁴ ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 337.

⁵¹⁵ AYDIN, s. 47; ORHAN, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma*”, s. 109; ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 165; CENTEL, ZAFER, *Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı*, s. 365.

⁵¹⁶ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 414.

⁵¹⁷ TOK, s.26.

CMK m. 138/2’de “Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135 inci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.” şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Öğretideki bir görüşe göre bu düzenleme kolluğa hâkim kararı ya da Cumhuriyet savcısının yazılı emri olmadan elkoyma yetkisinin verdiği yönündedir⁵¹⁸. Ancak belirtmek gerekir ki “muhafaza altına alma” ifadesi AÖAY m. 4’te geçen “koruma altına alma” şeklinde değerlendirilmelidir. AÖAY m. 4’e göre koruma altına alma “Suçun veya tehlikelerin önlenmesi ya da delil olabilecek veya müsadereye tâbi olan yahut güvenliğin sağlanması amacıyla, eşyayı zilyedinin kendiliğinden vermesini veya el konulana kadar geçici olarak alıkoymayı” ifade etmektedir. CMK m. 138/2’de düzenlemelerde kolluğa tanınan yetki teknik olarak elkoyma olmayıp, elkonulan eşyaya geçici olarak alıkoyma yetkisidir. Keza madde düzenlemesinde bu muhafaza alma işleminden sonra bu durumun Cumhuriyet savcısına bildirilmesi düzenlenmiştir. Cumhuriyet savcısı kendisine bildirilen bu durumdan sonra elkoyma kararı verilip verilmeyeceğine karar verecektir⁵¹⁹.

2. Elkoyma Tedbirinin İcrası

Elkoyma tedbirinin uygulanmasındaki süreç; elkoyma işlemine maruz kalacak olan kişiye, bu işlem için yetkilendirilmiş kolluk görevlilerince işlem ve hakları hakkında bilgi vermesi ile başlar, elkoyma tedbirine konu olan eşya ya da malvarlığı değerlerinin ilgili kişiden teslim edilmesinin istenmesi talebi ile devam eder⁵²⁰. CMK m. 123’te belirtilen “ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri”ni yanında bulunduran kişi istek üzerine bu eşyaları göstermekle ve vermekle yükümlü olup; aksi bir durumun varlığı söz konusu olursa, CMK m. 60’ta belirtilen disiplin hapsi uygulanır⁵²¹. Ancak belirtmek gerekir ki CMK m. 60’taki bu hüküm, CMK m. 124/2’de “Ancak, şüpheli veya sanık ya da tanıklıktan çekinebilecekler hakkında bu hüküm uygulanmaz.”

⁵¹⁸ CENTEL, ZAFER, *Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı*, s. 364.

⁵¹⁹ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 165.

⁵²⁰ ŞEN, ERYILDIZ, s. 89.

⁵²¹ GEDİK, s. 76.

şeklinde düzenlenen hüküm uyarınca maddede belirtilen kişiler bakımından uygulanmaz.

Elkoyma kararı veya emrinin yerine getirilmesi yetkilendirilmiş kolluk görevlileri tarafından sağlanır. Cumhuriyet savcısının elkoyma tedbirinin icra edilmesi sırasında o yerde hazır bulunması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki arama işlemi ile bağlantılı olan bir elkoyma işlemi sırasında yasa gereği arama sırasında Cumhuriyet savcısının yapılan aramada bulunması şart kılındıysa arama işlemi yapılan yerde yapılacak elkoyma işleminde de Cumhuriyet savcısının hazır bulunması gerekir⁵²².

Elkoyma işlemi sırasında görevli olan kolluk güçleri yasal kurallara uymalı, elkoyma tedbirinin muhatabı olan kişinin iradesini etkileyecek şekilde davranmamalıdır. Aksi bir davranış sergilerlerse bu durum hukuk devleti ve dürüst işlem ilkesine aykırılık oluşturur⁵²³.

Elkoyma tedbirine ilişkin olarak yeri gelmişken suç eşyalarına elkonulması usulüne de değinmemizde fayda vardır. Suç eşyasına elkonulması usulü *Suç Eşyası Yönetmeliği* m. 5’te düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 5. maddesindeki “*İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır. Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir.*” şeklindeki düzenleme CMK m. 123’e paralel bir düzenlemedir⁵²⁴. Yönetmelikte bu tür eşyaları ve malvarlığı değerlerini muhafaza altına alınacağı kişi rıza ile teslim etmezse elkonulabileceği düzenlenmiştir. Yönetmelikte elkoyma kararını vermeye yetkili olan kişiler yine CMK hükümlerine paralel olarak düzenlenmiştir. Yönetmelikte tutanakta bulunması gereken hususlar da belirtilmiştir.

Yine CMK’deki düzenlemede olduğu gibi hâkim kararı olmaksızın icra edilen elkoyma işleminin yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulacağı, hâkimin ise elkoymadan itibaren kırk sekiz saat içinde kararını açıklaması gerektiği aksi durumda elkoymanın kendiliğinden kalkacağı belirtilmiştir. Elkonulan eşyanın korunması için gerek görülen önlemler Cumhuriyet başsavcılığı tarafından sağlanır.

⁵²² ŞEN, ERYILDIZ, s. 88; ALDEMİR, s. 339- 340.

⁵²³ ŞEN, ERYILDIZ, s. 89.

⁵²⁴ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 165.

Yönetmelik m. 5/7’de teslim alınan eşyaya ilişkin işlemlerin kimler tarafından yapılacağı düzenlenmiştir.

Yönetmelik m. 5/8 uyarınca elkoyma tutanağındaki bilgiler hususunda doğruluk bakımından tereddüt bulunursa ne şekilde hareket edilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Yönetmelik aynı zamanda zilyedi olduğu eşyası veya diğer malvarlığı değerine elkonulan kişi, elkoyma işleminin kaldırılması için hâkimden her zaman karar vermesini isteme hakkı olduğunu düzenlemiştir. Bu düzenleme CMK m. 127/4’teki düzenlemeye paralel bir düzenlemedir.

Yönetmeliğin m. 5 son fıkra hükmü uyarınca “*Cumhuriyet savcılar tarafından bizzat yapılan soruşturma kapsamında elkoyma işlemi gerçekleştirildiğinde veya kovuşturma aşamasında tevdi edilen suç eşyası bakımından da*” bu işlemler aynı şekilde uygulanır.

Elkoyma işleminden sonra bir tutanak hazırlanır ve işlemi gerçekleştiren kolluk memurlarının açık kimlik bilgisi tutanağa geçirilir⁵²⁵. CMK m. 127’nin 5. fıkrasına göre; “*Elkoyma işlemi, suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilir.*” Bu bildirimin amacı suçtan zarar gören mağdurun elkonulan eşyaların kendisine ait olabileceği düşünülerek; eşyanın akıbeti hakkında bilgi sahibi olması istenmiştir⁵²⁶.

Nitekim CMK m. 131 elkonulan eşyaya ya da diğer malvarlığı değerlerinin mağdura ait olması durumunda ihtiyaç bulunmadığı takdirde iade edileceği hususunu düzenlemiştir⁵²⁷. Bunun yanı sıra CMK m 141/1- j’de “*Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen*” kişilerin devletten zararın tazmini için devletten maddi ve manevi tazminat isteme hakkı bulunmaktadır. Bu bildirim bu hakkın kullanılması açısından da önem arz etmektedir⁵²⁸.

Ayrıca bildirimin yapılmasında amaçlanan başka bir husus da mağdurun soruşturma ve kovuşturma için ilgisinin, haklarını kullanmasının, şikâyet ve davaya

⁵²⁵ CİHAN, s. 221.

⁵²⁶ ŞEN, ERYILDIZ, s. 92; ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 169; CİHAN, s. 221; ÜNER, HAKERİ, s. 916.

⁵²⁷ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 169.

⁵²⁸ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 169; ÜNER, HAKERİ, s. 916.

katılmak için soruşturmadan ve kovuşturmadan haberdar edilmesinin sağlanmasıdır⁵²⁹. Mağdurun kimlik bilgilerinin bilinmemesi durumunda bu bildirim yapılamayacak olup; bu bilginin bilinmemesi bu durumu kötüye kullandırtmamalı ve kimlik tespiti için gerekli özen gösterilmelidir⁵³⁰.

Askeri yerlerde yapılacak olan elkoyma işlemleri için CMK m. 127/6 ‘da düzenleme bulunmaktadır.

CMK m. 138/1’ e göre elkoyma tedbiri uygulanırken o soruşturma ya da kovuşturma ile ilgisi bulunmayan ancak; başka bir suçun işlenmesi bakımından şüphe duyulacak bir delil ele geçirilirse; o delil niteliğindeki şey muhafaza altına alınıp, durum derhal Cumhuriyet savcısına bildirilir⁵³¹. Elkoyma işlemini gerçekleştirmek amacıyla Cumhuriyet savcısından yeni bir yazılı emir vermesi istenir⁵³². Cumhuriyet savcısına ulaşamıyorsa bu durumda kolluk amirinden bu konu hakkında yazılı emir vermesi istenerek elkoyma işlemi gerçekleştirilebilir⁵³³. Hâkim kararı olmaksızın gerçekleştirilen elkoyma işlemleri yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulur. Hâkim kararını elkoyma işleminden itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar, aksi bir durumda elkoyma kendiliğinden kalkar⁵³⁴. Tesadüfen ele geçirilen bu tür elkoyma işleminin varlığında elkonulan delillerin hukuka uygun olacağı ve kullanılabileceği ifade edilebilir⁵³⁵. Yargıtay’ın tesadüfen elde edilen delillerin ne şekilde olacağını açıklayan bir kararı mevcuttur⁵³⁶.

3. Elkonulan Eşyanın Muhafazası veya Elden Çıkarılması

Elkoyma işlemi uygulanan malvarlığı değerlerinde kayda değer bir ölçütte kayıp olabilecektir⁵³⁷. Bu kayıpların olmaması adına gerekli önlemler alınmalıdır. Yasa koyucu böyle bir ihtimalin olabileceğini öngörmüş ve CMK m. 132’de elkonulan eşya ile ilgili bazı tedbirler uygulanabileceğini düzenlemiştir.⁵³⁸

⁵²⁹ ÜNER, HAKERİ, s. 916.

⁵³⁰ ÜNER, HAKERİ, s. 916.

⁵³¹ AYDIN, s. 48; GEDİK, s. 77; ÜNVER, HAKERİ, s. 917.

⁵³² GEDİK, s. 77; ALDEMİR, s. 194.

⁵³³ ALDEMİR, s. 194.

⁵³⁴ ALDEMİR, s. 194.

⁵³⁵ ÜNVER, HAKERİ, s. 917.

⁵³⁶ Yar. 21. CD, 2015/5179 E. 2016/308 K. 14/01/2016 T. sayılı ilamı. Karar için bkz.

< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 05/05/2021).

⁵³⁷ ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ, “Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler”, s. 278.

⁵³⁸ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 170.

CMK m. 132’de belirtilen hüküm uyarınca elkonulan eşyanın elden çıkarılmasının iki şartı bulunmaktadır⁵³⁹. Bunlar; “eşyanın zarara uğraması tehlikesi” ve “değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı” durumlarıdır. “Eşyanın zarara uğraması tehlikesi” eşyanın niteliğinin tamamının veya bir kısmının yitirilmesine sebep olabilecek bir durumun ortaya çıkmasını, “değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı” ise eşyanın niteliğindeki gerileme nedeniyle ederinin azalmasını ifade etmektedir⁵⁴⁰.

Elkonulan eşyanın elden çıkarılması kararına soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimince, kovuşturma aşamasında ise mahkeme tarafından verilir⁵⁴¹.

CMK m. 132/3 uyarınca “Karar verilmeden önce eşyanın sahibi olan şüpheli, sanık veya ilgili diğer kişiler dinlenir; elden çıkarma kararı, kendilerine bildirilir.”

Elkonulan eşyanın kamu tarafından muhafaza edilmesi çoğunlukla bir külfet yaratmaktadır⁵⁴². Bu bakımdan elkonulan eşya hakkında soruşturma aşamasında Cumhuriyet başsavcılığınca, kovuşturma aşamasında mahkemece bakım ve gözetimiyle alakalı olarak gerekli olan tedbirlerin alınması ve istendiği zaman derhal iade edilmesi şartıyla muhafaza edilmek üzere şüpheliye, sanığa veya başka kişiye teslim edilebilecektir⁵⁴³. Bu hükmün uygulanması bakımından gerektiği zaman teminat gösterilmesi koşuluna bağlanabileceği düzenlenmiştir. Elkonulan eşyanın şüpheli ya da sanığa yediemin olarak bırakılması “fili elkoymanın kaydi hali” olarak ifade edilebilir⁵⁴⁴.

Bu konuya ilişkin Suç Eşyası Yönetmeliği de CMK hükümlerine paralel olarak düzenlenmiştir⁵⁴⁵.

CMK m. 132/6 hükmü uyarınca “Elkonulan eşya, delil olarak saklanması gerek kalmaması halinde, rayiç değerinin derhâl ödenmesi karşılığında, ilgiliye teslim edilebilir. Bu durumda müsadere kararının konusunu, ödenen rayiç değer oluşturur.”

⁵³⁹ ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, “Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler”, s. 278.

⁵⁴⁰ ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, “Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler”, s. 278- 279.

⁵⁴¹ AYDIN, s. 48; TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 255; ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, “Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler”, s. 279; CENTEL, ZAFER, Ceza Muhakemesi El Kitabı, s. 366.

⁵⁴² ŞEN, ERYILDIZ, s. 95; ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 344.

⁵⁴³ AYDIN, s. 48; ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 171-172.

⁵⁴⁴ ŞEN, ERYILDIZ, s. 95.

⁵⁴⁵ GEDİK, s. 78.

Bu işlemlerin yapılacağı usul de yine Suç Eşyası Yönetmeliği'nde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir⁵⁴⁶.

4. Sona Ermesi

Elkoyma bir koruma tedbiri olduğundan bütün koruma tedbirleri için geçerli olan “geçicilik” özelliği elkoyma bakımından da geçerlidir⁵⁴⁷. Elkoyma tedbiri, yargılamayı sona erdiren en geç kesin hükümle birlikte sona erer⁵⁴⁸. Elkoyma tedbiri iade veya müsadere ile sona erebilir⁵⁴⁹. Elkonulan eşya ispat için faydalı değilse ya da müsadereye tabi olmayacaksa geri verilecektir. Elkonulan eşya elkoymanın amacını karşılamıyorsa; ispata fayda olmadığı ya da müsadereye tabi olmadığı anlaşıldığı halde geri verilmezse mülkiyet hakkına yönelik bir müdahale söz konusu olacaktır. Geri verme durumu resen de olabilir, iade edilmesinin talep edilmesiyle de olabilir⁵⁵⁰. AİHM bir kararında silah kaçakçılığı yaptıkları şüphesi ile elkoyma işlemi yapılan gemi ve gemideki yükün bir seneyi aşkın süredir elkoyma işleminin devam etmesini mülkiyet hakkına yönelik orantısız bir müdahale olduğuna karar vermiştir⁵⁵¹.

CMK m. 131/1'e göre “Şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşyanın, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağının anlaşılması halinde, re'sen veya istem üzerine geri verilmesine Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından karar verilir. İstem reddi kararlarına itiraz edilebilir.”

Elkonulan eşyanın iadesine ilişkin kararlar; soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısınca ya da sulh ceza hâkimince, kovuşturma aşamasında ise mahkemece verilir⁵⁵². Yasa koyucu Cumhuriyet Savcısına da böyle bir yetki tanıyarak kişilerin mülkiyet hakkına yönelik yaşanabilecek mağduriyetlerin hızlı bir şekilde

⁵⁴⁶ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 172.

⁵⁴⁷ GEDİK, s. 80; TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 254.

⁵⁴⁸ GEDİK, s. 80; ŞEN, ERYILDIZ, s. 102. Buna karşılık elkoyma tedbirinin hükümle birlikte sona ereceği görüşünde olan ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 173.

⁵⁴⁹ AYDIN, s. 49.

⁵⁵⁰ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, “Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler”, s. 280.

⁵⁵¹ İran İslam Cumhuriyeti Gemicilik Şirketi/ Türkiye Davası, 13/12/2007 Başvuru No: 40998/98 Karar için bkz.

<[⁵⁵² PARLAR, ÖZTÜRK, s. 177; ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 343; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 421.](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22%22CASE%20OF%20ISLAMIC%20REPUBLIC%20OF%20IRAN%20SHIPPING%20LINES%20v.%20TURKEY%22%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%2201-83951%22]}> (Erişim Tarihi: 04/04/2021).</p></div><div data-bbox=)

giderilebilmesini sağlamayı amaçlamıştır⁵⁵³. İade talebinin reddedilmesi durumuna karşı itiraz yolu açıktır⁵⁵⁴. Ancak belirtmek gerekir ki; burada düzenlenen Cumhuriyet savcısının kararına karşı öngörülen itiraz yolu CMK m. 267’de düzenlenen itiraz yolu değildir. Çünkü CMK m. 267 olağan kanun yollarından biri olan itirazdır ve ancak hâkim kararlarına karşı mümkündür⁵⁵⁵.

Kanun taşınmaz, hak ve alacaklara elkonulması durumunda da iadeyi öngörmüştür. Bu durum CMK m. 131/2’de “128 inci madde hükümlerine göre elkonulan eşya veya diğer malvarlığı değerleri, suçtan zarar gören mağdura ait olması ve bunlara delil olarak artık ihtiyaç bulunmaması halinde, sahibine iade edilir.” şeklinde düzenlenmiştir. CMK m. 128’de “taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma” başlığı altında düzenlenen özel elkoyma tedbirini sonraki konularda ele alacağız.

Elkoyma işleminin sona erme hallerinden bir diğeri ise müsaderedir⁵⁵⁶. Yapılan yargılama sonucunda o eşya hakkında müsadere kararı verilirse elkoyma sona erecektir. CMK’de kamu davası açılmadan müsadere kararı verilebileceği düzenlenmiştir⁵⁵⁷. Bu husus CMK m. 256’da düzenlemiştir.

5. Elkonulamayacak Eşya

Özellikle tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişiler bakımından güvence olması adına CMK m. 126’da “Şüpheli veya sanık ile 45⁵⁵⁸ ve 46⁵⁵⁹ ncı maddelere

⁵⁵³ ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 344.

⁵⁵⁴ ORHAN, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, s. 160; Mustafa ÖZEN, “Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku”, s. 717.

⁵⁵⁵ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 173.

⁵⁵⁶ AYDIN, s. 49.

⁵⁵⁷ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 173.

⁵⁵⁸ CMK m. 45 “(1) Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilir:

a) Şüpheli veya sanığın nişanlısı.

b) Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi.

c) Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy.

d) Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları.

e) Şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar.

(2) Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar, kanunî temsilcilerinin rızalarıyla tanık olarak dinlenebilirler. Kanunî temsilci şüpheli veya sanık ise, bu kişilerin çekinmeleri konusunda karar veremez.”.

⁵⁵⁹ CMK m. 46 “(1) Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır:

a) Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler.

b) Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler.

göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezdinde bulundukça elkonulamaz.” şeklinde düzenleme getirilmiştir. Maddede sayılan kişiler bakımından mektup ve belgelere elkonulması için bu belge veya mektupların şüphelinin, sanığın ya da tanıklıktan çekinebilecek kişilerin nezdinde olmaması gerekmektedir⁵⁶⁰. Nezdinde olma sadece şahsın üzeri olmayıp, yerleşim yeri ya da işyerinde bulunmasını da kapsamaktadır⁵⁶¹.

Elkonulamayacak eşya niteliğindeki başka bir düzenleme ise özellikle savunma hakkının korunması bakımından şüpheli veya sanığın müdafî ile arasında yapmış olduğu görüşmelerdir. Müdafî ile şüpheli ya da sanık arasında gönderilen mektup, belge, müvekkil görüşme tutanağına elkonulamaması; hem müdafinin tanıklıktan çekinebilecek nitelikte kişilerden biri olması sebebi ile hem de CMK m. 154’de özel olarak düzenlemeden kaynaklanmaktadır⁵⁶².

Elkonulamayacak nitelikte olan başka bir düzenleme ise basın araçlarıdır. *“Kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz.”* (AY m. 30) Kanun koyucu bu düzenleme ile basın özgürlüğünü korumayı amaçlamıştır.

B. POSTADA ELKOYMA

Sosyal bir varlığa sahip olan insan bireysel ya da toplumsal olarak duygu ve düşüncelerini başkalarına aktarma gereksinimi duymuştur. İnsanlar bu gereksinimlerini karşılamak adına farklı yollar arayıp bunu geliştirmişlerdir.

İnsanlık tarihine baktığımız zaman; insanlar ilk çağlardan beri birbirleriyle iletişim kurmak ve haberleşmek için ateşle, ateşin dumanıyla, davul çalarak veya başkaca ilkel yöntemlerle bu ihtiyacını karşılamaya çalışmıştır⁵⁶³. Yazının icadı ve teknolojik gelişmeler ışığında zamanla haberleşme yöntemlerini de geliştirerek mektup, telgraf,

c) Mali işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler.

(2) Yukarıdaki fıkranın (a) bendinde belirtilenler dışında kalan kişiler, ilgilinin rızasının varlığı halinde, tanıklıktan çekinemez.”.

⁵⁶⁰ BAYTEMİR KONTACI, KILIÇ, KILIÇPARLAR, PANCAROĞLU, s.144.

⁵⁶¹ BAYTEMİR KONTACI, KILIÇ, KILIÇPARLAR, PANCAROĞLU, s.144; YÜKSEKTEPE, s. 277.

⁵⁶² CENTEL, ZAFER, “Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı”, s. 365.

⁵⁶³ PTT Genel Müdürlüğü, *Geçmişten Günümüze Posta*. (Ankara: Cem Web Ofset Sanayi, 2007) s. II.

telefon, e- posta gibi daha gelişmiş haberleşme araçlarını kullanmaya başlamıştır⁵⁶⁴. Bu gelişmeler ışığında haber güvercinleri, atlı postacılar ile dar bir kesimin ihtiyacını karşılayan posta hizmetleri⁵⁶⁵, zamanla devletin kurumları ya da özel kurumlar tarafından toplumun tümüne ulaştırılmaya çalışılmıştır⁵⁶⁶. Türkiye’de posta teşkilatı ilk olarak Tanzimat Fermanındaki gelişmeler sonrasında kurulmuştur⁵⁶⁷.

“Bir yere gelen veya bir yerden gönderilen mektup ve emanetlerin tümü, bu emanetleri toplayan ve dağıtan kuruluş ve bu kuruluşun bulunduğu yer”⁵⁶⁸ şeklinde tanımlanan posta, insanların birbirleri ile haberleşmesine yarayan araçlardan biridir⁵⁶⁹. Haberleşme ise daha geniş bir kavram olup sözlükte “iletişim, yazışma”, iletişim ise; “duygu, düşünce veya bilgilerin akla gelebilecek her türlü yolla başkalarına aktarılması, bildirişim, haberleşme, iletişim” teknik olarak “telefon, telgraf, televizyon, radyo vb. araçlardan yararlanarak yürütülen bilgi alışverişi, bildirişim, haberleşme, muhabere, iletişim” şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁷⁰. Bu tanımlamalar ışığında geniş anlamıyla haberleşme kavramı “bilgi, düşünce ve tutumların ortak semboller sistemi aracılığı ile kişiler ve gruplar arasında değiş tokuş edildiği süreçtir⁵⁷¹”. Haber ise gerçekleşmiş bir olayın olabildiği ölçüde objektif ve gerçeğe uygun bir şekilde aktarılmasıdır⁵⁷².

Postada elkoyma, elkoyma koruma tedbirinin özel bir şeklidir⁵⁷³. Postada elkoyma başta haberleşme özgürlüğüne ve özel hayatın gizliliğine müdahale eden bir tedbirdir⁵⁷⁴. Haberleşme özgürlüğü özel hayatın gizliliği çatısı altında Anayasa m.

⁵⁶⁴ İ. ÇELİK, s. 7.

⁵⁶⁵ Posta Hizmetleri Kanunu m. 5 posta hizmetleri; “Posta gönderilerinin kabulü, toplanması, işlenmesi, sevki, dağıtımı ve teslimini” kapsamaktadır.

⁵⁶⁶ İ. ÇELİK, s. 7.

⁵⁶⁷ <<https://tr.wikipedia.org/wiki/PTT#:~:text=%C4%B0lk%20posta%20te%C5%9Fklat%C4%B1%2C%20Tanzimat%20Ferman%C4%B1,i%20Amire%20ad%C4%B1%20ile%20a%C3%A7%C4%B1lm%C4%B1%C5%9Ft%C4%B1r>> (Erişim Tarihi: 06/04/2021).

⁵⁶⁸ <<https://sozluk.gov.tr/>> (Erişim Tarihi: 06/04/2021).

⁵⁶⁹ İ. ÇELİK, s. 8.

⁵⁷⁰ Tanımlar için bkz. <<https://sozluk.gov.tr/>> (Erişim Tarihi: 06/04/2021)

⁵⁷¹ Kayıhan İÇEL, Kitle Haberleşme Hukuku. (Ankara: 2001, Beta, s. 4) Akt. Handan YOKUŞ SEVÜK, “Haberleşme Hakkının Kullanımının Türk Ceza Kanunu Hükümleri İle Korunması (TCK m. 124, TCK m. 298/1)”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C. 12, Sa. 16-19, s. 204.

⁵⁷² <<https://m.bianet.org/bianet/medya/1466-haber-ve-habercilik>> (Erişim Tarihi: 06/04/2021).

⁵⁷³ ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 349.

⁵⁷⁴ Handan YOKUŞ SEVÜK, “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, TBBD, 2007, C. 20, Sa. 69, s. 102.

22'de⁵⁷⁵ düzenlenen ve korunan bir haktır. Haberleşme özgürlüğü kendisinden daha geniş bir kapsamda olan özel hayatın gizliliğinin bir yönünü oluşturmaktadır.

Haberleşme özgürlüğü aynı zamanda çeşitli uluslararası düzenlemelerde de koruma altına alınmıştır. Bu düzenlemelerden biri de Türkiye'nin taraf olduğu AİHS'dir. AİHS m. 8'de "özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı" başlığı altında haberleşme özgürlüğü hakkı da düzenlenmiş ve hangi durumlarda sınırlandırılabileceğini belirtilmiştir.

CMK m. 129/1'e göre postada elkoyma "Suçun delillerini oluşturduğundan şüphelenilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu sayılıp, posta hizmeti veren her türlü resmî veya özel kuruluşta bulunan gönderilere, hâkimin veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararı ile elkonulabilir." şeklinde düzenlenmiştir.

Haberleşme özgürlüğüne devlet tarafından yapılacak olan müdahale "ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" amacıyla ve ancak bir yasaya dayanarak mümkün olabilir⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ "Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de 5 kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir."

⁵⁷⁶ AİHM'in konuya ilişkin Türkiye'ye yönelik bir kararı mevcuttur.

Yüksek güvenlikli cezaevinde hükümlü olarak kalan başvuru sahiplerinin Türkçe'den başka bir dil kullanarak yazdıkları mektuplar, cezaevi disiplin kurulu içerikleri denetlenemediği gerekçesiyle ailelerine ve diğer mahkûmlara gönderilememiştir. Mahkûmlar bunun üzerine mektupları gönderilmediği için Türk Mahkemeleri'nde dava açmışlar, fakat bir sonuç alamamışlardır. AİHM, cezaevinde kalan kişilerin yazışmalarını bazı kontrollere tabi tutulabilir olduğunu, cezaevi ortamının makul gereksinimleri açısından AİHS'e ters düşmediğini belirtmiştir. Türkiye'deki düzenlemelere göre ancak belirli durumlarda kişinin yazışmaları iletilmeyebilir. Bu durumlar Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da m.68/3'te belirtilmiştir. "Kurumun asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yönleltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakareti içeren mektup, faks ve telgraflar hükümlüye verilmaz. Hükümlü tarafından yazılmış ise gönderilmez." Oysaki başvuru sahipleri hakkında mektupların gönderilmemesi yönündeki karar bu sebeplere dayanmamaktaydı. Bu sebeple de bu kişilere yönelik yapılan müdahale kanuna uygun olma koşuluna da uymadığı için AİHM, sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine yönelik karar vermiştir. ÖZEN ve diğerleri/Türkiye. Başvuru No: 15672/08, 24462/08, 27559/08, 28302/08, 28312/08, 34823/08, 40738/08, 41124/08, 43197/08 51938/08, 58170/08, 11/01/2011 T.

Postada elkoyma, posta hizmeti gören resmi ya da özel kuruluştaki gönderilerden maddi gerçeği ortaya çıkarmada ispat etmeye fayda sağlayacak olanların adliyenin eli altına alınması işlemidir⁵⁷⁷.

Kanundaki düzenlemede postada elkoyma tedbirinin amacı delil elde etmektir⁵⁷⁸. Gönderilere elkonulabilmesi için, bu gönderilerin bir suçun delili, emaresi, izini oluşturmamasından şüphe duyulması temel koşul olmasının yanı sıra söz konusu olan gönderilerin maddi gerçeği ortaya çıkarmak amacıyla adliyenin eli altında olması zorunludur⁵⁷⁹.

Postada elkoyma; CMK m. 135'te düzenlenen "*iletişimin denetlenmesi*" tedbiriyile benzerlik gösterse de bu tedbirden farklı bir koruma tedbidir. İletişimin denetlenmesi klasik bir koruma tedbiri olmayıp bu yönü ile postada elkoyma tedbirinden ayrılmaktadır⁵⁸⁰. İletişimin denetlenmesi gizli bir işlem olup; bu tedbire maruz kalan kişinin bu durumdan haberi olmaz. Postada elkoyma tedbiri her suç tipi bakımından uygulanabilirken, iletişimin denetlenmesi ise 135. maddede sayılan suçlar bakımından uygulanabilir. Postada elkoyma posta hizmeti ile ilgili olarak hizmet gören kuruluştaki gönderilere ilişkindir, iletişimin denetlenmesi ise telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimlere kapsamaktadır⁵⁸¹.

Postada elkoyma tedbiri 1412 sayılı CMUK'de de düzenlenmişti. CMUK postane ve telgrafhanedeki "*mektup, telgraf vesair mersulelerin*" zaptını söz etmekteyken, CMK "*posta hizmeti veren her türlü resmî veya özel kuruluştaki bulunan gönderiler*" den söz ederek, postada elkoyma tedbirinin kapsamını genişletmiştir. CMUK döneminde sadece resmi kuruluştaki mektup, telgraf, mersule tedbir kapsamındayken, CMK'de özel kuruluşların nezdindeki gönderiler de postada elkoyma kapsamı altına almıştır. Bu bağlamda resmi ya da özel kuruluşlarca görülen posta hizmetlerindeki gönderilere maddi varlığa sahip her şey dâhildir. Bu bakımdan

Karar için bkz. < [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-102711%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-102711%22]}) > (Erişim Tarihi: 06/05/2021).

⁵⁷⁷ CİHAN, s. 222; ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, "Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler", s. 286; ERYILMAZ, "Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri", s. 523.

⁵⁷⁸ ORHAN, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma", s. 124; YENİSEY, NUHOĞLU, s.420.

⁵⁷⁹ YOKUŞ SEVÜK, "Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", s. 103.

⁵⁸⁰ ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, "Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler", s. 286- 287.

⁵⁸¹ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 174- 175; ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, "Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler", s. 286-287.

özel kargo şirketleri tarafından görülen kargo hizmetlerindeki kargolar da postada elkoyma kapsamındadır.

Postada elkoyma tedbiri her suç bakımından uygulanabilmektedir. Kanunda postada elkoymanın uygulanabileceği katalog suçlar yer almamış olup; bu bakımdan her suç bakımından uygulanması mümkündür.

Postada elkoymada şüphe bakımından kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan öğretide farklı görüşlere rastlamak mümkündür.

Bir görüşe göre postada elkoyma tedbiri için aranacak olan şüphe makul şüphedir⁵⁸². Bir görüşe göre postada elkoyma tedbiri için basit şüphe yeterlidir⁵⁸³. Bir görüşe göre postada elkoyma tedbirine başvurulması için suçun delillerini oluşturduğuna yetecek ölçüde yeterli şüphenin bulunması gerekir⁵⁸⁴.

Başka bir görüşe göre gönderinin suç delili oluşturabileceği yönünde makul şüphenin olması gereklidir⁵⁸⁵. Bizim de iştirak ettiğimiz başka bir görüşe göre ise ölçülülük ilkesi çerçevesinde her somut olayın özelliğine göre değerlendirilerek saptanması gerekir⁵⁸⁶. Bu bağlamda ispatlanması zor olan örneğin örgütlü suçlarda basit şüphe ile de yetinilebilir⁵⁸⁷.

Postada elkoyma tedbiri bakımından CMK m. 129/1 uyarınca karar verme yetkisi kural olarak hâkimindir⁵⁸⁸. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan durumların varlığında Cumhuriyet savcısı da yazılı emir vermeye yetkilidir⁵⁸⁹. Kanunda her ne kadar “*Cumhuriyet savcısının kararı*” ifadesi kullanılmış ise de doğru kullanım “*Cumhuriyet savcısının emri*” olmalıdır. Nitekim CMK m. 129/2’de “*Cumhuriyet savcısının emri*” ifadesi kullanılmaktadır⁵⁹⁰.

⁵⁸² Mustafa ÖZEN, “Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku”, s. 737.

⁵⁸³ ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, “Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler”, s. 288.

⁵⁸⁴ YOKUŞ SEVÜK, “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, s. 103; ALDEMİR, s. 360.

⁵⁸⁵ ŞEN, ERYILDIZ, s. 177.

⁵⁸⁶ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 176.

⁵⁸⁷ Ahmet GÖKCEN, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)* (Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1994) s. 73, Akt. ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 176.

⁵⁸⁸ YOKUŞ SEVÜK, “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, s. 103; ORHAN, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, s. 125; İ. ÇELİK, s. 127; TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 253.

⁵⁸⁹ İ. ÇELİK, s. 129.

⁵⁹⁰ ORHAN, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, s. 125; ŞEN, ERYILDIZ, s. 181.

Kolluk amirine postada elkoyma tedbiri bakımından basit elkoymadan farklı olarak emir vermesi için yetki tanınmamıştır⁵⁹¹. Kolluk güçleri hâkim kararı ya da Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile postadaki gönderilere elkoyarlar; ancak postada elkoyma işlemini icra ederken bu gönderileri açma, okuma, inceleme yetkisi bulunmamaktadır⁵⁹². Elkonulan gönderi gecikmeksizin hâkime ya da savcıya teslim edilir. Kanun koyucunun elkonulan gönderilere ilişkin olarak kolluk amirlerine bu gönderileri açma, inceleme, okuma yetkisi vermemesi Anayasa’da da düzenlenen haberleşme özgürlüğünü korunması bakımından son derece önemlidir. Ancak bu durumun istisnası CMK m. 129/3’te düzenlenmiştir⁵⁹³. CMK m. 129/3 uyarınca maddede sayılan suçlar bakımından gönderilerin bulunduğu zarf ve paketler Cumhuriyet savcısının talimatıyla kollukça açılabilir.

CMK m. 129/4 uyarınca postada elkoyma tedbiri kural olarak ilgili kişilere bildirilir⁵⁹⁴. Haberleşme özgürlüğünün taşıdığı önem gereği, postada elkoyma tedbirinin ilgililere bildirilmesi gerekmektedir. Çünkü kişinin haberleşme özgürlüğü kısıtlandığından, bu durumdan haberdar olması ve tedbirde herhangi bir hukuka aykırılık bulunuyorsa bu zararın giderilmesini isteyebilmesi ve tedbirin denetlenmesi açısından kişiye bildirim yapılması önemlidir⁵⁹⁵.

CMK m. 129/5’te “*Açılmamasına veya açılıp da içeriği bakımından adliyenin eli altında tutulmasına gerek bulunmadığına karar verilen gönderiler, hemen ilgililerine teslim olunur.*” şeklinde düzenleme yapılarak açılan gönderilerin adliyenin elinde tutulmasına gerek olmadığının anlaşılması durumunda bu gönderiler gecikmeksizin ilgili kişiye teslim edileceği belirtilmiştir⁵⁹⁶. Bu düzenleme ile birlikte soruşturmanın ya da kovuşturmanın amacını zarara uğratma ihtimalinin bulunması durumunda ilgili

⁵⁹¹ CENTEL, ZAFER, “Ceza Muhakemesi Hukuku- El Kitabı”, s. 367, YENİSEY, NUHOĞLU, s.420.

⁵⁹² İ. ÇELİK, s. 135, Ferhat YILDIZ, “Ceza Değil Koruma Tedbiri: Gözaltı- Arama- Elkoyma”, Ceza Hukuku Dergisi, 2010, C.5, Sa. 13, s. 218; ERYILMAZ, “Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri”, s. 523.

⁵⁹³ CMK m.129/3 “Elkoyma kararı veya emrinin aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak verilmesi halinde gönderilerin bulunduğu zarf veya paketler Cumhuriyet savcısının talimatıyla kolluk memurları tarafından açılabilir. a) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan; 1. Tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirmesi (madde 174), 2. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), suçları. b) 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun 12 nci ve 13 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar. c) 21/7/1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 67 nci ve 68 inci maddelerinde tanımlanan suçlar.”.

⁵⁹⁴ ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ, “Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler”, s. 289.

⁵⁹⁵ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 177.

⁵⁹⁶ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ÖZAYDIN, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 334, ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 351.

kişiy e bildirimin yapılmasından kaçınılabileceğ i de düzenlenmiştir. Ancak böyle bir ihtimalin gerçekleşmesi durumunda, yapılan işlemin hukuka uygun olup olmadığ ının denetimi açısından ilgili kişiy e haber vermeme sebebi gerekçelendirilmeli, tedbire başvurulmada beklenen yarar bittiğ inde de ilgiliye bu durum gecikmeksizin bildirilmelidir⁵⁹⁷.

C. TAŞINMAZLARA, HAK VE ALACAKLARA ELKOYMA

Suç failleri, bir suç sebebi ile elde etmiş oldukları malvarlığı değ erlerinin müsadere edilmesini engellemek amacıyla bu malvarlığı değ erlerini kaçırmaya çalışabilir⁵⁹⁸. İş lenen suçlar üzerinden haksız olarak kazanç elde eden kişiler, ekonomik zarara yol açmasının yanı sıra kamu düzeninin bozulmasına da sebep olabileceklerdir⁵⁹⁹. Bu bakımdan suç failleri ya da suçun araştırılmasının dışında suç gelirlerinin de araştırılması hatta elkonulması gerekmektedir⁶⁰⁰. Kanun koyucu CMK m. 128’de adli makamlara kanunda belirtilen belli suçlar için bazı malvarlığı değ erlerine tedbir amacıyla elkoyma yetkisi tanımıştır⁶⁰¹. Elkoyma koruma tedbiri içerisinde önemli bir yere sahip olan elkoyma türlerinden biri de “*taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma*”dır⁶⁰². Bu elkoyma türü de CMK’de özel olarak düzenlenmiştir⁶⁰³.

Bu tedbirin uygulanması bakımından tedbir konusu olabilecek taşınmazlar, hak ve alacaklar doğ rudan olarak müsadere edilmezler⁶⁰⁴. Öncelikle taşınmaz, hak ve alacaklardaki tasarruf yetkisi geçici olarak kısıtlanır⁶⁰⁵. Kiş inin mallar üzerindeki mülkiyet hakkı kaldırılmaz⁶⁰⁶.

Kanun bu tür malvarlığı değ erlerine elkonulmasını daha sıkı koşullara bağ lamıştır. Bu durumun sebebi tedbirin uygulanması ile önemli ölçüde ekonomik değ erlerine elkonulan kiş inin, ileride telafisi zor maddi zararlara maruz kalabilme tehlikesidir⁶⁰⁷.

⁵⁹⁷ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 177.

⁵⁹⁸ ŞEN, ERYILDIZ, s. 145.

⁵⁹⁹ İsmail DURSUN, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara Elkoyma”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2015, C. 21, Sa. 2, s. 536.

⁶⁰⁰ DURSUN, s. 536.

⁶⁰¹ ŞEN, ERYILDIZ, s. 145.

⁶⁰² DURSUN, s. 536.

⁶⁰³ ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 345.

⁶⁰⁴ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 178.

⁶⁰⁵ ŞEN, ERYILDIZ, s. 145; ÖZTÜRK, KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 178.

⁶⁰⁶ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 178.

⁶⁰⁷ ŞEN, ERYILDIZ, s. 145.

1. Koşulları

a. Şüphe Bakımından

Tüm koruma tedbirlerinde olduğu gibi taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma tedbiri için de bir şüphe varlığının olması gerekmektedir. CMK m. 128/1 uyarınca;

“Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde” taşınmazlar, hak ve alacaklara ilişkin elkoyma tedbiri için bulunması gereken şüpheyi belirtmiştir. Madde hükmüne göre bu tedbire başvurulması için aranan şüphe derecesi *“somut delillere dayanan kuvvetli şüphe”* dir. Bu tedbire başvurulması için hem *“muhakeme konusu suçun işlendiğine”* dair hem de *“malvarlığı değerlerinin bu suçlardan elde edildiğine”* dair somut delillere dayalı kuvvetli şüphe sebebinin bulunması gerekir⁶⁰⁸.

CMK m. 128/1 ilk düzenlendiğinde tedbir için aranan şüphe derecesi *“kuvvetli şüphe sebebinin bulunduğu”* durumlarda uygulanabileceği öngörülmekteydi. 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanun’un 10 uncu maddesiyle *“elde edildiğine dair”* ibaresinden sonra gelmek üzere *“somut delillere dayanan”* ibaresi eklenmiştir. Ancak maddenin ilk halinde düzenlenen *“kuvvetli şüphe sebebi”* ibaresi de somut delillere dayalı şüpheyi ifade etmektedir. Zaten kuvvetli şüphenin tanımı *“eldeki deliller dikkate alındığında sanığın yapılan yargılama neticesinde mahkûm olma ihtimalinin kuvvetle muhtemel olması”*⁶⁰⁹ şeklinde ifade edilmektedir. Kuvvetli şüphenin varlığından bahsedilebilmesi için zaten elde somut delillerin ve emarelerin bulunması gerekmektedir⁶¹⁰. Bu bakımdan fıkra *“somut delillere dayanan”* ibaresinin eklenmesi taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma tedbiri uygulayan kişilerin, temel hak ve özgürlüklere ağır müdahale yapılmasını teşkil eden bu koruma tedbirini uygularken, kuvvetli şüphe sebeplerinin somut deliller ile ortaya koymaları konusunda bir pekiştirme görevi görmektedir⁶¹¹.

⁶⁰⁸ ŞEN, ERYILDIZ, s. 149; ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 345; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 417.

⁶⁰⁹ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 179.

⁶¹⁰ ŞEN, ERYILDIZ, s. 150; ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 179.

⁶¹¹ Veli Özer ÖZBEK, Mehmet Nihat KANBUR, Koray DOĞAN, Pınar BACAKSIZ, İlker TEPE, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2015) s. 446, Akt. ŞEN, ERYILDIZ, s. 150.

b. Kişi Bakımından

Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma tedbirine maruz kalabilecek kişiler; maddede sayılan suçları işlediği ve bu suçlardan dolayı taşınmaz, hak ve alacak elde ettiği konusunda hakkında kuvvetli şüphe sebebi bulunan şüpheli ya da sanıktır⁶¹². Bu bağlamda belirtmek gerekir ki; elkonulacak malvarlığı değerlerinin mutlak surette şüpheli ya da sanığa ait olması gerekmektedir. Bu bakımdan mülkiyeti üçüncü kişiye ait malvarlığı değerlerine elkonulması söz konusu değildir⁶¹³.

CMK m. 128/1’de üçüncü kişiler nezdindeki taşınmaz, hak ve alacaklar bakımından açıkça bir düzenleme getirilmiştir. Madde uyarınca taşınmaz, hak ve alacaklar şüpheli veya sanık dışında üçüncü kişinin zilyetliğinde ise elkoyma işlemi yapılabilir⁶¹⁴. Burada önem arz eden husus kanun koyucunun “zilyetlik” kavramını kullanmasıdır. Yani üçüncü kişiye ait olan taşınmaz, hak ya da alacaklar bakımından bu koruma tedbirinin uygulanıp elkoyma işleminin yapılması mümkün değildir. Bu tür malvarlığı değerlerinin üçüncü kişinin elinde bulunması durumunda bu malvarlığı değerlerinin şüpheli ya da sanığa ait olması ile birlikte maddede sayılan suçlardan kaynaklanması gerekmektedir.

Tüzel kişiler bakımından da CMK m. 128’deki elkoyma tedbiri uygulanabilmesi mümkündür. Her ne kadar tüzel kişilerin suçun faili olması mümkün olmasa da söz konusu eylem tüzel kişi yararına işlenmişse haklarında bir güvenlik tedbiri olan müsadere işleminin yapılması mümkündür. Bu bakımdan tüzel kişiler hakkında da taşınmaz, hak ve alacaklara elkoyma uygulanabilir⁶¹⁵.

c. Suç Bakımından

Taşınmaz, hak ve alacaklara yönelik elkoyma işleminin yapılması CMK m. 128/2’de sayılan belirli suçlar bakımından mümkündür. Bu suçlar şunlardır:

“a) Türk Ceza Kanununda tanımlanan;

1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (madde 76, 77, 78),

⁶¹² ALDEMİR, s. 348; ÜNVER, HAKERİ, s. 921.

⁶¹³ ŞEN, ERYILDIZ, s. 146.

⁶¹⁴ HAKERİ, s. 98; ÜNVER, HAKERİ, s. 921.

⁶¹⁵ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 180.

2. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80) ile organ veya doku ticareti (madde 91), (2)
3. Hırsızlık (madde 141, 142),
4. Yağma (madde 148, 149),
5. Güveni kötüye kullanma (madde 155),
6. Dolandırıcılık (madde 157, 158),
7. Hileli iflas (madde 161),
8. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
9. Parada sahtecilik (madde 197),
10. **(Mülga: 21/2/2014 – 6526/10 md.; Yeniden düzenleme: 24/11/2016-6763/25 md.)** Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220, fıkra üç),
11. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),
12. Edimin ifasına fesat karıştırma (madde 236),
13. **(Ek: 24/11/2016-6763/25 md.)** Tefecilik (madde 241), (2)
14. Zimmet (madde 247),
15. İrtikap (madde 250)
16. Rüşvet (madde 252),
17. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308),
18. **(Değişik: 2/12/2014-6572/41 md.)** Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),
19. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.
 - b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları,
 - c) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar,
e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar,”

Bu koruma tedbirinin yukarıda sayılan tüm suçlar bakımından uygulanabilmesinin yanı sıra 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun’un 17. maddesinde koruma tedbirleri başlığı altında düzenlenen “Aklama ve terörün finansmanı suçunun işlendiğine dair kuvvetli şüphe bulunan hallerde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 128 inci maddesindeki usûle göre malvarlığı değerlerine” de elkonulabileceği düzenlenmiştir.

d. Konu Bakımından

CMK m. 128/1 uyarınca taşınmaz, hak ve alacaklara elkoyma koruma tedbirinin konusunu şüpheli ya da sanığa ait olmak üzere; “a) Taşınmazlar, b) Kara, deniz veya hava ulaşım araçları c) Banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesap, d) Gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklar, e) Kıymetli evrak, f) Ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık payları g) Kiralık kasa mevcutları, h) Diğer malvarlığı değerleri” oluşturur.

Kanun koyucu “diğer malvarlığı değerleri” ibaresini kullanarak bu tedbirin uygulanma alanını genişleterek her türlü malvarlığı değerleri bakımından uygulanabileceğini kapsam altına almıştır⁶¹⁶. Bu şekilde düzenlemenin genişletilmesi akıllara ilk başta genel müsadere yasağını getirmektedir. CMK m. 128’deki düzenleme müsadere düzenlemesi olmayıp, elkoymaya ilişkin bir düzenlemedir. Elkoyma işlemi mülkiyeti sonlandıran bir işlem olmadığı için müsadere dolayısıyla da genel müsadere söz konusu değildir. Ancak uygulamada yıllarca sürebilen yargılama süreci nedeniyle bu tedbir müsadere etkisi yaratabilmekte ve elkoyma tedbirinin ağır sonuçlar doğurmasına neden olabilmektedir. Kısa sürede bitmeyen yargılamalar sonucunda özellikle elkonulan ticari varlıklar bakımından ilgili kişinin tüm ticari hayatı sona erebilmekte ve tüm malvarlığı değerlerini kaybetmesine sebep olabilmektedir⁶¹⁷.

Kişinin elde ettiği malvarlığı değerleri bir suç dolayısıyla elde edilmişse bunlara elkonulabilecektir. Kişinin tüm malvarlığına elkonulması söz konusu

⁶¹⁶ ŞEN, ERYILDIZ, s. 152; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN, Pınar BACAKSIZ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. (Ankara: Seçkin, 2020) , s. 380.

⁶¹⁷ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, “*Ceza Muhakemesi Hukuku*”, s. 380.

olamayacağı gibi, bir kısım malvarlığına da keyfî olarak, somut gerekçeler olmadan elkonulamaz⁶¹⁸. Aksi durumun varlığı, mülkiyet hakkına yönelik ağır bir müdahaleye sebebiyet verebilecek, mülkiyet hakkı güvende olmayacaktır.

e. Tedbire Karar Vermeye Yetkili Olan Mercî Bakımından

CMK m. 128'in ilk düzenlemesinde taşınmaz, hak ve alacaklara yönelik elkoyma kararı verme yetkisi hâkime verilmişti. 21/02/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunla karar verme yetkisini düzenleyen CMK m. 128/9 hükmü değiştirilmiş ve bu malvarlığı değerlerine elkoyma kararı verme yetkisi ağır ceza mahkemesi tarafından oybirliği ile verilebileceği hükmü getirilmişti. Daha sonra madde 24/11/2016 tarihli 6763 sayılı kanun ile değiştirilerek bu tür malvarlığı değerlerine elkoyma kararı verme yetkisi yine hâkime verilmiştir.

Bu durumda en son yapılan değişiklikle birlikte taşınmaz, hak ve alacaklara yönelik elkoyma kararı verme yetkisi hâkime aittir. Cumhuriyet savcısının veya kolluk amirinin bu tedbir bakımından elkoyma emri verme yetkisi yoktur. Yasa koyucu gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısının ve kolluk amirinin de yazılı emir verebileceği genel düzenlemesinden ayrılarak ve onlara istisna tanımayarak karar verme yetkisini sadece hâkime tanımıştır⁶¹⁹.

Ancak taşınmaz, hak ve alacaklara elkoyma karar verme yetkisinin hâkime verilmesi güvence oluşturmaya rağmen, 19/10/2005 tarihli 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda bu konulara ilişkin başkaca bir düzenleme de yapılmıştır. Bankacılık Kanunu m. 166 /1 f bendinde *“Soruşturmanın sonuçlanmasına kadar, bu suç faillerinin her türlü mal, alacak, para ve sair eşyalarına hâkim kararı, gecikmesinde sakınca olunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile el konulur. Bu suçlara iştirak edenler ile suç faillerinin bu suçlar nedeniyle elde ettiği her türlü haksız kazanımın transferi sonucu elde edilen, kan ve kayın hısımlar ile üçüncü şahıslar nezdindeki mal, alacak veya sair her türlü şeylere de Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile el konulur.”* şeklinde düzenleme yapılarak CMK m. 128'deki hâkim güvencesini ortadan kaldırmıştır. Devamındaki g bendinde de *“El koyma kararı yirmidört saat içinde yetkili ve görevli sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim kırksekiz saat*

⁶¹⁸ ŞEN, ERYILDIZ, s.152.

⁶¹⁹ ÜNVER, HAKERİ, s. 920.

içinde kararını açıklar. Aksi halde el koyma hükümsüz kalır.” düzenlemesi yer almaktadır.

Bankacılık Kanunu’nda belirtilen suçlar bakımından bu suçların işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe varlığı aranmadığı gibi; *“her türlü mal, alacak, para ve sair eşyalarının”* bu suçlardan elde edildiğine ilişkin *“somut delillere dayalı kuvvetli şüphe”* varlığı şartı da aranmamıştır. Kanunda bu elkoyma tedbirinin uygulanması için olması gereken şüphe derecesi de belirtilmemiştir. Kanunda ayrıca *“kan ve kayın hısımlar ile üçüncü şahıslar nezdindeki mal, alacak veya sair her türlü şeylere de Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile el konulacağı”* belirtilmiştir. Bu düzenleme hukuk devleti ilkesine uygun olan bir düzenleme değildir.

Başka bir düzenlemeye de 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun’un 17. maddesinin 1. fıkrasında rastlanmaktadır. Maddedeki hüküm uyarınca bu tedbire başvurulması için şüphe derecesinin kuvvetli şüphe olması gerektiği belirtilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında ise gecikmesinde sakınca bulunan durumun varlığı halinde Cumhuriyet savcısınca elkoyma kararı verilebileceği düzenlenmiştir.

Tüm bu düzenlemelerin yanı sıra yasa koyucu kötü uygulamaları engellemek açısından ve temel hak ve özgürlükleri de koruyucu nitelikte olan bir düzenleme getirmiştir. 21/02/2014 tarihli 6526 sayılı yasa ile CMK m. 128/1’e ekleme yapmıştır⁶²⁰. *“Bu madde kapsamında elkoyma kararı alınabilmesi için ilgisine göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan, suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınır. Bu rapor en geç üç ay içinde hazırlanır. Özel sebepler zorunlu kıldığında bu süre talep üzerine iki ay daha uzatılabilir.”* şeklinde düzenleme yaparak hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerine elkonulması hususunda karar verilmeden, bu tür değerler bakımından belirtilen kurullardan rapor alma zorunluluğu getirmiştir⁶²¹.

⁶²⁰ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 183.

⁶²¹ DURSUN, s. 546- 547.

2. Tedbirin Uygulanması

Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma tedbirinin hangi şekilde uygulanacağı CMK m. 128’de belirtilmiştir. Maddeye göre;

“taşınmaza elkonulması kararı, tapu kütüğüne şerh verilmek suretiyle”

“kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında verilen elkoyma kararı, bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle”

“banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesaba elkonulması kararı, teknik iletişim araçlarıyla ilgili banka veya malî kuruma derhâl bildirilerek”

“şirketteki ortaklık paylarına elkoyma kararı, ilgili şirket yönetimine ve şirketin kayıtlı bulunduğu ticaret sicili müdürlüğüne teknik iletişim araçlarıyla derhâl bildirilerek”

“hak ve alacaklara elkoyma kararı, ilgili gerçek veya tüzel kişiye teknik iletişim araçlarıyla derhâl bildirilerek” uygulanır.

CMK m. 128’de düzenlenen taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma tedbiri için verilen kararın gereklerine uygun olmayacak şekilde hareket edilmesi durumunda TCK m. 289’da düzenlenen *“muhafaza görevini kötüye kullanma”* suçu oluşur⁶²². Bu durumda muhafaza görevini kötüye kullanma suçu hükümleri uygulanır. Elkonulup sahibine, kullanıcısına ya da zilyedine bırakılan malvarlığı değerlerinin korunması gerekir⁶²³. Bu malvarlığı değerleri bakımından teslim amacının dışında yapılacak olan tasarruf, dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranılmaması durumunda oluşabilecek zararlardan dolayı ilgili sorumlu tutulur⁶²⁴.

D. ŞİRKET YÖNETİMİNE KAYYIM ATANMASI

Günümüzde ekonomik yaşamın büyük bir kısmı gerçek kişiler tarafından değil, özel hukuk tüzel kişileri tarafından sürdürülmektedir⁶²⁵. Bu bakımdan serbest piyasa ekonomisinde önemli aktörlerden birisi de şirketlerdir⁶²⁶. Ticari hayatın önemli bir

⁶²² YENİSEY, NUHOĞLU, s. 418.

⁶²³ ŞEN, ERYILDIZ, s. 165.

⁶²⁴ ŞEN, ERYILDIZ, s. 165.

⁶²⁵ KIZILARSLAN, s. 241.

⁶²⁶ Uğur ERSOY, “Bir Koruma Tedbiri Türü Olarak Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini (Cmk M.133)”, AÜHFD, 2016, C. 65, Sa. 4, s. 3393.

akışını sağlayan ve kendi ticari faaliyetlerini yürüten şirketler, varlıklarına ve karlarına daha fazla kazanımlar eklemek adına her zaman yasal yollarla bu faaliyetlerini yürütmeyip yasal olmayan yollara da başvurabilmektedir. Bazı durumlarda ise kuruluş amaçları tamamen suç odaklı olup, bu faaliyetleri çerçevesinde kazandıkları malvarlığı değerlerini ve kazanımlarını aklamak adına “*paravan şirketler*” kurmaktadır⁶²⁷. Hiçbir hukuk düzeninin bu duruma müsaade etmesi mümkün değildir. Ancak belirtmek gerekir ki şirketlerin ekonomik konumu, sosyal yaşamdaki önemi itibarıyla şirketlere yönelik olarak yapılacak müdahalelerde oldukça dikkatli davranılması gerekmektedir. Bu durum sebebiyle CMK m. 133’de “*şirket yönetimi için kayyım tayini*” müessesesi getirilmiş ve yaşanacak olan olumsuzlukların önüne geçilmesi amaçlanmıştır⁶²⁸.

CMK’de “*kayyım*” olarak geçen kelimeye TDK’ de yer verilmemiştir. TDK’de kayyım kelimesi yerine “*kayyum*” kelimesini kullandığını görmekteyiz. TDK’ye göre kayyum “*belli bir malın yönetilmesi veya belli bir işin yapılması için görevlendirilen kimse*” anlamına gelmektedir⁶²⁹.

Mevzuattaki düzenlemelerde ise, “*kayyım*” teriminin kullanıldığını görmekteyiz. Örneğin CMK m. 131, 133, MK m. 291, 301, İİK m. 101, TTK, m. 235, m. 412 gibi. Bu nedenle bu düzenlemeler ışığında kayyım kelimesi kullanmayı tercih ettik.

CMK m. 133’te düzenlenen “*şirket yönetimi için kayyım tayini*” elkoyma tedbirinin özel bir şeklidir⁶³⁰. Şirket yönetimine kayyım atanması CMK’de sayılan suçlar bakımından başvurulabilen ve özel bir koruma tedbiri olarak karşımıza çıkmaktadır⁶³¹.

Şirket için kayyım tayini CMK’de koruma tedbirleri başlığı altındaki arama ve elkoyma hükümlerinde düzenlenmiştir. CMK m. 133 uyarınca “*Suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde;*

⁶²⁷ KIZILARSLAN, s. 242; ERSOY, s. 3393.

⁶²⁸ ERSOY, S. 3393.

⁶²⁹ < <https://sozluk.gov.tr/> > (Erişim Tarihi: 10/04/2021).

⁶³⁰ CENTEL, ZAFER, s. “*Ceza Muhakemesi Hukuk El Kitabı*” s. 375; Yargıtay 16. CD, 2018/5333 E. 2018/5602 K. 31/12/2018 T. sayılı kararı.

< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 10/04/2021).

⁶³¹ Nilüfer KÖKER, “*CMK Madde 133 Uyarınca Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini*”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, 2018, Sa. 100, s. 453.

soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hâkim veya mahkeme, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabilir.”

Bu koruma tedbiri ile CMK m. 128’te düzenlenen taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma tedbirini mukayese etmek gerekir. Madde 128’de şirketin payına elkoymak mümkündür. Ancak m. 128 kapsamında şirket payına elkonulabilmesi için m. 128’de sayılan katalog suçların payın sahibi tarafından işlenmesi gerekir. Bu durumda şirketin tamamına elkonulmaz sadece suç işleyen hissedarın hissesine elkonulur. Bu durumda etkilenen sadece hissedardır. Ancak CMK m. 133’teki düzenlemede; suç şirket faaliyeti çerçevesinde işlendiğinden kayyım şirketin tamamına atanır ve şirketin bütünü etkilenir⁶³².

Basit elkoyma ile taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma koruma tedbiri kamu hukuku tüzel kişileri hariç olmak üzere tüm gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri bakımından uygulanabilirken, CMK m. 133’te “*şirket yönetimi için kayyım tayini*” tedbiri ise sadece “*şirketler*” için öngörülmüştür⁶³³.

Şirket yönetimi için atanan kayyım TCK m. 6/1- c kapsamında kamu görevlisidir⁶³⁴.

Şirket yönetimi için kayyım atanması tedbiri bir koruma tedbiri olduğundan diğer koruma tedbirlerinin tüm özelliklerini içermektedir.

Bu tedbire başvurulmasında amaçlanan; soruşturma ya da kovuşturma konusu olan suça ilişkin olarak şirketi içeriden denetleyerek maddi gerçeği ortaya çıkarmak⁶³⁵, şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçları engellemek⁶³⁶, muhakeme sonucunda verilebilecek müsadere kararının uygulanmasına aracılık etmek⁶³⁷, muhakeme süresince şirketin işleyişini devam ettirerek şirket ve şirket çalışanlarının aleyhine sonuç doğurabilecek zararların engellenmesidir⁶³⁸.

⁶³² ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, “*Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*”, s.290.

⁶³³ KIZILARSLAN, s. 243.

⁶³⁴ ERSOY, s. 3401.

⁶³⁵ KIZILARSLAN, s. 256; ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, “*Ceza Muhakemesi Hukuku*”, s. 385.

⁶³⁶ ÜNER, HAKERİ, s. 934.

⁶³⁷ CENTEL, ZAFER, “*Ceza Muhakemesi Hukuku*”, s. 414.

⁶³⁸ CENTEK, ZAFER, “*Ceza Muhakemesi Hukuku*”, s. 414; KÖKER, s. 453.

1. Koşulları

a. Kişi Bakımından

CMK m. 133'te düzenlenen tedbire ancak “şirketler” hakkında başvurulabilir. Madde söyleminde geçen *şirket*; adi ortaklık olabileceği gibi, kollektif, komandit, anonim, limited şirketi, kooperatif, banka, sigorta gibi şirketler de olabilir⁶³⁹.

b. Şüphe Bakımından

CMK m. 133'te “Suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde; soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hâkim veya mahkeme, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabilir.” şeklinde düzenlenen hüküm uyarınca; yasa koyucu bu tedbire başvurulabilmesi için suçun şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olduğuna ilişkin kuvvetli şüphe nedenlerinin varlığının bulunmasını ve maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla bu tedbire başvurulması gerektiğini belirtmiştir⁶⁴⁰.

Kanunun ifadesine göre burada suç işlenmeye devam etmekte olmalıdır⁶⁴¹. Suçun hareketleri tamamlanıp bitmiş ise bu tedbir uygulanmayacaktır⁶⁴². Bu tedbirin uygulanabilmesi için muhakemeye konu olan suçun zincirleme veya kesintisiz suç olarak işlenmekte olması gerekmektedir⁶⁴³.

c. Suç Bakımından

Şirket yönetimine kayyım atanması tedbiri niteliği itibarıyla ticaret hayatına ağır bir müdahale teşkil eden bir tedbir olduğundan istisnai bir hükümdür⁶⁴⁴. Bu nedenle bir şirketin faaliyeti çevresinde işlenen belirli suçlar bakımından başvurulur. Her suç tipi bakımından uygulanabilmesi mümkün değildir.

⁶³⁹ ŞEN, ERYILDIZ, s. 222.

⁶⁴⁰ ELİF ER, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Şirket Yönetimine Kayyım Atanması”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, 2015, Sa. 71, s. 18; TOK, s. 29.

⁶⁴¹ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 189.

⁶⁴² KÖKER, s. 457.

⁶⁴³ ER, s. 18; KÖKER, s. 457; ERSOY, s. 3405.

⁶⁴⁴ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 190; ŞEN, ERYILDIZ, s. 224.

Şirket için kayyım atanması koruma tedbirine başvurulması, suçun şirket faaliyeti çerçevesinde işlenmesine bağlıdır.⁶⁴⁵

Bu tedbirin uygulanabileceği suçlar CMK m. 133/4'te sayılmıştır. Bu suçlar:

“a) Türk Ceza Kanununda yer alan,

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),

2. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

3. Parada sahtecilik (madde 197),

4. Fuhuş (madde 227),

5. Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),

6. Zimmet (madde 247),

7. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),

8. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315),

9. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337), Suçları,

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları,

c) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar,

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar”

Burada dikkat edilmesi gereken konulardan biri de, bu suçlardan birinin şirketin ortağı tarafından kendi yararına, şirketin faaliyetinden bağımsız olarak işlenmesi ya da işleniyor olması bu tedbirin uygulanması için yeterli değildir. Böyle bir durumda CMK m. 128/1-f hükmüne göre suçu işleyen ortağın hissesine elkonulma

⁶⁴⁵ KIZILARSLAN, s. 264.

yoluna gidilebilir. Şirket yönetimine kayyım atanması için suçun bu şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olması gerekmektedir⁶⁴⁶.

d. Maddi Gerçeğin Ortaya Çıkarılması İçin Gerekli Olması

CMK m. 133’de düzenlenen şirket yönetimi için kayyım atanması tedbirinin uygulanması için “suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı” tek başına yeterli olmayıp madde hükmünde geçen “ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması” da gerekmektedir. Bir görüşe göre maddede geçen “gerekliklik” ibaresi maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında başka tedbirlere başvurulması mümkünse bu tedbire başvurulmayacağı şeklinde yorumlanmıştır⁶⁴⁷. Bizim de iştirak ettiğimiz bir görüş ise; CMK m. 133’e başvurulmasının delil elde edilmesi için son çare olmadığı yönündedir. Çünkü böyle bir durum olsaydı CMK m. 134/1 ve m. 135’te olduğu gibi “başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması” gibi bir ibare bulunması gerekirdi. Dolayısıyla başka koruma tedbirlerine başvurarak delil elde etme olanağının bulunması durumunda CMK m. 133’ün uygulanması açısından bir önem arz etmemektedir⁶⁴⁸.

e. Karar Vermeye Yetkili Mercî Bakımından

CMK m. 133’te belirtilen tedbirin uygulanması için bir hâkim veya mahkeme kararının varlığı gerekmektedir⁶⁴⁹. Cumhuriyet savcısının ya da kolluk amirinin şirket yönetimine kayyım atanması için emir verme yetkileri bulunmamaktadır⁶⁵⁰.

Soruşturma aşamasında bu tedbire karar vermeye yetkili olan mercî Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hâkimidir⁶⁵¹. Sulh ceza hâkiminin m. 163’te belirtilen zorunlu savcılık yaptığı durumlarda Cumhuriyet savcısının talebi olmadan da bu kararı vermeye yetkilidir⁶⁵². Gecikmede sakıncası bulunulan durumlarda bu tedbir için karar verme yetkisi Cumhuriyet Savcısına ve kolluk amirine tanınmamıştır.

⁶⁴⁶ ŞEN, ERYILDIZ, s. 224.

⁶⁴⁷ CENTEL, ZAFER, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, s. 415.

⁶⁴⁸ ŞEN, ERYILDIZ, s. 226.

⁶⁴⁹ ER, s. 19; KIZILARSLAN, s. 266; ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 353; KÖKER, s. 458.

⁶⁵⁰ ER, s. 19.

⁶⁵¹ KÖKER, s. 458; ERSOY, s. 3409.

⁶⁵² KÖKER, s. 458.

Kovuşturma aşamasına bu tedbire ilişkin karar vermeye yetkili merci yargılamayı yapan mahkemedir⁶⁵³.

2. Tedbirin Uygulanması

CMK m. 133'e göre kayyım; onay makamı olarak, yönetim organı yerine, yönetim organının yetkileri ile birlikte ortaklık paylarını veya menkul kıymetleri idare etmek için atanabilir.

şirkete onay makamı olarak atanan kayyımın görevi şirket yönetim organınca verilen karar ve yapılan işlemlerin onaylamasıdır. Bunların geçerli olması kayyımın onayına baėlıdır⁶⁵⁴. Bu durumda şirket yönetim organının karar verme ve işlemde bulunma yetkisi devam etmektedir⁶⁵⁵.

şirket yönetiminin tüm yetkilerinin kayyıma bırakıldığı durumda; şirketteki yönetim kurulunun veya müdürlerinin görevi sonlanmakta olup, tek yetkili kişi kayyımdır⁶⁵⁶. Kayyımın atanması ile bu yetki ve görevler kayyıma geer⁶⁵⁷.

Kayyımın yönetim organının yetkileri ile birlikte ortaklık paylarını veya menkul kıymetleri idare etmek için atanması durumunda, ortaklık paylarının veya menkul kıymetlerin idare yetkisi kayyıma geçmektedir. Bu durumda da tek yetkili kişi kayyımdır⁶⁵⁸.

CMK m. 133/1 uyarınca kayyım hangi yetki için atanırsa atansın kayyıma verilen yetkinin hangi yetki kapsamında olduğu atama kararında açık olarak belirtilmesi gerekmektedir⁶⁵⁹.

Kayyımın nc kişiler ile yaptığı işlemlerin bağlayıcı olabilmesi açısından atanma kararının ilan edilmesi gerekir⁶⁶⁰. CMK m. 133/1 son cümlesi uyarınca şirkete kayyım atandığına ilişkin karar *“ticaret sicili gazetesinde ve diğer uygun vasıtalarla ilan olunur.”*

⁶⁵³ ER, s. 19; ERSOY, s. 3409.

⁶⁵⁴ ERSOY, s. 3401.

⁶⁵⁵ KIZILARSLAN, s. 268.

⁶⁵⁶ KÖKER, s. 459.

⁶⁵⁷ KÖKER, s. 459.

⁶⁵⁸ ERSOY, s. 3403.

⁶⁵⁹ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 191; KIZILARSLAN, s. 268.

⁶⁶⁰ BAYTEMİR KONTACI, KILIÇ, KILIÇPARLAR, PANCAROğLU, s. 151; şAHİN, GÖKTÜRK, s. 354; ALDEMİR, s. 372;

CMK m. 133/2 uyarınca, kayyım görevde bulunduğu süre boyunca bir ücret ödenir. Bu ücret hâkim veya mahkeme tarafından belirlenecek olup, şirket bütçesinden karşılanır.

CMK m. 133/2'ye göre bir suç konusu soruşturmadan dolayı kovuşturmaya yer olmadığına dair karar veya kovuşturma sonucunda beraat kararı verilirse şirketin bütçesinden ödenen kayyım ücreti, yasal faizi ile birlikte Devlet Hazinesinden karşılanır.

CMK m. 133/5 uyarınca atanan kayyımın görevini kötüye kullanması sebebiyle oluşan zararın tazmini için Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir. Devlet ödemek zorunda kaldığı tazminat sebebiyle görevin gereklerine aykırı davranan kayyım bir yıl içinde rücu edebilir.

E. BİLGİSAYARLARDA, BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA VE KÜTÜKLERİNDE ARAMA, KOPYALAMA, ELKOYMA

Çağımızda teknolojinin gelişmesi ile birlikte hemen hemen yaşamın her alanına dâhil olan bilgisayarlar; arama ve elkoyma işlemlerinin konusunu oluşturan şeylerin niteliğini değiştirmeye gidilmesine aynı zamanda bilişim alanında meydana gelen suçların da yaygınlaşmasına sebep olmuştur.

Muhakemede kullanılacak olan elektronik delillerin bilişim sistemleri üzerinde araştırılması işlemi, bir açıdan CMK m. 134'te "*bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma*" şeklinde ifade edilmektedir⁶⁶¹. Bu tedbirin amacı bilişim sistemleri üzerinde bulunan delillerin elde edilmesidir⁶⁶².

Bilişim sistemleri üzerinde bulunan delillerin elde edilmesi amacıyla, CMK m. 134'teki tedbirler düzenlenerek ceza muhakemesi sisteminin içerisine dâhil edilmiştir. CMK m. 134'te düzenlenen bu tedbir bilişim alanında meydana gelen ve giderek yaygınlaşan suçların ortaya çıkarılması açısından da önem arz etmektedir⁶⁶³.

⁶⁶¹ Cumhur ŞAHİN, "Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (Cmk M. 134)", Yaşar Hukuk Dergisi 2019, C. 1, Sa. 2, s. 271.

⁶⁶² Muharrem ÖZEN, Gürkan ÖZCAK, "Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK M. 134)", Ankara Barosu Dergisi, 2015, Sa. 1, s. 62.

⁶⁶³ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 192; ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞIZ, "Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler", s. 263.

“Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma” tedbiri arama ve elkoymanın özel bir şeklini oluşturmakta olup Kanun’da özel olarak düzenlenmiştir⁶⁶⁴. “Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma” tedbirine ilişkin hükümlere AÖAY’de de yer verilmiş olup, CMK’ye paralel bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak CMK’de gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısının da bu tedbire başvurulmasına karar verme yetkisini düzenlenmişken, (“25/7/2018 tarihli ve 7145 sayılı Kanunun 16 ncı maddesiyle ‘Cumhuriyet savcısının istemi üzerine’ ibaresi ‘hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından’ şeklinde değiştirilmiştir”.) AÖAY’de bu tedbire başvurulması için Cumhuriyet savcısının bu tedbir bakımından yazılı emir vermeye yetkisinin olduğu düzenlenmemiştir. Yine AÖAY’de bu tedbire başvurulması için gerek görülen şüphe derecelendirilmesine yer verilmemiş, bu da CMK’de düzenlenmiştir. Bu bağlamda normlar hiyerarşisi gereği kanun yönetmelikten daha üst bir pozisyonda olduğundan kanun hükümleri uygulanacaktır. AÖAY m. 17’de daha çok bu tedbirin uygulanış biçimi düzenlenmiştir.

Özel hayatın dokunulmazlığı, AY m. 20 ve m. 21’de, AİHS m. 8’de düzenlenmiş ve güvence altına alınmıştır. Özel hayatın dokunulmazlığı temel haklardan biri olup ancak istisnai durumlarda ve kanunla sınırlanabilir. CMK m. 134’te düzenlenen “bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma” tedbiri başta özel hayatın gizliliği olmak üzere, haberleşmenin gizliliği, kişisel verilerin korunması, ifade özgürlüğü gibi haklarla yakın ilişkilidir⁶⁶⁵. Özel hayat ile yakın ilişkisi bulunan bu tedbir uygulanırken kişisel veriler de gün yüzüne çıkabilmektedir⁶⁶⁶. Bu bakımdan bilişim sisteminde bulunan delillerin elde edilmesi amacıyla başvuru bu koruma tedbiri uygulanırken ancak kanunun öngördüğü şekilde ve kişinin hak ve özgürlüklerinin özüne dokunmadan, ölçülü olarak müdahale edilmelidir.

⁶⁶⁴ Yusuf YAŞAR, İsmail DURSUN, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbiri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2013, C. 19, Sa. 3, s. 6; Batuhan AKTAŞ, “Bilgisayarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, C. 14, Sa. 2, s. 213; CENTEL, ZAFER, “Ceza Muhakemesi Hukuku-El Kitabı”, s. 372.

⁶⁶⁵ C. ŞAHİN, s. 271-272.

⁶⁶⁶ Yusuf BAŞLAR, “Ceza Yargılamasında Elektronik Delillerin Elde Edilmesine ve Korunmasına İlişkin Usul Hükümleri”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2013, Sa. 3, s. 83.

Bilgisayar sözlükte “Çok sayıda aritmetiksel veya mantıksal işlemlerden oluşan bir işi, önceden verilmiş bir programa göre yapıp sonuçlandıran elektronik araç, elektronik beyin” şeklinde tanımlanmıştır⁶⁶⁷.

Bilgisayar programı; bilgisayarda belirli bir işlemi ya da işlemleri gerçekleştirilmesi amacıyla verilen komut veya komutlar bütünüdür⁶⁶⁸.

Bilgisayar kütüğü; hard disk olarak anlaşılmamalıdır. İngilizcede “log” kelimesinin karşılık gelen kütükleri; internet hizmet sağlayıcılarının internet erişimi sağladıkları kullanıcılara ait IP numaralarını ve diğer erişim bilgilerini depoladıkları veri tabanları anlamına gelmektedir⁶⁶⁹.

Bilgisayar, bilgisayar kütüklerinde ve bilgisayar programlarında arama ve elkoyma koruma tedbirine başvurma koşulları CMK m. 134/1’de düzenlenmektedir. Maddeye göre bu tedbire başvurulması, kural olarak Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim tarafından verilen bir karar ile mümkündür. Gecikmesinde sakınca olan istisnai durumlarda Cumhuriyet savcısının da karar verebileceği hüküm altına alınmıştır⁶⁷⁰. Ancak Cumhuriyet savcısının verdiği bu karar yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulur. Hâkim de kendisine sunulan bu onama işlemi ile ilgili kararı en geç yirmi dört saat içinde açıklar. Kolluk amirine bu tedbire başvurabilmesi ve karar verebilmesi için bir yetki verilmemiştir. Bu konuda, kişisel verilerin korunması bakımından sıkı koşullara bağlanarak güvence sağlanması amaçlanmıştır⁶⁷¹. Maddede her ne kadar Cumhuriyet savcısının karar vereceği ibaresi kullanılmaktaysa da burada Cumhuriyet savcısının yazılı emri ifadesinin anlaşılması gerektiğini düşünmekteyiz. Hâkim kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısının yazılı emri olmaksızın CMK m. 134 kapsamında yapılan işlemler hukuka aykırılık oluşturur⁶⁷².

Genel arama ve elkoyma tedbirlerine ilişkin verilen konut, işyeri arama kararı veya emri, aranacak yerdeki bilgisayar, bilgisayar kütüğü gibi aygıt ya da sistemleri kapsamaz. Bunun için CMK m. 134 kapsamındaki şartlar olduğu takdirde ayrıca karar veya emir verilmelidir⁶⁷³. Bu aygıtlara arama sırasında tesadüfen rastlanıldıysa

⁶⁶⁷ < <https://sozluk.gov.tr/> > (Erişim Tarihi: 27/02/2021).

⁶⁶⁸ < https://tr.wikipedia.org/wiki/Bilgisayar_program%C4%B1 > (Erişim Tarihi: 27/02/2021).

⁶⁶⁹ ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ, “Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler” s. 263.

⁶⁷⁰ PARLAR, ÖZTÜRK, s. 193.

⁶⁷¹ AKSOY, s.68.

⁶⁷² Yar. 16. CD, 2019/2637 E. 2019/5904 K. 10/10/2019 T. sayılı kararı.

< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 12/04/2021).

⁶⁷³ ÜNVER, HAKERİ, s. 946.

ve incelemeye gereksinim duyuluyorsa bunun için ayrıca bir karar veya emir verilmelidir⁶⁷⁴.

CMK m. 134'te “*bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada*” ibaresi kullanılmış olduğu için tedbire kovuşturma aşamasında başvurulabileceği konusu açık bir şekilde öngörülmemiştir. Bir görüşte; aleni olan duruşma sırasında mahkeme tarafından CMK m. 134'te düzenlenen tedbirlere başvurulması yönünde bir karar verilirse, durumdan haberdar olan ilgili kişilerin kayıtları yok edebilme ihtimali olduğundan kovuşturma aşamasında bu tedbire başvurulmasının yarar sağlamayacağı ifade edilmiştir⁶⁷⁵. Başka bir görüşte; maddede her ne kadar kovuşturma aşamasında başvurulabileceğini düzenleyen bir hüküm bulunmasa da mahkemenin istem üzerine ya da resen bu tedbirlere başvurulmasına karar verebileceğini düzenlemiştir⁶⁷⁶. Başka bir görüş ise maddede geçen “*soruşturma*”, “*hâkim*”, “*Cumhuriyet savcısı*”, “*şüpheli*” gibi kavramlar kullanılıp, “*kovuşturma*”, “*sanık*”, “*mahkeme*” gibi kavramlar kullanılmadığından bu tedbire sadece soruşturma aşamasında başvurulabileceği intibas gösterse de; yargılama safhasında delil toplanmasına engel teşkil eden bir düzenleme olmadığından CMK m. 134'te düzenlenen tedbirlere kovuşturma aşamasında da başvurulabileceğini belirtmiştir⁶⁷⁷. Yargıtay'ın bir kararında kovuşturma evresinde de bu tedbire başvurulabileceğine ilişkin çıkarımda bulunulabilir⁶⁷⁸.

Kanımızca CMK m. 134'te her ne kadar “*soruşturmada*” ifadesi kullanılmış olsa da; kovuşturma aşamasında bu tedbire açık bir şekilde başvurulamayacağını öngören bir düzenleme bulunmadığından ve ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve temel ilkelerinden birisi de resen araştırma ilkesi olduğundan bu tedbire kovuşturma aşamasında da başvurulabilmesi mümkündür.

Kanun koyucu bu tedbirin uygulanması bakımından katalog halinde suç tiplerini saymaya yer vermemiş, üst ceza sınırı da öngörmemiştir. Bu bakımdan bu tedbire her

⁶⁷⁴ C. ŞAHİN, s. 275; Yar. 19. CD, 2015/2092 E. 2015/1175 K. 06/05/2015 T. sayılı kararı.

< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 07/05/2021).

⁶⁷⁵ CENTEL, ZAFER, “*Ceza Muhakemesi Hukuku- El Kitabı*”, s. 373.

⁶⁷⁶ YAŞAR, DURSUN, s. 13.

⁶⁷⁷ C. ŞAHİN, s. 278.

⁶⁷⁸ Murat Volkan DÜLGER, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*. (Ankara: Seçkin, 2020) s. 582; Yar. 8 CD, 2014/3415 E. 2014/12298 K. 14/05/2014 T. sayılı kararı.

< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 08/06/2021).

suç tipi için başvurulabilir⁶⁷⁹. Kanun maddesinde geçen “...bir suç dolayısıyla yapılan...” ibaresinden de anlaşılacağı üzere bu tedbirin her suç tipi açısından uygulanabileceği görülmektedir. Bu durum özellikle özel hayatın dokunulmazlığı hakkı başta olmak üzere diğer temel hak ve özgürlükler bakımından ciddi bir müdahalede bulunmayı teşkil edecektir. Her suç bakımından bu tedbirin uygulanabilir olması koruma tedbirlerinin müdahalesi ile ulaşılmak istenen amacın arasında olması gereken ölçülülük ilkesine de aykırılık oluşturabilecektir⁶⁸⁰. Kişilerin kişisel verilerinin korunması bakımından da bu tedbir uygulanırken dikkatli ve özenli davranılması gerekmektedir.

CMK m. 134’e göre bu tedbire başvurulabilmesi için başkaca delil etme olanağının bulunmaması gerekmektedir⁶⁸¹. Başka bir ifade ile tedbire başvurulabilmesinin ön şartlarından biri, bu tedbire başvurulmazsa başka bir şekilde delil elde etme olanağının mümkün olamayacağıdır⁶⁸². CMK m. 134’te düzenlenen tedbirler delil elde etmek amacıyla başvurulacak son çare “*ultima ratio*” olmalıdır⁶⁸³. Yasa koyucunun, özel hayat ile yakından ilgili olan bu tedbire son çare olarak başvurulmasını düzenlemesi özellikle temel hakların korunması bakımından önemli bir yere sahiptir⁶⁸⁴.

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve bilgisayarlara elkoyma tedbirine başvurulabilmesi için somut delillere dayalı kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı gerekir⁶⁸⁵. Yasada öngörülen “*somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı*” bu tedbire başvurulabilmesi için tek başına yeterli değildir. Bununla birlikte “*başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması*” şartının da varlığı gerekir. “*Somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı*” ibaresi ile “*başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması*” ibaresi arasında ve bağlacının bulunması, CMK m. 134’te düzenlenen bu koruma tedbirine başvurulması için her iki ön koşulun birlikte bulunması gerektiğini göstermektedir⁶⁸⁶. CMK m. 134/1’de yer alan “*somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin*

⁶⁷⁹ PARLAR, ÖZTÜRK, s. 193; Mustafa ÖZEN, “Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku”, s. 761.

⁶⁸⁰ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 196.

⁶⁸¹ AKTAŞ, s. 223.

⁶⁸² PARLAR, ÖZTÜRK, s. 193.

⁶⁸³ YAŞAR, DURSUN, s. 12; BAŞLAR, s. 89; PARLAR, ÖZTÜRK, s. 193; C. ŞAHİN, s. 274.

⁶⁸⁴ BAŞLAR, s. 89.

⁶⁸⁵ Özge APİŞ, “Bilişim Sistemine Girme Suçu Bakımından Bilgisayarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama Elkoyma Koruma Tedbiri”, Yasama Dergisi, 2018, Sa. 37, s. 71.

⁶⁸⁶ DÜLGER, s. 584.

varlığı” ibaresi 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunun 11 inci maddesiyle bu maddeye eklenmiştir. Bu düzenleme ile birlikte yasa koyucu CMK m. 134’te yer alan koruma tedbirlerine başvurulmasını zorlaştırmıştır⁶⁸⁷. Bu durum özellikle işleme maruz kalacak olan kişinin temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından isabetli bir düzenleme olmuştur.

Bu iki ön şartın varlığı sebebiyle başvuru bu koruma tedbirinin gerek talep yazısında gerekse hâkimin verdiği kararda bu sebepler ile tedbire başvurulduğunun açık bir şekilde belirtilmesi ve gerekçelendirilmesi gerekir. Ancak uygulamada buna hemen hemen hiç uyulmadığı yasa maddesi tekrar edilerek talepte bulunulduğu ve karar verildiği görülmektedir. Bu sebeple de bu şekilde verilen kararların çoğu hukuka aykırılık teşkil etmektedir⁶⁸⁸.

CMK’ye baktığımız zaman birçok koruma tedbirinin uygulanması bakımından aranan şüphe derecesi; kuvvetli şüphenin varlığıdır. Buna rağmen CMK’de kuvvetli şüphe tanımı yapılmamıştır. CMK’ye teşkil eden Alman CMK’sine baktığımızda da kuvvetli şüphenin tanımının yapılmadığı görülmektedir⁶⁸⁹.

Kuvvetli şüphe; bir suç işlendiği konusunda kuvvetli bir duygu oluşturacak şekilde somut delillerin veya olguların bulunduğu durumu ifade etmektedir⁶⁹⁰. Elde edilen delillere göre yapılacak olan yargılamanın sonucunda şüpheli ya da sanığın mahkûm olacağının kuvvetle muhtemel olması şeklinde tanımlanabilmektedir⁶⁹¹. Kuvvetli şüphe suça ilişkin olarak kesinlik göstermese bile günlük hayat deneyimlerine ve elde edilen delillere göre o olayın kesin gibi gerçekleşmiş olduğunu veya buna ilişkin bir kanaat oluşturduğunu göstermektedir⁶⁹².

Bu tedbir uygulanabilirlik açısından kişi bakımından herhangi bir sınırlama getirmemektedir. Bu bakımdan herkese uygulanabilir⁶⁹³. Yasa koyucu CMK m. 134’teki konuya ilişkin düzenlemede “*şüphelinin kullandığı*” ibaresine yer verdiği için bu tedbir şüpheli olan her kişi bakımından uygulama alanı bulabilir. Tedbir uygulanacak olan bilgisayarların şüpheliye ait olması zorunluluğu bulunmayıp,

⁶⁸⁷ ÖZEN, ÖZCAK, s. 62.

⁶⁸⁸ DÜLGER, s. 584.

⁶⁸⁹ YAYLA, s. 126.

⁶⁹⁰ YAYLA, s. 126.

⁶⁹¹ C. ŞAHİN, s. 274.

⁶⁹² YAYLA, s. 126.

⁶⁹³ PARLAR, ÖZTÜRK, s. 194; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, “*Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*” s. 264.

üçüncü kişiye de ait olabilir. CMK’de bu konu hakkında bir sınırlama bulunmamaktadır. Önemli olan husus şüphelinin kullandığı bilgisayar olmasıdır⁶⁹⁴.

Kanun koyucu, CMK m. 134 kapsamında düzenlenen tedbirler açısından ilk olarak arama ve kopyalama tedbirinin uygulanabileceğini hüküm altına almış, ancak belirli şartların halinde bu aygıtlara elkonulabileceğini öngörmüştür⁶⁹⁵. Bu şartlar CMK m. 134/2’de düzenlenmiştir.

CMK m. 134/1 uyarınca “*şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılması, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılması, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesi*” hükmü kural olandır. Şüphelinin kullandığı bilgisayarlarda arama kopyalama işlemi aracın ya da sistemin olduğu yerde yapılması gerekir. Ayrıca arama işlemini gerçekleştiren kolluk görevlilerinin hakkında arama yapılan aracın ya da sistemin aslını almamaları gerekmektedir⁶⁹⁶. Bu düzenlemenin istisnası ise CMK m. 134/2’de düzenlenmiştir⁶⁹⁷. Yani asıl olan bilgisayarlara ve kütüklere elkonulmadan bilgisayarlarda arama yapılması ve gerek görülen verilere elkonulmasıdır⁶⁹⁸. Bu bakımdan tedbirde uygulama bakımından dikkat edilmesi gereken hususlardan biri bilgisayar veya kütüklerine kural olarak elkoyma işlemi yapılarak bulunduğu yerden götürülmesinin mümkün olmamasıdır⁶⁹⁹. CMK m. 134/2 bir istisna olarak düzenlenmesine rağmen, bir kural olarak uygulanmaktadır⁷⁰⁰. Bilgisayara elkonulması durumu ancak bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması ya da işlemin uzun sürecektir olması şartıyla mümkün olur⁷⁰¹. Şifre çözümü yapılması ve gerekli olan kopyaların elde edilmesi durumunda, elkonulan cihazlar derhal kişiye geri teslim edilir. Bu düzenleme ölçülülük ilkesinin bir yansımasıdır⁷⁰². Elkonulan

⁶⁹⁴ C. ŞAHİN, s. 277.

⁶⁹⁵ ÖZEN, ÖZCAK, s. 63; BAŞLAR, s. 91; AKTAŞ, s. 228.

⁶⁹⁶ DÜLGER, s. 586.

⁶⁹⁷ Rezan EPÖZDEMİR, “Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma Tedbirleri”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, 2018, Sa. 142, s. 94.

⁶⁹⁸ KIZILKAYA, s. 529.

⁶⁹⁹ CENTEL, ZAFER, “Ceza Muhakemesi Hukuk El Kitabı”, s. 373.

⁷⁰⁰ DÜLGER, s. 586.

⁷⁰¹ Olgun DEĞİRMENCİ, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbirinde (CMK m. 134), 7145 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, 2018, Sa. 147, s. 152; ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 194; CENTEL, ZAFER, “Ceza Muhakemesi Hukuk El Kitabı”, s. 373.

⁷⁰² ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 194.

cihazların derhal geri verilmesi şüphesiz bu işleme maruz kalan kişinin haklarını güvence altına alan bir düzenlemedir⁷⁰³. Ancak bazen bazı suçlar açısından cihazlardan kopya alındıktan sonra cihazların geri verilmesi sakıncalı olabilecek ve bu durum bazı ciddi sorunlar doğurmasına sebep olabilecektir. Cihazın içindeki suç unsuru olabilecek nitelikteki unsurlar, cihaz geri verildiği takdirde o suç işlenmeye devam edebilecektir. Örneğin TCK m. 245 kapsamında açılan bir soruşturmada uygulanan elkoyma tedbirinde mağdurun mağdurun kart bilgilerinin yer aldığı cihazın iade edilmesi gibi⁷⁰⁴. Bu duruma ilişkin bir düzenlemenin olmaması doktrinde eleştirilmiştir⁷⁰⁵.

CMK m. 134/2 bir istisna olarak düzenlenmesine rağmen, bir kural olarak uygulanmaktadır. Kolluk güçleri tarafından bilişim sistemlerinde yapılan aramalarda çoğunlukla CMK m. 134/2 hükmü işletilmekte ve arama işlemi sırasında arama mahalinde bulunan diğer kolluk görevlileriyle birlikte arama yapılacak olan bilişim sisteminde şifre olduğunu belirten bir tutanak düzenlenmekte ve böylelikle yasaya uygun olarak davrandıklarını düşünerek görevlerini yerine getirmektedirler⁷⁰⁶. Bu durumun gerekçesi olarak da teknik personel eksikliğini, aygıtın bulunduğu yerde arama ve kopyalama işlemi yapılırsa zamanlarının yetersiz olduğunu öne sürmektedirler⁷⁰⁷. İçinde büyük ölçüde hakikat bulunduran bu bahane yasa maddesini değiştirme hakkını vermeyeceği gibi bu şekilde elde edilecek olan delili de hukuka uygun hale getirmeyecektir⁷⁰⁸. Düzenlenen tutanaklarda ise şifrenin veya gizli datanın ne türde olduğuna ve bunların bu iş konusunda uzman olan bilişim polisi tarafından niçin etkisiz hale getirilemediğine ilişkin kayıtlar yer almamaktadır. Dolayısıyla bu şekilde düzenlene tutanakların aslında gerçekte bir ilgisi ve denetlenebilirliği olmadığı gibi hukuken de bir değeri olmayacak ve hukuka aykırılık teşkil edecektir⁷⁰⁹.

Uygulamada CMK m. 134/2’de istisna olarak düzenlenen elkoyma tedbirinin kural olarak işletilmesi ile birlikte kolluk görevlileri yedekleme işlemini de kendi çalıştığı yerlerde yapmakta ve yedekleme yapılması için gereken veri depolama araçlarını şüpheliden talep etmektedirler⁷¹⁰. Bu şekildeki uygulamalar hukuka uygun değildir.

⁷⁰³ ÖZEN, ÖZCAK, s. 70.

⁷⁰⁴ ÖZEN, ÖZCAK, s. 70; ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 194.

⁷⁰⁵ ÖZEN, ÖZCAK, s. 70.

⁷⁰⁶ DÜLGER, s. 587.

⁷⁰⁷ YAŞAR, DURSUN, s. 26; EPÖZDEMİR, “Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma Tedbirleri”, s. 94; DÜLGER, s. 587; ÜNVER, HAKERİ, s.942.

⁷⁰⁸ EPÖZDEMİR, “Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma Tedbirleri”, s. 94; DÜLGER, s. 587.

⁷⁰⁹ DÜLGER, s. 587.

⁷¹⁰ DÜLGER, s. 587.

Çünkü yedekleme işleminin yapılması güvenilirlik, tarafsızlık ve adil yargılanma hakkı açısından büyük önem arz etmektedir. Elde edilen bulguların delil değeri taşıyabilmesi için elde edilen dijital verilerin kanunda belirtilen sınırlar çerçevesinde teknik şartlara uyularak toplanması ve adli makamlara noksansız, bozulmamış bir şekilde takdim edilmesi gerekir⁷¹¹. Bu bakımdan tedbir uygulanacak olan sistem üzerindeki disk için önce yedekleme yapılması teknik anlamda “*imajının alınması*” ve bu işlem sonucunda da “*hash değerinin*” alınması yani mühürleme işleminin yapılması, bu işlemlerin de aramanın yapıldığı mahalde icra edilmesi gerekir. Uygulamada tedbir uygulanacak bilişim sisteminin imaj ve hash değeri alma işlemleri kolluğun bulunduğu merkezlere götürülerek yapılmaktadır. Bu şekilde elde edilen deliller hukuka aykırı olup, hükme esas alınmaz⁷¹². Bu işlemlerin şüpheli ya da müdafî yanında yapılmaması durumunda imaj alınmasından önce veri yerleştirildiği kuşkusunu ve iddiası söz konusu olabilecektir⁷¹³. Bu durum muhakemenin tarafsızlığını, güvenilirliğini ve adil yargılanmayı etkileyebilecek niteliktedir.

“*Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma*” tedbirinin uygulanması için uyulması gereken sistem CMK m. 134/2, m. 134/3, m. 134/4 ve m. 134/5’te belirtilmiştir. Bu düzenlemelere uyulmadan gerçekleştirilen tedbir bakımından bu cihazlardan elde edilen deliller hukuka aykırılık teşkil edecek ve ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamayacaktır⁷¹⁴.

CMK m. 134/3 uyarınca “*bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır.*” Kanun koyucu böyle bir düzenleme yaparak; bilgisayar programlarında ya da bilgisayar kütüklerinde herhangi bir değişiklik yapıldığı iddiasının önüne geçmeyi amaçlamıştır⁷¹⁵.

CMK m. 134/4’e göre yedeklemenin sonunda yedeklenen verilerden bir kopyası şüpheli ya da şüphelinin vekiline verilip, bu durum tutanağa geçirilerek imza altına alınır. Maddenin ilk hali yedeklenen verilerin kopyasının şüpheli ya da vekilinin istemesi durumunda verileceğini düzenlemekteydi. Ancak 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunun 11 inci maddesiyle yapılan değişiklik ile CMK m. 134’ün dördüncü

⁷¹¹ ÜNVER, HAKERİ, s. 942.

⁷¹² DÜLGER, s. 588; Yar. 16. CD, 2015/2056 E. 2017/5023 K. 21/09/2017 T. sayılı kararı. < <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 03/06/2021).

⁷¹³ DÜLGER, s. 588.

⁷¹⁴ ÖZEN, ÖZÖK, s. 65.

⁷¹⁵ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 195.

fikrasında yer alan “istemese halinde” ibaresi çıkarılıp yerine “üçüncü fıkra göre alınan” ibaresi getirilerek değişiklik yapılmıştır. Böylece yedeklenen verilerin bir kopyasının şüpheli ya da vekiline verilmesi zorunlu bir durum olmuştur⁷¹⁶.

Maddenin 5. fıkrasında “Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoymaksızın da, sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir. Kopyası alınan veriler kâğıda yazdırılarak, bu husus tutanağa kaydedilir ve ilgililer tarafından imza altına alınır.” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki bilgisayardaki veriler oldukça fazla sayfaya sığabilecek nitelikte olduğu hususu dikkate alındığında bu fıkranın uygulanması oldukça zor olacaktır⁷¹⁷.

CMK m. 134 kapsamında düzenlenen tedbirler teknik bir inceleme konusu içerdiğinden adli bilişim uzmanlığını gerektirmektedir⁷¹⁸. Bu bakımdan tedbiri uygulayacak olan kişilerin alanında uzman kişi olmasında fayda vardır.

Bu tedbir uygulanırken özel bir titizlik gösterilmesi gerekmektedir. Gösterilecek olan bu titizlik sadece maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla, delil elde etmek ve bunları korumak için değil aynı zamanda işlemin muhatabı olan kişilerin temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından da önemlidir⁷¹⁹.

CMK m. 134 kapsamında uygulanan tedbirlerde imaj ve hash değerinin alınması son derece önemli olmasına rağmen CMK ya da AÖAY’de bu terimlere yer verilmemiştir. Bu terimlerin yerine “kopyalama” ve “yedek alma” terimleri kullanılmıştır. Yedek alma ve kopyalama işlemleri, imaj ve hash değerinin alınması işlemlerinden çok farklıdır. Yedekleme ve kopyalama işleminde boş sektörlerden kopya alınamaz ve bu durum veri bütünlüğüne ve güvenliğine zarar verir⁷²⁰. Uygulamada görevli kişiler görevlerini düzgün bir şekilde icra etmek amacıyla imaj ve hash değeri almaktadırlar. Ancak bu işlemi yapmazlarsa bu işlemi niçin yapmadıklarını sorgulamaya yönelik bir yasal dayanak bulunmamaktadır. Bu sebeple bu eksiklik bir an önce başta CMK olmak üzere AÖAY’de de düzenlenmesi gerekir.

⁷¹⁶ ÖZEN, ÖZÖK, s. 63; C. ŞAHİN, s. 277; DÜLGER, s. 545.

⁷¹⁷ ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ, “Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler”, s. 266.

⁷¹⁸ Gökhan Yaşar DURAN, “Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (CMK) Bilgisayarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, C. 14, Sa. 173- 174, s. 176.

⁷¹⁹ AKTAŞ, s. 215.

⁷²⁰ DÜLGER, s. 589.

Kolluk görevlileri tarafından merkeze götürülen araçlar hakkında yapılacak olan inceleme işlemlerinde duruma göre şüpheli ve/veya müdafî çağrılmakta ve özel bir alana alınmaktadır. Buralarda bulunan kameralar ile işlem yapılırken ilgili kişiye ya da müdafisine izletilmektedir. Bu şekilde inceleme yapılırken elde edilen veriler ile oynandığı ve hukuka aykırı delil elde edildiğine yönelik iddialardan da kurtulmaya çalışmaktadırlar. Bu uygulama görevliler tarafından oluşturulan bir yöntemdir. Dolayısıyla bu veya benzeri hatta belki de daha gelişmiş bir düzenleme getirilerek yasal bir dayanak oluşturulmalıdır. Aksi durumda hukuka uygun olmayan bir şekilde delil elde edilmeye devam edilir ve bu durum yargının güvenilirliği ile adil yargılanma hakkına zarar verir⁷²¹.

Teknolojinin gelişimi bilgisayar özelliğine sahip cep telefonlarının üretilmesine ve bu telefonlarının kullanımının artmasına sebep olmuştur. Bu tür özelliğe sahip olan cep telefonlarının CMK m. 134'te düzenlenen tedbirlere tabi tutulup tutulmayacağı konusunda uygulamada sorunlar yaşanmaktadır. Bu telefonlar artık bir bilgisayarın yapabildiği her şeyi yapabilmektedir. Uygulamada bu tür telefonların aranması ve elkonulması bakımından genel arama elkoyma hükümleri uygulanmaktadır⁷²². Kolluk amirinin yazılı emriyle de bu tür cep telefonlarına elkonulabilmekte ve elkoyma işlemi yapıldığı sırada yedekleme kopyalama yapılmamaktadır⁷²³. Bu şekilde elkonulan cep telefonları özellikle kişilerin özel bilgilerini de içerdiğinden kişisel verilerin korunmasına, özel hayatın gizliliğine, haberleşme özgürlüğüne de zarar vermektedir. Bir görüş; bu özelliğe sahip olan cep telefonlarında içeriğinde birçok elektronik veri barındırdığından bu tür telefonlarda arama ve elkoyma tedbirinin uygulanması için başkaca ek bir hükme ihtiyaç olmaksızın CMK m. 134 uygulanması gerektiğini belirtmektedir⁷²⁴. Bunun yanı sıra benzer bir görüş olmakla birlikte içinde farklılık da barındıran başka görüş; eğer cep telefonunda yapılacak olan arama ve elkoyma işlemi o cihazın telefon özelliğinden kaynaklanıyorsa örneğin mesajlaşma ya da konuşma içeriklerine bakılacaksa bu durumda CMK m. 119 uygulanmalı, ancak bu cihazda yapılacak olan arama ve elkoyma işlemi cihazın bilgisayar niteliğine haiz olmasından kaynaklanıyorsa örneğin e mail kayıtları, trafik kayıtlarında inceleme yapılacaksa bu

⁷²¹ DÜLGER, s. 590.

⁷²² BAŞLAR, s. 86.

⁷²³ ÖZEN, ÖZOCAK, s. 69.

⁷²⁴ BAŞLAR, s. 87.

durumda özel olarak düzenlenen ve özel arama şekli olan CMK m. 134 uygulanması gerektiği yönündedir⁷²⁵.

Kanımızca; artık hayatın her alanına dâhil olan bilgisayarlar gibi, akıllı telefonlar olarak addedilen cep telefonları hakkında yapılacak olan arama elkoyma işlemlerinde, bu telefonlar içinde özel ve kişisel bilgiler de barındırabileceğinden CMK genel hükümlere başvurulmasından daha sıkı koşullara tabi olan CMK m. 134'ün uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz.

F. ZORLAMA AMAÇLI ELKOYMA

CMK m. 247/1'e göre “ *hakkındaki soruşturmanın veya kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denir.*”

CMK m. 248 'de düzenlen bu elkoyma türü bir özel elkoyma şeklidir⁷²⁶. Bu elkoyma türüne; bir kişinin kendisi hakkında yürütülen soruşturma ya da kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak için yurt içinde saklanması ya da yurt dışında bulunması durumunda ve Cumhuriyet savcılığınca ya da mahkemeye ulaşılamayan kişilerin ekonomik olarak sıkıntıya uğratarak muhakemeye katılımlarını sağlamak için başvurulur⁷²⁷.

CMK m. 248/1 uyarınca “*kaçığın Cumhuriyet savcısına başvurmasını veya duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla Türkiye'de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına amaçla orantılı olarak Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi veya mahkeme kararıyla elkonulabilir ve gerektiğinde idaresi için kayyım atanır. Elkoyma ve kayyım atama kararı müdafîine bildirilir.*” Kaçağın Cumhuriyet savcılığına başvurması ya da mahkemeye gelmesi amaçlanan bu koruma tedbirinde kaçağın Türkiye'de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına istenilen amaçla ölçülü olacak şekilde Cumhuriyet savcısının talebi doğrultusunda sulh ceza hâkimi ya da

⁷²⁵ ÖZEN, ÖZCAK, s. 69- 70.

⁷²⁶ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 197.

⁷²⁷ ŞEN, ERYILDIZ, s. 241.

mahkemenin bu yönde verdiği kararlar elkonulabilir, gerek görülürse bu malların idaresi için kayyım atanabilir⁷²⁸.

Ceza yargılamasında yargılamanın etkin bir şekilde yapılabilmesi için sanığın duruşmada hazır bulunması gerekmektedir. Bu durum özellikle sanığın sorgusu yapılması bakımından önem taşır. Çünkü kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilir olsa da daha önce sorgusu yapılmayan sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilemez⁷²⁹. Bu bakımdan maddedeki düzenleme, savunma hakkının kullanılması açısından da bir güvence oluşturur.

Maddenin ilk düzenlemesi sadece kovuşturma aşamasında kaçak olan kişilerin yargılamaya katılımını sağlamak iken, 24/11/2016 tarihli 6763 sayılı Kanun ile daha sonra da 2/1/2017 tarihli 680 KHK ile değiştirilen bu madde soruşturma evresinde de uygulanabilir hale getirmiştir. Bu düzenleme ile kaçak olan şüphelinin soruşturma evresinde de işlemlere katılmasını sağlamak amaçlanmıştır.

Bu tedbirin uygulanmasına karar vermeye yetkili merci soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde ise davaya bakan mahkemedir. Bu düzenlemenin yanı sıra şartları gerçekleşmiş dahi olsa sulh ceza hâkiminin ya da mahkemenin elkoyma kararı verme zorunluluğu yoktur. Çünkü “elkonulabilir” ibaresine yer verilmesi bu durumun hâkimin takdir yetkisinde olduğunu göstermektedir⁷³⁰.

Kanun koyucu CMK m. 248/6’da “Sulh ceza hâkimi veya mahkeme elkoymaya karar verdiğinde, kaçağın yasal olarak bakmakla yükümlü bulunduğu yakınlarının alınan tedbirler nedeniyle yoksulluğa düşebileceklerini saptarsa, bunların geçimlerini sağlamak üzere, elkonulan mal varlığından sosyal durumları ile orantılı miktarda yardımda bulunulması konusunda kayyıma izin verir.” şeklinde düzenleme yapılarak kaçağın yasal olarak bakmakla yükümlü olduğu kişilerin yoksulluğa düşebilme ihtimaline karşın bir düzenleme getirilmiştir. Düzenlemede kaçağın yasal olarak bakmakla yükümlü olduğu bu kişilerin geçimlerinin sağlanması amacıyla, elkonulan malvarlığından sosyal durumları ile orantılı ölçüde yardımda bulunulması için kayyıma izin verilir⁷³¹.

⁷²⁸ BAYTEMİR KONTACI, KILIÇ, KILIÇPARLAR, PANCAROĞLU, s. 152; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 810; ÜNVER, HAKERİ, s. 927.

⁷²⁹ BAYTEMİR KONTACI, KILIÇ, KILIÇPARLAR, PANCAROĞLU, s. 152.

⁷³⁰ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 198.

⁷³¹ BAYTEMİR KONTACI, KILIÇ, KILIÇPARLAR, PANCAROĞLU, s. 153.

Kaçığın malları ve malvarlığının yönetilmesi için gerekli durumun varlığında kayyım atanabileceği belirtilmiş, bu durumun kaçığın müdafisine bildirileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemede özellikle savunma hakkının kullanılmasının sağlanması amaçlanmıştır.

CMK m. 248 her suç tipi bakımından uygulanmaz⁷³². Ancak kanunda sayılan belirli suçlar bakımından uygulanır⁷³³. Kaçaklara ilişkin elkoyma türü ancak sayılan suçların işlendiğine dair şüphe olması durumunda ve kaçak kişinin Türkiye’de bulunan mallarına yönelik yapılabilir. Bu elkoyma türü ancak hâkim veya mahkeme kararı ile mümkündür. Bu elkoyma türü ağır sonuçlar doğurabilecek nitelikte bir tedbir olduğu için yasa koyucu her suç bakımından uygulanmasını istemeyip, suç listesi hazırlamıştır⁷³⁴. Soruşturma evresinde henüz iddiaya konu olan suçun tam olarak nitelendirilmediği için ve deliller tam olarak elde edilemediğinden bu tedbirin uygulanmasında dikkatli davranılarak hareket edilmelidir. Şüpheli kişi açısından eldeki mevcut delillerin hangi suçı işaret ettiğinin gerekçelendirilerek açıklanması gerekmektedir. Sırf tedbiri uygulamak amacıyla sayılan suçlardan birinin işlendiğine

⁷³² ÜNVER, HAKERİ, s. 927.

⁷³³ “a) Türk Ceza Kanununda tanımlanan;

1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (madde 76, 77, 78),
2. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),
3. Hırsızlık (madde 141, 142),
4. Yağma (madde 148, 149),
5. Güveni kötüye kullanma (madde 155),
6. Dolandırıcılık (madde 157, 158),
7. Hileli iflas (madde 161),
8. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
9. Parada sahtecilik (madde 197),
10. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220),
11. Zimmet (madde 247),
12. İrtikâp (madde 250),
13. Rüşvet (madde 252),
14. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),
15. Edimin ifasına fesat karıştırma (madde 236),
16. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308),
17. (Ek: 24/11/2016-6763/33 md.) Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313),
18. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315),
19. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337), Suçları,
- b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları,
- c) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,
- d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar, e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar, Hakkında uygulanır.”.

⁷³⁴ ORHAN, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, s. 123; SIRMA, s. 651.

yönelik soyut gerekçe gösterilmesi uygun değildir⁷³⁵. Aynı şekilde kovuşturma aşamasında da gerekli özenin gösterilmesi gerekir.

CMK m. 248/3 uyarınca “*Elkonulan mal, hak ve alacakların korunmasında, elkoymaya ilişkin hükümler uygulanır. Tedbirlere ilişkin kararların özetinin bir gazetede ilânına sulh ceza hâkimince veya mahkemece karar verilebilir.*” Bu düzenleme, tedbirin tam olarak uygulanması için ilgili merci ya da makamların öğrenmesi bakımından son derece önemlidir. Bu ilan zorunlu olmamakla birlikte usul ekonomisi gözetilerek ölçü ve dengenin sağlanması açısından önem taşır.

CMK m. 248/4’e göre “*Kaçak yakalandığında veya kendiliğinden gelerek teslim olduğunda elkoymanın kaldırılmasına karar verilir.*” Çünkü artık tedbirin uygulanmasında ulaşılmak istenen amaç gerçekleşmiş olacaktır. Amaç gerçekleştiği için tedbirin gecikmeksizin kaldırılması gerekmektedir. “*Karar verilir*” ifadesi bu durumda tedbirin kaldırılmasının zorunlu olduğunu, hâkimin ya da mahkemenin takdir yetkisinin olmadığını göstermektedir⁷³⁶.

CMK m. 248/8’de kaçak kişilere yönelik verilen elkoyma kararına karşı itiraz hakkının mümkün olduğu düzenlenmiştir.

G. ELKOYMA TEDBİRİNİN AVUKATLAR HAKKINDA UYGULANMASI

Avukatların bürolarında ve postasında elkoymaya ilişkin düzenlemeler, CMK m. 130’da ve AÖAY m. 13’te düzenlenmiştir. Ancak bu maddelerdeki düzenlemeler avukatların bürolarında yapılacak olan aramalar ile aynı madde başlığı altında düzenlendiğinden çoğunlukla arama tedbiri ile iç içe geçmiş durumdadır. CMK m. 130’da ve AÖAY m. 13’te düzenlenen avukatların bürolarında ve postasında elkoyma tedbirinde avukat-müvekkil ilişkisi çerçevesindeki bilgi ve belgelerin açığa çıkmasının korunması amaçlanmıştır. CMK m.130’un gerekçesinde “*Madde, avukat bürolarında arama, elkoyma ve avukatlarla ilişkili postada yapılacak belge ve varakalara elkoyma ile ilgili ve suç nedeniyle yapılacak işlemleri ayrı ve genel hükümlere göre farklı usullere ve özel hükümlere bağlamış bulunmaktadır. Böylece ayrı ve istisnâî usuller getirilmesinin temel nedeni, savunma hakkını sağlam tutmaktır: Avukat ile*

⁷³⁵ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 200.

⁷³⁶ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 200.

müvekkilleri arasındaki ilişkilerin tam bir gizlilik içerisinde yürütülmesi, savunma hakkını sağlam tutmanın ve avukatın meslekî sırlarının korunmasının temel koşuludur. İşte bu nedenle özel hükümler meydana getirilmiştir.” şeklinde ifade edildiği üzere kanun koyucu, burada özellikle avukatların temsil ettikleri kişilerin haklarını korunmayı gözetmiştir.

CMK ve AÖAY'deki düzenlemeler sadece avukatların görevi sırasında ya da görevi nedeniyle işlemiş olduğu iddia edilen suçlar bakımından uygulanmayıp aynı zamanda avukatların işlemiş olduğu iddia edilen kişisel suçlarında da uygulanmaktadır. Ayrıca sadece müdafî olan avukatlar hakkında değil aynı zamanda savunma görevi dışındaki başkaca görevleri üstlenen avukatlar bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. Bu nedenle CMK 130. ve AÖAY 13. maddeleri avukatların sadece görevleri sırasında değil sadece avukat oldukları için bu düzenlemelerden faydalanmalarına olanak sağlamaktadır.

1. Avukatların Bürolarında Elkoyma

CMK m. 130/2'ye göre; avukatların bürosunun aranması sırasında avukatın müvekkili ile arasındaki mesleki ilişkiden kaynaklanan bir belge veya bir şeye el konulması söz konusuysa, hakkında arama yapılan avukat, baro başkanı ya da baro başkanını temsil eden avukat bu durumu öne sürerek karşı koyabilir. Bu hususun ileri sürülmesinde, işlem tanığı olarak bulunan avukatın önem arz ettiği söylenebilir. Bu şekilde ileri sürülen şey ayrı bir zarfa konulup mühürlenir ve kararı vermek üzere soruşturma evresinde sulh ceza hâkimliğine kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeye sunulur. Bu kararların yirmidört saat içinde verilmesi gerekir. Kararı verecek olan hâkim ya da mahkeme elkonulan şeyin avukat ile müvekkil arasındaki iş ilişkisi dâhilinde olan bir şey olduğu anlaşılırsa elkonulan şey gecikmeksizin avukata geri verilir ve bu işlem ile ilgili olan tutanaklar yok edilir⁷³⁷.

Avukatların ofisinde elkoymaya ilişkin başka düzenleme AÖAY m. 13'te karşımıza çıkmaktadır. AÖAY m.13/3 CMK m. 130/2'a paralel olarak düzenlenmiştir. Eşyalarına elkonulmasına karar verilen avukat veya müdafî ya da baro başkanı veya temsilci avukat elkonulmasına karar verilen şeyin mesleki ilişkiden kaynaklı olduğunu düşünüyorlarsa, CMK m.130'daki düzenleme gibi bu durumu ileri sürülebilirler. Bu

⁷³⁷ ÖRS, s. 136; ŞEN, ERYILDIZ, s. 111; CENTEL, ZAFER, “Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı”, s. 352.

şekilde ileri sürülen şey, ayrı bir zarfa konularak mühürlenir. Bu konuda karar vermeye yetkili olan merciler; soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimliği, kovuşturma aşamasında ise hâkim ya da mahkemedir. Bu kararın yirmi dört saat içinde verilmesi gerekir. Eğer elkonulan şey avukat-müvekkil ilişkisinden kaynaklı olduğu anlaşılırsa elkonulan şey gecikmeksizin avukata iade edilerek bu konudaki tutanaklar yok edilir.

Avukatın ofisinde ya da ofis olarak kullandığı bilgisayarlar hakkında arama ve elkoyma işleminin hangi usule uyularak yapılması gerektiğine yönelik mevcut yasalarda bir düzenleme bulunmamaktadır.

Öğretideki bir görüş; CMK m. 130'da avukatların bilgisayarları hakkında yapılacak olan arama ve elkoymaya ilişkin bir düzenleme bulunmadığından CMK m. 134 hükmü avukatlar hakkında da aynı koşullar çerçevesinde uygulanabileceğini ifade etmiştir⁷³⁸.

Bir görüşte; avukat bürolarında bulunan bilgisayar ve diğer araçlara yönelik yapılacak olan arama, kopyalama ve elkoyma işlemlerinde CMK m. 130'un uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Bu görüşe göre; avukatın ofisinde bulunan bilgisayar ve diğer araçlar hakkında arama işleminin icra edilmesi için mahkeme kararının bulunması, aramanın kararda belirtilen olayla ilgili yapılması, arama sırasında baro başkanı ya da baro temsilcisinin hazır bulunması ve aramanın Cumhuriyet savcısının denetiminde yapılması gerekir. Avukatın müvekkili ile arasındaki mesleki ilişkiden kaynaklanan verilerin kopyalanması söz konusu olursa CMK m. 130/2 deki hükmün işletilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁷³⁹.

Başka bir görüş ise; avukatların ofisinde CMK m. 134'te düzenlenen tedbirlerin uygulanabilmesi için öncelikle şüphelinin kullanmış olduğu bilgisayar aranıp bulunması gerekeceği için bu arama CMK m. 130'daki prosedüre uygun olarak yapılacak olup, bu cihaz bulunduktan sonra ise CMK m. 134'teki hükümlerin uygulanması gerektiği yönündedir⁷⁴⁰.

Kanımızca avukatın ofisinde ya da ofisi olarak kullandığı konutunda kullanmış olduğu bilgisayarlar hakkında yapılacak olan arama, kopyalama, elkoyma işlemleri

⁷³⁸ İhsan BAŞTÜRK, “Bilgisayar Sistemleri ile Verilerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, 2010, Sa. 9, s.28.

⁷³⁹ YAŞAR, DURSUN, s. 24-25.

⁷⁴⁰ DURAN, s. 195.

için CMK m. 134 hükmü gereğince verilen karar veya emirler tek başına uygulama alanı bulmamalıdır. Bununla beraber CMK m. 130 hükümleri de uygulanmalıdır.

Belirtmek gerekir ki; avukat büroları kolluk görevlileri tarafından aranır. Arama ve elkoyma işlemlerinde Cumhuriyet savcısı ve baro tarafından görevlendirilen avukat arama ve elkoyma işlemini gerçekleştiremez. Bununla birlikte kolluk görevlilerinin arama sırasında ele geçirdiği belgeleri ve eşyaları inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Avukatın bürosunun aranması sırasında müdafisinin veya avukatının bulunmasına da engel olunamaz.

2. Avukatların Postasında Elkoyma

Avukatlar hakkında postada elkoyma CMK m. 130/3'te düzenlenmiştir. CMK m. 130/3 sadece avukatın görevinden kaynaklı ya da görevini icra ederken işlediği iddia edilen suçlar bakımından uygulama alanı bulmaz, aynı zamanda avukatın işlemiş olduğu iddia edilen suçlar bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. Ayrıca CMK m. 130/3 sadece savunma süjelerinden müdafiyeye ilişkin olarak düzenlenen bir hüküm olmayıp, genel olarak tüm avukatları kapsayacak şekilde görev suçu ya da adi suç ayrımı yapmaksızın tüm avukatların postalarına elkonulması ile ilgili bir düzenlemedir⁷⁴¹. Bu bağlamda CMK m. 130 sadece müdafî ile sanık arasındaki sırrı koruma altına almamış, avukatların mesleki ilişkilerinin bütününe koruma altına almıştır⁷⁴².

Avukatın postasında elkoyma ile ilgili olarak; bürosunda arama işlemi yapılan avukat veya aramada hazır bulunan görevli avukat elkonulmak istenilen şeyin müvekkili ile mesleki ilişkisinden kaynaklı olduğunu ileri sürerek işleme karşı koymaları durumunda, CMK m. 130/2'de belirtilen prosedür uygulanır⁷⁴³. Ancak altını çizmek isteriz ki; bu karşı koymanın nedeni avukat ile müvekkil arasındaki ilişkiye dayanması gerekir. Bu durumda da elkonulmasına karşı konulan şey ayrı bir zarfa konularak mühürlenir ve CMK m. 130/2'de belirtilen soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimi, kovuşturma aşamasında hâkim ya da mahkemeden bu konu ile ilgili karar vermesi istenir. Yetkili merciin yirmi dört saat içinde karar vermesi

⁷⁴¹ KOCAOĞLU, "Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı", s. 61

⁷⁴² PARLAR, ÖZTÜRK, s. 174.

⁷⁴³ PARLAR, ÖZTÜRK, s. 176.

gerekmektedir. Elkonulan şeyin arama işlemi yapılan avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiden kaynaklı ise bu elkonulan şey derhal avukata geri verilir⁷⁴⁴.

Bir görüş; avukatın postasında elkoyma konusunda CMK m. 130'da her ne kadar "*bürosunda arama yapılan avukat*" ibaresi kullanılmış olsa da, bürosunda arama yapılmayan ancak postasında elkoyma tedbiri uygulanan avukat bakımından CMK m.130'un bir koruması olmasa bile, genel hükümlerdeki düzenlemeler avukatları da koruduğu için bir hak kaybı olmayacağını ifade etmiştir⁷⁴⁵.

Postada elkoyma işlemine karşı çıkılabilmesi için bu durumdan ilgili kişilerin haberdar olması gerekmektedir. Bu sebeple avukatların postalarına elkonulması işlemi CMK m. 129/4'te belirtilen "*soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar vermek olasılığı*"na bakılmaksızın avukata bildirilmesi gerekmektedir⁷⁴⁶.

AÖAY m. 13/4'te de avukatların postasında elkoymaya ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Madde hükmü de CMK m.130/3'e paralel bir düzenlemedir. Aynı CMK m. 130/3'teki prosedür uygulanır.

IV. ELKOYMA KORUMA TEDBİRİNİN DENETİMİ

Elkoyma koruma tedbirinde hâkim kararı ya da hâkimin onaylaması gereken emirlere yönelik verdiği kararlara karşı kanun yollarına başvurulması mümkündür⁷⁴⁷.

Elkoyma kararına karşı olağan kanun yollarından biri olan itiraz yoluna başvurulabilir. Ayrıca hüküm ile birlikte istinaf ya da temyiz yoluna gidilerek hukuka aykırılıklar belirtilebilir.

İstinaf ya da temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararlara karşı karar ya da verilen hükmün hukuka uygun olmadığını öğrenen Adalet Bakanı, hükmün

⁷⁴⁴ KOCAOĞLU, "Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı", s. 61

⁷⁴⁵ Nurullah KUNTER, Feridun YESNİSEY, Ayşe NUHOĞLU, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku. (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2008) s. 1044- 1045, Akt. KOCAOĞLU, s. 61.

⁷⁴⁶ TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 254.

⁷⁴⁷ ORHAN, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma", s. 164.

bozulması istemi sebeplerini de belirterek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na yazılı olarak bildirerek kanun yararına bozma yoluna başvurulabilir⁷⁴⁸.

Elkoyma işlemi, hem Cumhuriyet savcısının vermiş olduğu elkoyma emrinin hâkim onayına sunulması hem de hâkimin vermiş olduğu elkoyma kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulması ayrıca CMK m. 127/4 hükmü uyarınca “*zilyedliğinde bulunan eşya veya diğer malvarlığı değerlerine elkonulan kimse, hâkimden her zaman bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir.*” şeklindeki düzenleme uyarınca zilyedi olduğu eşyasına elkonulan ya da başkaca malvarlığı değerlerine elkoyulan kişi hâkime başvurarak bu konu hakkında karar verilmesini her zaman isteyerek denetlenmektedir⁷⁴⁹.

CMK'de itiraz yoluna başvurabilecek kişiler açık olarak gösterilmemiştir. Bu bakımdan denetim yoluna başvurabilen kişiler elkoyma tedbiri kararının uygulanmasına ilişkin verilen karara karşı da itiraz edebileceklerdir. Bu açıdan elkoyma tedbirine maruz kalan üçüncü kişiler de elkoyma kararına karşı itiraz yoluna gidebilirler⁷⁵⁰.

İtiraz etme süresi ve usulü CMK m. 268'de düzenlenmiştir⁷⁵¹. Maddeye göre hâkim ya da mahkeme kararlarına karşı yapılacak olan itirazlar kararın öğrenildiği

⁷⁴⁸ SİRMA, s. 656.

⁷⁴⁹ ORHAN, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, s. 164.

⁷⁵⁰ SİRMA, s. 654.

⁷⁵¹ **Madde 268 – (1)** “Hâkim veya mahkeme kararına karşı itiraz, kanunun ayrıca hüküm koymadığı hâllerde 35 inci maddeye göre ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır. Tutanakla tespit edilen beyanı ve imzayı mahkeme başkanı veya hâkim onaylar. 263 üncü madde hükmü saklıdır.

(2) Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir.

(3) İtirazı incelemeye yetkili merciler aşağıda gösterilmiştir:

a) (Değişik: 18/6/2014-6545/74 md.) Sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine aittir.

b) (Değişik: 18/6/2014-6545/74 md.) İtiraz üzerine ilk defa sulh ceza hâkimliği tarafından verilen tutuklama kararlarına itiraz edilmesi durumunda da (a) bendindeki usul uygulanır. Ancak, ilk tutuklama talebini reddeden sulh ceza hâkimliği, tutuklama kararını itiraz mercii olarak inceleyemez.

c) Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi, yargı çevresinde bulundukları ağır ceza mahkemesine ve bu mahkeme ile başkanı tarafından verilen kararlar hakkındaki itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye; son numaralı daire için birinci daireye; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ağır ceza mahkemesine aittir.

günden itibaren yedi gün içinde kararı veren mercie bir dilekçe verilerek ya da tutanağa geçirilerek yapılır.

V. HUKUKA AYKIRI ELKOYMA VE TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Hukuk devleti ilkesi gereğince devlet insanların temel hak ve özgürlüklerini korumalı, hukuk kurallarının düzgün bir şekilde işleyişini ve kurallara uyulmasını sağlamalıdır. Adli organları aracılığı ile yargı erkini elinde bulunduran ve cezalandırma yetkisine de sahip olan devlet; adaleti tesis etmeye çalışırken hukukun evrensel ilkeleri ve hukuk kurallarına uymak zorundadır. Yapılan ceza yargılamasında sırf sanığın suçluluğunu ispat etmek amacıyla hukuka uygun olamayan delilleri kullanmak hukuk devleti ilkesine zarar verir. Hukuk devleti özelliğine sahip olan bir devlet ihlal edilen hukuk kurallarına göz yumamaz ve ihlal sonucu oluşacak olan hukuka aykırılığın hukuka uygunmuş gibi kullanılmasına izin veremez⁷⁵². Şüpheli ya da sanığın henüz suçu işleyip işlemediği konusu belli değilken başvurulacak koruma tedbirleri gerçekten de kişilerin temel hak ve özgürlüklerine ciddi bir şekilde sınırlamalar getiren ceza muhakemesi işlemleridir⁷⁵³. Koruma tedbirlerinin insanın temel hak ve özgürlüklerine zarar verebilecek nitelikte olması, bu tedbirlere başvurulması ve uygulanmasında hukuk devleti ilkeleri, insan haklarına uygun olarak düzenlenmesini gerektirir⁷⁵⁴. Çeşitli ulusal ve tarafı olduğumuz uluslararası mevzuatlarda da düzenleme alanı bulan temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlandırma, ancak yasa ile ve hakkın özüne dokunmadan mümkün olabilir. Bu bağlamda koruma tedbirine başvurulmasında ve uygulanmasında yasanın ve uluslararası düzenlemelerin öngördüğü ölçüde ve ölçülülük esasına göre hareket

d) Naip hâkim kararlarına yapılacak itirazların incelenmesi, mensup oldukları ağır ceza mahkemesi başkanına, istinabe olunan mahkeme kararlarına karşı yukarıdaki bentlerde belirtilen esaslara göre bulundukları yerdeki mahkeme başkanı veya mahkemeye aittir.

e) Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları ile Yargıtay ceza dairelerinin esas mahkeme olarak baktıkları davalarda verdikleri kararlara yapılan itirazlarda; üyenin kararını görevli olduğu dairenin başkanı, daire başkanı ile ceza dairesinin kararını numara itibarıyla izleyen ceza dairesi; son numaralı daire söz konusu ise birinci ceza dairesi inceler. ”.

⁷⁵² ŞEN, ERYILDIZ, s. 288.

⁷⁵³ Serdal BAYTAR, “Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşılanması”, TBBD, 2005, Sa. 61, s. 359.

⁷⁵⁴ BAYTAR, s. 359.

edilmesi gerekmektedir. Çünkü bu durumun aksi hukuka aykırılık teşkil eder ve zarara uğrayan kişi Devletten tazminat isteme hakkına sahip olur. Kanunda öngörülen koşullara uyulmadan gerçekleştirilen ve hukuka aykırı olarak icra edilen koruma tedbirlerine maruz kalan kişilerin uğramış olduğu zararların karşılanması hukuk devleti olmanın bir gereğidir⁷⁵⁵. CMK’de koruma tedbirleri nedeniyle tazminat isteme müessesesi m. 141- m. 144 aralığında düzenlenmiştir.

CMK’de koruma tedbirleri nedeni ile tazminat istenebilecek durumlardan biri de eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen kişilerdir⁷⁵⁶. CMK m. 141/1 j bendinde düzenlenen hükümde elkoyma tedbiri bakımından tazminat isteminin konusunu oluşturan birden fazla fiil sayılmıştır⁷⁵⁷. Bu fiiller; *“eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen”* durumlardır.

Elkoyma koruma tedbirine ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla delil elde etmek, müsadereye tabi olabilecek nitelikte eşya ya da malvarlığı değerinin adliye eli altına alınması suretiyle mahkeme kararının uygulanması için başvurulabilir. Elkoyma koruma tedbirinde amaçlara ulaşmaya çalışırken evrensel hukuk kuralları, ceza muhakemesi hukukunun temel ilkeleri, Anayasaca ve uluslararası metinlerde düzenlenen ve korunan temel hak ve özgürlüklerin gözetilmesi gerekmektedir.

Elkoyma koruma tedbirinde hukuka uygun olmayacak bir şekilde hareket edilmesine karşı temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla bu tedbire başvurulabilmesi ve uygulanması belirli usul ve esaslara bağlanmıştır. Bu tedbirin mevzuatta belirtilen şekilde yerine getirilmesi hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Aykırılığı ise hukuka aykırılığı ortaya çıkaracak ve yapılan yargılamada delil olarak kullanılamayacaktır.

⁷⁵⁵ Nabi ÖZALP, “Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK m. 141- 144)”, TBBD, 2019, Sa. 145, s. 81.

⁷⁵⁶ Rezan EPÖZDEMİR, “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, 2017, Sa. 135, s. 23.

⁷⁵⁷ EPÖZDEMİR, “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat”, s. 23.

Hukuka aykırı bir şekilde icra edilen elkoyma tedbirinde ele geçirilen bulgular hukuka uygun olmadığından delil olarak değerlendirilemez ve hükme esas alınamaz.

Bu durum AY m. 38/6, CMK m. 206/2, CMK m. 217/2’de de düzenlenmiştir⁷⁵⁸.

Yapılan elkoyma işleminin hukuka uygun olmadığı durumunda hem cezai sorumluluk hem de tazminat sorumluluğu doğacaktır⁷⁵⁹.

CMK m. 128/8 uyarınca; elkoyma işlemini gerçekleştiren kişi, CMK m. 128’e göre alınan elkoyma kararının gereğine aykırı davranırsa TCK m. 289’da düzenlenen “*muhafaza görevini kötüye kullanma suçu*”nun hükümleri uygulanır⁷⁶⁰.

Koruma tedbirleri nedeniyle açılacak olan tazminat davasında görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir⁷⁶¹. Yetkili mahkeme ise zarara uğrayan kişinin oturduğu yerdeki ağır ceza mahkemesidir⁷⁶². Kanunda zarara uğrayan kişinin ikametgâhı değil de oturduğu yer olarak düzenleme yapılmasında kanuna aykırı olarak aleyhinde işlem yapılan kişinin kolay ve mümkün olduğunca az masraf ile hakkına ulaşabilmesi amaçlanmıştır⁷⁶³.

CMK m. 142/1 uyarınca zarara uğrayan kişinin tazminat istemi süresi karar veya hükmün kesinleşmesinin kendisine tebliğinden itibaren üç ay ve her halde bir yıldır⁷⁶⁴. Tazminat davası açan kişinin lehine karar verilen bir dava sonucunda, Devlet bu kişiye ödediği tazminatı görevinin gereklerine aykırı hareket ederek görevini kötüye kullanan hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının bir yıl içinde rücu ederek isteyebilir. Tazminat kararlarına karşı da öngörülen bir denetim mekanizması mevcuttur⁷⁶⁵. CMK m. 142/8 uyarınca tazminat kararına karşı tazminat isteminde bulunan, Cumhuriyet savcısı ya

⁷⁵⁸ **AY m. 38/6** “ Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.”.

CMK m. 306/2 “Ortaya konulması istenilen bir delil aşağıda yazılı hâllerde reddolunur:

a) Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse.

b) Delil ile ispat edilmek istenilen olayın karara etkisi yoksa.

c) İstem, sadece davayı uzatmak maksadıyla yapılmışsa.”.

CMK m. 217/2 “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.”.

⁷⁵⁹ **ORHAN**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, s. 164.

⁷⁶⁰ Gökhan **TANERİ**, “Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma Suçları”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, 2020, Sa. 171, s. 2293.

⁷⁶¹ **ÖZALP**, s. 143.

⁷⁶² **EPÖZDEMİR**, “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat”, s.25; **ÖZALP**, s. 143; **BAYTAR**, s. 370.

⁷⁶³ **EPÖZDEMİR**, “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat”, s.25.

⁷⁶⁴ **EPÖZDEMİR**, “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat”, s.25; **ÖZALP**, s. 133; **BAYTAR**, s. 368.

⁷⁶⁵ **SIRMA**, s. 657.

da Hazine temsilcisi istinaf yoluna başvurabilir. İstinaf mahkemesi tarafından yapılacak olan inceleme öncelikle ve ivedilikle yapılır.

VI. AVUKATLARA YÖNELİK UYGULANAN ARAMA VE ELKOYMA TEDBİRLERİNİN HUKUKİ DENETİMİ İLE TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Avukatlara yönelik uygulanan arama ve elkoyma işlemlerinin hukuki niteliği koruma tedbiridir. Koruma tedbirlerindeki özellikler avukatlar hakkında arama ve elkoyma bakımından da geçerlidir. Tüm koruma tedbirlerinde olduğu gibi burada da uygulama alanına göre temel haklara yönelik müdahale söz konusudur. Ancak kanun koyucu avukatlar hakkında bu tedbirlere başvurmasını ve bunların uygulanmasını daha sıkı koşullara bağlamıştır. Bunun sebebi daha önceden de ifade ettiğimiz üzere avukatların sır saklama yükümlülüğünün bulunması ile bağımsızlığının, savunma hakkının bu bağlamda da hak arama özgürlüğünün korunmasıdır.

Kanunda belirtilen şartlara uyulmadan gerçekleştirilen arama ve elkoyma işlemlerinde olduğu gibi, avukatlar hakkında arama ve elkoyma tedbirlerinin hukuka aykırı olarak icra edilmesi durumunda Devletin tazminat yükümlülüğünün bulunması ve bu işlemlerin denetimi mümkündür.

Soruşturma aşamasında avukatlar hakkında arama ve elkoyma tedbirlerinin uygulanmasına sulh ceza hâkimliği tarafından karar verilirse, CMK m. 267 kapsamında sulh ceza hâkimliğince verilen arama ve elkoyma kararlarına itiraz yolu açıktır. Avukatlar hakkında arama ve elkoyma kararını veren merci ağır ceza mahkemesi ise ağır ceza mahkemesinin kararlarına karşı da itiraz yolu açıktır. İtiraz usulü CMK m. 268’de düzenlenmiştir.

Kovuşturma aşamasında avukatlar hakkında arama ve elkoyma tedbirlerinin uygulanmasına karar verilirse, hükümle birlikte istinaf ya da temyiz kanun yoluna başvurulabilir. Ayrıca hükmün istinaf ya da temyiz incelemesinden geçmeyerek kesinleşmesi durumunda olağanüstü kanun yollarından biri olan kanun yararına bozma yoluna da başvurulabilir.

CMK m. 127/4 hükmü uyarınca “*zilyedliğinde bulunan eşya veya diğer malvarlığı değerlerine elkonulan kimse, hâkimden her zaman bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir.*” Dolayısıyla avukatlar da elkonulan eşyası ya da diğer malvarlığı değerlerine ilişkin olarak bu konu hakkında karar verilmesini her zaman talep edebilir.

Elkoyma koruma tedbirinde temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla bu tedbire başvurulabilmesi ve uygulanması belirli usul ve esaslara bağlanmıştır. Bu tedbirlerin mevzuatta belirtilen şekilde yerine getirilmesi hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Hukuka aykırı bir şekilde icra edilen tedbirlerden elde edilen deliller yargılamada delil olarak kullanılamayacaktır⁷⁶⁶

Avukat bürosunun aranması sırasında hakkında arama yapılan avukat, baro başkanı ya da onu temsil eden görevli avukat bu belgelerin avukatın müvekkili ile arasındaki mesleki ilişkiden kaynaklanan bir belge veya bir şeye el konulduğunu ileri sürdüğünde bu belgeler veya eşyalar ayrı zarfa konulup mühürlenir. İncelenmesi için gerekli mercilere iletilir. Soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimi kovuşturma aşamasında hâkim veya mahkeme, incelenen bu belgeleri, avukatın müvekkili ile ilgili mesleki ilişkiden kaynaklı olmadığına yönelik karar verirse bu karara karşı itiraz hakkı vardır. Kararın öğrenilmesinden itibaren yedi gün içinde itiraz edilebilir.

Avukatlar hakkında arama ve elkoyma işlemleri kanunda belirtilen usule göre yapılması gerekir. Özellikle büro aramaları ve konutunu aynı zamanda büro olarak kullanan avukat hakkındaki aramalar, Cumhuriyet savcısının denetiminde ve baro başkanı veya onu temsil eden avukat gözetiminde yapılır. Bu usule uyulmadan yapılan aramalar hukuka aykırı olarak elde edilen delil sayılacak olup Anayasa m. 38/6, CMK m. 206/2’ye göre hükme esas alınmayacaktır.

Hukuka aykırılıklar içeren arama ve elkoyma işlemlerinde zarara uğrayan avukatlar, Devlet aleyhine tazminat isteminde bulunabilirler. CMK m. 141/1 i bendi kapsamında düzenlenen ve CMK m. 141/1 j bendi kapsamında düzenlenen sebeplerden dolayı avukatlar Devlettten tazminat isteme hakkına sahiptirler.

Avukatların koruma tedbirleri nedeniyle açacağı olan tazminat davasında görevli ve yetkili mahkeme zarara uğrayan avukatın oturduğu yerdeki ağır ceza

⁷⁶⁶ ŞEN, ERYILDIZ, s. 308.

mahkemesidir. Uygulanan tedbirler nedeniyle zarara uğrayan avukat, zararının tazminini karar veya hükmün kesinleşmesinin kendisine tebliğinden itibaren üç ay ve her halde bir yıl içinde isteyebilir. Tazminat davası açan avukatın lehine karar verilen bir dava sonucunda, devlet ödediği tazminatı görevinin gereklerine aykırı hareket ederek görevini kötüye kullanan hâkimler ve Cumhuriyet savcılarına bir yıl içinde rücu ederek isteyebilir.



SONUÇ

Ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeği ortaya çıkarmak için hüküm verilmeden önce başvurulmuş koruma tedbirlerinden arama ve elkoyma, uygulandığı alana göre bazı temel hak ve özgürlüklere ağır müdahalede bulunmaktadır. Bu tedbirler temel hak ve özgürlüklere müdahalede bulunduğu kanunla düzenlenmeyi gerekli kılmıştır. Nitekim “*temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması*” başlığı altında düzenlenen AY m. 13’te de “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*” şeklinde belirtildiği üzere temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırabileceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda Anayasa m. 13’teki düzenlemenin Türkiye’nin de taraf olduğu AİHS’nin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırmasındaki şartlara ilişkin düzenlemeye paralel bir düzenleme olduğunu söyleyebiliriz. Arama, elkoyma tedbirlerine hukuka aykırı olarak başvurulması ve bu tedbirlerin hukuka aykırı olarak icra edilmesi durumunda, hukuki ve cezai sorumluluk doğar. Bu bakımdan başvurulmuş arama ve elkoyma işlemi ölçülü ve yasal bir amacı karşılamak için yapılmalıdır. Aksi halde bu durum keyfi ve yasadışı bir işlem olacağından insan onurunu ve kişilerin güvenliğini de zedeleyici nitelikte olur⁷⁶⁷.

AK’ye göre avukatlık mesleği kamu hizmeti niteliğindedir. Avukatlık serbest meslek olmakla birlikte, avukatların özellikle görevini icra ederken kamu görevlisi olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu görüşümüzün dayanağını AK, TCK, CMK’deki düzenlemeler oluşturmaktadır.

Avukatların serbest meslek mensubu olmalarının yanı sıra görevlerini icra ederken aynı zamanda da kamu görevlisi olup olmadığı konusunda tartışmalara son verilmesi

⁷⁶⁷ George E. EDWARDS, “International Human Rights Law Challenges to the New International Criminal Court: The Search and Seizure Right to Privacy”, Yale Journal of International Law, 2001, Volume: 26, s. 331.

için kanun koyucunun bu konuyu açık olarak ve hiçbir  pheyeye yer bırakmayacak şekilde düzenlemesi, avukatların sahip olduğu sıfatı net bir şekilde belirlemesi gerekir.

Yargının kurucu unsurlarından biri olan savunmanın temsilcisi avukatlar hakkında arama ve elkoyma tedbirleri, CMK, AK ve A AY'de özel olarak düzenlenmiştir. Avukatlar hakkında arama ve elkoyma tedbirlerinin özel olarak düzenlenmesinin nedenleri avukatların kamu hizmeti görerek serbest şekilde bağımsız savunmayı temsil etmelerinden kaynaklanmaktadır.

Avukatlar mesleğini icra ederken avukatların sır saklama yükümlülükleri bulunduğu gibi ayrıca bağımsız olması ve savunma hakkının korunması amaçlanmıştır. Bu bakımdan avukatların üstünün, konutunun aranması ve avukatların ofisinde yapılacak olan arama, elkoyma ile postasında yapılacak olan elkoyma işlemi özel olarak düzenlenmiştir.

Avukatlar hakkında arama ve elkoyma işlemlerinin özel olarak düzenlenmesinin bir sebebi avukatların bağımsız olması gerektiğidir. Avukatların bağımsız savunmayı serbest bir şekilde temsil edebilmeleri için her türlü otoriteye, kişiye, kuruma karşı bağımsız olmaları gerekir. Yargının bağımsız olması, bağımsız bir savunmaya dolayısıyla da bağımsız avukatın varlığına bağlıdır. Bu sebeple avukatın müvekkiline, savunduğu kişiye, hâkime, savcıya, tüm otoritelere karşı bağımsız olması gerekir. Çünkü avukatlar halkın adalete erişebilmelerinde etkin bir rol oynamaktadır.

Avukatlar hakkında arama ve elkoyma işlemlerinde özel düzenlemelerin bulunmasının başka bir nedeni ise; avukatların sır saklama yükümlülüklerinin bulunmasıdır. Sır saklama yükümlülüğü avukatların mesleklerinden dolayı öğrendiği bilgileri açıklamalarını yasaklamaktadır. Bu konuya ilişkin düzenlemeler, AK'nin 36. maddesinde, TBB Meslek Kurallarının 37. maddesinde, Avrupada Avukatlık Mesleğine İlişkin Temel İlkeler Tüzüğü ve Avrupada Avukatların Tabi Olduğu Meslek Kuralları gibi uluslararası metinlerde de yer almaktadır. Avukatın sır saklama yükümlülüğünün bulunması, sırrını paylaşan kişinin avukata güvenini sağlar. Avukatların sır saklama yükümlülüğü kapsamında avukatlara tanıklıktan çekinme hakkı tanınmasının yanı sıra arama ve elkoyma tedbirini de özel bir şekilde düzenlenmesini zorunlu kılmıştır. Bu bağlamda avukatlar hakkında özel düzenleme yapılmasında, avukatın müvekkili ile ilgili olan bilgi ve belgelerin açığa çıkmasının engellenmesi de amaçlanmıştır.

Avukatlar hakkında arama ve elkoyma tedbirlerinin özel olarak düzenlenmesinin diğer sebebi ise savunma hakkının korunmasıdır. Temel hak ve özgürlüklerin güvence alındığı hukuk devletinde önemli haklardan biri de savunma hakkıdır. Hak arama özgürlüğünün ve savunma hakkının kullanılması açısından avukatların üstlendikleri görev önem arz etmektedir. Avukatların sahip olduğu bu önemli konum sebebiyle, savunma hakkının korunması bakımından avukatlar hakkında başvurulacak olan ceza muhakemesi işlemlerinden arama ve elkoyma tedbirleri özel olarak düzenlenmeyi gerektirmiştir.

Avukatların üstlerinin aranması konusunda CMK’de ve AÖAY’de bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konu AK m. 58’de düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre avukatların üstünün aranabilmesi ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçun varlığına ve suçüstü halinin birlikte olması şartına bağlıdır. AK m. 58’in başlığı “*soruşturmaya yetkili Cumhuriyet savcısı*” olduğundan ve maddenin içeriği avukatların işlemiş olduğu iddia olunan görev suçlarını kapsadığından, bu maddenin uygulama alanının sadece görev suçları bakımından geçerli olacağını düşünmekteyiz. Avukatın görev esnasında ya da görevinden kaynaklı işlediği iddia edilen suçlar bakımından üstünün aranması için mutlak şekilde yasal prosedür yerine getirilmeli kısaca suçüstü hali ve ağır cezalı bir suçlama olmadığı zaman üstü aranmamalıdır. Bu konu doktrinde tartışılmalara neden olduğundan kanun koyucunun avukatların üstünün aranması ile ilgili düzenlemenin avukatın işlemiş olduğu iddia edilen hangi suçlar bakımından uygulanacağını açıkça düzenlemesi gerekmektedir.

AK m. 58/1’in son cümlesindeki düzenlemenin sadece adli aramalar bakımından uygulama alanı bulmayacağını aynı zamanda önleme aramaları bakımından da uygulama alanı bulacağını düşünüyoruz. Ancak bu uygulama avukatların mesleğini icra ettiği zaman ve durumlarla sınırlıdır. Avukatların mesleklerini icra ettiği sırada, sır saklama yükümlülüklerinin bulunması ile birlikte savunma hakkının, bağımsızlıklarının ve mesleki haysiyetinin korunması gerekir. Bunun yanı sıra avukat mesleğini icra etmediği zamanlarda bu hak ve yükümlülükler sahip değildir. Örneğin sevdiği bir sanatçıyı dinlemek için gittiği konser alanında avukat mesleğini icra etmediği için sır saklama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu bakımdan konserden önce yapılacak olan önleme aramasından muaf olmamalıdır. Avukatlar mesleklerini icra etmediği zamanlarda diğer vatandaşlar gibidir.

CMK, AK, AÖAY'ye göre avukatların ofisi “*mahkeme kararı*” ile aranabilir. Uygulamada sorun oluşturmaması için mahkeme kavramının ne anlama geldiği konusunun Kanun'da açık olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Kanımızca bu mahkemenin ağır ceza mahkemesi olarak belirlenmesi gerekmektedir. Savunma hakkının korunması açısından ve avukatın sır saklama yükümlülüğü bulunduğundan, bu karar tek hâkimin vereceği bir karar olmamalı, üyelerinin birlikte müzakerede bulunduğu ve toplu şekilde hareket ettiği ağır ceza mahkemesi olmalıdır. Avukatlar hakkında uygulanacak olan arama ve elkoyma tedbiri kararının ağır ceza mahkemesince verilmesi gerektiğini düşündüğümüz bir başka neden ise avukatların görevi kaynaklı veya görevleri esnasında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı haklarında kovuşturma kararı verildiğinde sadece ağır ceza mahkemelerinde yargılanmalarıdır.

CMK'deki avukatların ofisinin aranması ile ofisinde elkoyma ve postasında elkoyma hükümleri; avukatların işlemiş olduğu iddia edilen kişisel suç ya da görev suçu ayrımı yapmadığından tüm avukatlar hakkında uygulama alanı bulmaktadır. AK m. 58'deki avukatların ofisleri ve konutlarının aramasına ilişkin hükümler ise avukatların işlemiş olduğu iddia edilen görev suçlarını kapsamaktadır.

AK m. 58'e göre; avukatın görevinden kaynaklı ya da görevini icra ettiği sırada işlediği iddia edilen suçlar bakımından Adalet Bakanlığı'nın avukat hakkında soruşturmaya izin verme koşulu bulunmaktadır. Bununla birlikte avukat büroları ve konutları mahkeme kararı ile aranabileceği, aramanın icrası yapılırken de Cumhuriyet savcısının ve kayıtlı olunan baro başkanı ya da baro temsilcisinin arama sırasında bulunma zorunluluğu düzenlenmiştir.

Avukat büroları kolluk görevlileri tarafından aranır. Cumhuriyet savcısı ve baro tarafından görevlendirilen avukat arama işlemini gerçekleştiremez. Bununla birlikte kolluk görevlilerinin arama sırasında ele geçirdiği belgeleri ve eşyaları inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Avukatın bürosunun aranması sırasında müdafisinin veya avukatının bulunmasına da engel olunamaz. Hakkında arama işlemi gerçekleştirilen avukatın müdafisi, avukatı ve aramada hazır bulunan avukat hukuka aykırılık tespit ederse bu durumu ilgili tutanağa şerh düşerek belirtebilir.

Avukatların bürosunun aranmasında CMK m. 130/1'deki başka düzenleme ise, avukatların ofisinin mutlak surette arama kararında belirtilen olayla ilgili aranması gerektiğidir.

CMK m. 130 uyarınca avukat bürolarının aranması sırasında Cumhuriyet savcısı ve baro başkanı, baro başkanı hazır bulunamıyorsa, baro başkanını temsil eden avukat aramada hazır bulunur.

AÖAY'deki avukat bürolarının aranmasına ilişkin düzenleme, CMK'ye paralel olarak düzenlenmiştir.

AK'de 7249 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile m. 58/1'deki ikinci cümleye “*kayıtlı olunan*” ibaresi eklenmiştir. Birden fazla baro kurulan illerde avukat hangi baroya kayıtlıysa arama işlemine kayıtlı olunan baronun temsilcisi katılabilecektir. CMK'deki ve AÖAY'deki mevcut düzenlemede ise herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Her ne kadar CMK ve AÖAY'de bir değişikliğe gidilmemiş olsa da madde hükmünde geçen baro başkanı ya da baro başkanını temsil eden avukatın kayıtlı olunan baronun mensubu olması gerektiğini düşünmekteyiz.

Avukatların konutunun aranması CMK'de ve AÖAY'de düzenlenmemiştir. Bu husus AK m.58'de düzenlenmiştir. Avukatların konutunun aranmasına ilişkin düzenleme avukatların görevi sırasında işlediği ya da görevinden kaynaklanan suçlar bakımından uygulama alanı bulmaktadır. AK'ye göre avukatların konutlarının aranmasında mahkeme kararının olması gerekecek, Cumhuriyet savcısı ve kayıtlı olunan baronun temsilcisi arama işlemi sırasında hazır bulunacaktır. Avukatların işlemiş olduğu adi suçlar bakımından yapılacak olan aramalarda ise CMK genel hükümler geçerli olacaktır. Ancak avukatlar konutlarını aynı zamanda ofis olarak kullanıyorsa, aramanın CMK m. 130 hükmünde belirtilen prosedüre uygun şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

CMK m. 130/2'ye göre; avukatların bürosunun aranması sırasında avukatın müvekkili ile arasındaki mesleki ilişkiden kaynaklanan bir belge veya bir şeye el konulması söz konusuysa, hakkında arama yapılan avukat, baro başkanı ya da baro başkanını temsil eden avukat bu durumu öne sürerek karşı koyabilir. Bu şekilde ileri sürülen şey ayrı bir zarfa konulup mühürlenir ve kararı vermek üzere soruşturma evresinde sulh ceza hâkimliğine kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeye sunulur. Bu kararlar yirmidört saat içinde verilmesi gerekir. Kararı verecek olan hâkim

ya da mahkeme elkonulan şeyin avukat ile müvekkil arasındaki iş ilişkisi dâhilinde olan bir şey olduğunu anlarsa, elkonulan şey gecikmeksizin avukata geri verilir ve bu işlem ile ilgili olan tutanaklar yok edilir. Avukatların ofisinde elkoymaya ilişkin başka düzenleme AÖAY m. 13'te karşımıza çıkmaktadır. AÖAY m.13/3 CMK m. 130/2'ye paralel bir düzenlemedir.

Avukatların postasında elkoyma CMK m. 130/3'te düzenlenmiştir. Bu hüküm sadece avukatın görevinden kaynaklı ya da görevini icra ederken işlediği suçlar bakımından değil tüm avukatları kapsayacak şekilde bir düzenlemedir. Avukatın postasına elkonulması ile ilgili olarak bürosunda arama işlemi yapılan avukat veya aramada hazır bulunan görevli avukat elkonulan belgenin avukatın müvekkili ile mesleki ilişkisinden kaynaklı olduğunu ileri sürerek işleme karşı koymaları durumunda CMK m. 130/2'de belirtilen prosedür uygulanır. AÖAY m. 13/4'te de avukatların postasında elkoymaya ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Madde hükmü de CMK m.130/3'e benzer bir düzenlemedir. Aynı CMK m. 130/3'teki prosedür uygulanır.

Mevzuatımızda avukatların ofislerinde ya da ofis olarak kullandığı konutlarında kullanmış oldukları bilgisayarlar hakkında arama, kopyalama, elkoyma tedbirleri düzenlenmemiştir. Kanımızca, avukatın ofisinde ya da ofisi olarak kullandığı konutunda kullanmış olduğu bilgisayarlar hakkında yapılacak olan arama, kopyalama, elkoyma işlemleri için CMK m. 134 hükmü gereğince verilen karar veya emirler tek başına uygulama alanı bulmamalıdır. Bununla beraber CMK m. 130 hükümleri de uygulanmalı, maddede öngörülen usuller işletilmelidir.

Avukatlar hakkında uygulanan arama ve elkoyma işlemleri birer koruma tedbiri olduğundan bu işlemlerin hukuki denetimi mümkündür. Soruşturma aşamasında verilen arama ve elkoyma tedbirlerine karşı CMK m. 267 kapsamında itiraz yolu açıktır. İtiraz usulü CMK m. 268'de düzenlenmiştir. CMK m. 127/4 hükmü uyarınca avukatlar elkonulan eşyası ya da diğer malvarlığı değerleri hakkında karar verilmesini hâkimden her zaman talep edebilir.

Kovuşturma aşamasında avukatlar hakkında arama ve elkoyma tedbirlerinin uygulanmasına karar verilirse, hükümle birlikte istinaf ya da temyiz kanun yoluna başvurulabilir. Verilen hüküm istinaf ya da temyiz incelemesinden geçmeyerek kesinleşirse kanun yararına bozma yoluna da başvurulabilir.

Avukatlar, hukuka aykırı arama ve elkoyma işlemlerinin sebep olduğu zararların giderilmesini CMK m. 141 vd. hükümleri uyarınca Devletten isteyebilirler.

Avukatlar hakkında arama ve elkoyma tedbirleri her ne kadar özel olarak düzenlenmiş olsa da, kolluk güçlerinin bu tedbirleri uygularken AY, CMK ve AK'nin özüne aykırı davrandığı görülmektedir. Temel haklara ağır müdahalede bulunan bu koruma tedbirleri için verilen kararlar yeterli gerekçeye sahip olmamakta ve bazen tedbire başvurulmasını gerektiren amaç sapmaktadır. Özellikle kolluk kuvvetleri, avukatlar hakkında verilen arama ve elkoyma kararlarını uygularken yasal prosedürü tam olarak bilmemektedirler. Tedbirler uygulanırken yasal prosedüre uymamaları sebebiyle hukuka aykırılıklar ortaya çıkmaktadır. Avukatlar hakkında bu tedbirlere başvurulması için, eldeki somut verilere dayanarak orantılı şekilde karar verilmeli, icra edilmeli, temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden işlemler oldukları dikkate alınmalıdır. Ayrıca mevzuatta açık olarak düzenlenmediği için belirsizliğe neden olan hükümler yeniden düzenlenmelidir.

Avukatlar hakkında arama ve elkoyma tedbirlerinin özel olarak düzenlenmesinin temelinde avukatın bağımsızlığı, sır saklama yükümlülüğü, savunma hakkının korunması gibi nedenler bulunduğundan bu tedbirlere başvurulması son çare olmalıdır. Başka şekilde delil toplama imkânı varsa bu yol seçilmelidir. Ancak bu tedbirlere yine de başvurulması gerekiyorsa avukatların bağımsız savunmayı temsil ettikleri ve yargının kurucu unsurlarından oldukları unutulmamalıdır.

KAYNAKÇA

- AKSOY, Şemsettin, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.
- AKTAŞ, Batuhan, “Bilgisayarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017: C. 14, Sa. 2, s. 211-239.
- AKYÜREK, Güçlü, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012: Sa. 101, s. 61- 82.
- ALDEMİR, Hüsnü, *Adli- Önleme Arama ve Elkoyma*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019
- ALPSOY, Zeliha, *Önleme Araması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- ALTIPARMAK, Cüneyd, *100 Başlıkta Soruşturma Evresi*. Ankara: Seçkin, 2019.
- APIŞ, Özge, “Bilişim Sistemine Girme Suçu Bakımından Bilgisayarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama Elkoyma Koruma Tedbiri”, *Yasama Dergisi*, 2018: Sa. 37, s. 49-86.
- ARISOY, Uğur Kaan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve El Koyma*. Kırıkkale, 2014 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- ARSLAN Kahan Onur, “İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015: Sa. 120, s. 155-172.
- ARSLANTÜRK, Mustafa, *Cumhuriyet Savcısının Soruşturma Temel Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- ARTUK, Mehmet Emin, Ahmet GÖKCEN, Ahmet Caner YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.

- ARTUK, Mehmet Emin, Ahmet GÖKCEN, Ahmet Caner YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- ARTUK, Mehmet Emin, Esra ALAN AKCAN, “Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu (TCK m. 116)”, *Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’ a Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019: C. 21, Özel Sayı, s. 2703-2728.
- ATAMAN, Zeynep Pelin, *Avukatlar İçin El Kitabı I Savunma Etiği*. Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi. Ankara: 2014.
- AYAN, Mehmet, *Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili*. Ankara: Seçkin, 2016.
- AYDIN, Murat, “Ceza Muhakemesinde Basit Elkoyma Koruma Tedbiri”, *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, 2011: Sa. 21, s. 45-51.
- AYDIN, Oya, Selçuk KOZAĞAÇLI, *Avukat Bürolarının Aranması*. Ankara: Ankara Barosu İnsan Hakları Komisyonu Yayınları, 2001.
- BAŞLAR, Yusuf, “Ceza Yargılamasında Elektronik Delillerin Elde Edilmesine ve Korunmasına İlişkin Usul Hükümleri”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2013: Sa. 3, s. 82-105.
- BAŞTÜRK, İhsan, Bilgisayar Sistemleri ile Verilerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma, *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, 2010: Sa. 9, s. 23-32.
- BAYRAKTAR, Köksal, “Adalet Sisteminde Avukatın Rolü”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2015: C. 89, Sa. 1, s. 15-23.
- BAYTAR, Serdal, “Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşılanması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, Sa. 61, s. 359-373.
- BAYTEMİR KONTACI, Burcu, Ali Şahin KILIÇ, Zeliha KILIÇPARLAR, Başar PANCAROĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Editör Cumhuriyet ŞAHİN, Neslihan GÖKTÜRK. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- BOZDAĞ, Ahmet, Zeynep Büşra KORKMAZ, *Avukatlara Tanınan Hukuki Ayrıcalıklar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- BÖREKÇİ, Eşref Barış, “Yeni Düzenlemeler Işığında Önleme Aramaları ” *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020: C. 17, Sa. 3, s. 89-113.

- CANOĞLU, Veysel Candan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları (Haksız Yakalama, Gözaltı, Tutuklama, Arama ve El Koyma)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- CENGİZ, Serkan, Fahrettin DEMİRAĞ, Teoman ERGÜL, Jeremy MCBRIDE, Durmuş TEZCAN, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008.
- CENTEL, Nur, Hamide ZAFER, *Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- CENTEL, Nur, Hamide ZAFER, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014.
- CİHAN Can, “Koruma Tedbiri Olarak Arama- Elkoyma”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2014: C. 88, Sa. 2, s. 213-225.
- COŞAR, Vedat Ahsen, “Avukatlık Mesleğinin ve Baroların Tarihsel Gelişimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2018: Sa. 4, s. 225-242.
- ÇAKMAK, Seyfullah, “Adliyelere Girişte Güvenlik ve Arama”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2009: C. 4, Sa. 31, s. 127-141.
- ÇELİK, İsa, *Postada Elkoyma*. Ankara: Ajans Yayıncılık, 2016.
- ÇELİK, Mikdad Lamih, “Meslek Kurallarında Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, 2007: Sa. 14, s. 85-92.
- ÇETİN, Beytullah, *Savunma Hakkının Kısıtlanması*. Ankara: Seçkin, 2018.
- ÇETİN, Süleyman, Derya ATEŞ, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- ÇÖPOĞLU, Hasan Serdar, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2019: Sa. 1, s. 155-229
- ÇULHA, Rifat, Fahrettin DEMİRAĞ, Ayşe NUHOĞLU, Salih OKTAR, Durmuş TEZCAN, *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*. Editör Feridun YENİSEY, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2018.

- DEĞİRMENCİ, Olgun, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbirinde (CMK m. 134), 7145 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, 2018: C. 13, Sa. 147, s. 146-155.
- DEMİR, Şamil, “Avukatlık Kariyeri Üzerine Düşünceler”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2009: Sa. 3, s. 61-69.
- DEMİRAĞ, Fahrettin, *Örneklerle Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemleri ve Adli Yazışmalar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- DOĞAN, Duygu Çağlar, “Ceza Muhakemesinde Adli Arama”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011: Sa. 92, s. 157- 180.
- DURAN, Gökhan Yaşar, “Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (CMK) Bilgisayarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019: C. 14, Sa. 173- 174, s.173-241.
- DURSUN, İsmail, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara Elkoyma”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2015: C. 21, Sa. 2, s. 535-558.
- DÜLGER, Murat Volkan, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*. Ankara: Seçkin 2020.
- EDWARDS, George E., “International Human Rights Law Challenges to the New International Criminal Court: The Search and Seizure Right to Privacy”, *Yale Journal of International Law*, 2001, Volume: 26, s. 323-412.
- EPÖZDEMİR, Rezan, “Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma Tedbirleri”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, 2018: Sa.142, s. 88-98.
- EPÖZDEMİR, Rezan, “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, 2017: Sa. 135, s. 14-28.
- ER, Elif, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Şirket Yönetimine Kayyım Atanması”, *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, 2015: Sa. 71, s. 17-21.

- ERDAĞ, Ali İhsan, “Kolluğun ‘ Durdurma ve Kimlik Sorma’ Yetkisi (PVSİ madde 4/A)”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2010: Sa. 4, s. 37-60.
- ERDEMİR, Nevzat, “Hukuk Devleti ve Savunma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1988: Sa. 1, s. 81-90.
- EREM, Faruk, “Savunma Hakkının Kökeni”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1984, Sa. 5, s. 689-705.
- EREM, Faruk, *Meslek Kuralları (Şerh)*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1977.
- EROL, Cihan, “50. Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1984: C. 50, Sa. 1-4, s. 133-151.
- ERSOY, Uğur, “Bir Koruma Tedbiri Türü Olarak Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini (Cmk M. 133)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016: C. 65, Sa. 4, s. 3393-3431.
- ERYILMAZ, Mesut Bedri, “5681 Sayılı Kanun ile Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’ndaki (PVSİ) Değişiklikler Sonrası Oluşan Yeni Durum: Bir Adım İleri, İki Adım Geri”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2007: Sa. 3, s. 63-79.
- ERYILMAZ, Mesut Bedri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.
- FISCHEL, Daniel R., “Lawyers and Confidentiality”, *The University of Chicago Law Review*, 1998: Volume: 65, Number: 1, s. 1-34.
- GEDİK, Doğan, “Yeni Ceza Kanunu’na Göre Basit Elkoyma”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2007: Sa. 6, s. 67-82.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin, “Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2009: Sa. 2, s. 151-156.
- GÖZLER, Kemal, Gürsel KAPLAN, *İdare Hukukuna Giriş*. Bursa: Ekin, 2012.
- GÜL, Yunus Emre, “PVSİ’da Önleme Araması ve Durdurma”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2018: C. 92, Sa. 3, s. 218-238.
- GÜLŞEN, Recep, “Haksız Arama Suçu”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007: Sa. 16-19, s. 139-158.

- GÜLŞEN, Recep, “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2015: C. 3, Sa. 2, s. 227- 252.
- GÜMÜŞ, Mehmet, *Avukatlar Hakkında Arama Ve Elkoyma*. İstanbul, 2019 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- GÜNAY, Erhan, *Avukatlar Hakkında Suç ve Disiplin Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi, 2011.
- GÜNER, Semih, “Sır Saklama Yükümlülüğü”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2000: Sa. 3, s. 43-52.
- GÜNEY, Muhammet “Avukatın Cezai Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı Cilt 3*. Ankara: Arcs Ofset Matbaacılık, 2016, s. 311-318.
- GÜRSELER, Güneş, “Baroların Bağımsızlığı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004: Sa. 54, s. 303-323.
- HAKERİ, Hakan, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre El Koyma Koruma Tedbiri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005: Sa. 60, s. 97-104.
- İNCİ, Zekiye Özen, “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017: C. 7, Sa. 2, s. 119-168.
- KANADOĞLU, Osman Korkut, “Barolar ve Avukatların Meslek Özgürlükleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2020: Sa. 146, s. 77-122.
- KAŞIKARA, M. Serhat, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Elde Etme Yasakları”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2009: C. 4, Sa. 10, s. 177-208.
- KESKİN KIZIROĞLU, Serap, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009: C. 58, Sa. 1, s. 139- 168.
- KIZILARSLAN, Hakan, *Tüzel Kişilere Özgü Koruma ve Güvenlik Tedbirleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

- KIZILKAYA, Ezgi, “Türk Hukuku Ve Karşılaştırmalı Hukukta Arama, Elkoyma ve Gözaltı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2010: Sa. 89, s. 507- 542.
- KOCAOĞLU, Serhat Sinan, “Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Savunma Hakkı Ve Avukatın Bağımsızlığının Gerçekleştirilmesinde Barolara Düşen Yükümlülükler”, *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı Cilt 1*. Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2012, s. 103-113.
- 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: Sa. 1, s. 43-69.
- KÖKER, Nilüfer, “CMK Madde 133 Uyarınca Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini”, *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, 2018: Sa. 100, s. 453-463.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, Serdar TALAS, “Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi”, *İstanbul Barosu Dergisi Ceza Özel Sayı*, 2007: Sa. 1, s. 13-38.
- ORHAN Uğur, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- ORHAN, Uğur, “Avukat Bürolarının Aranması”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, 2020: Sa. 162, s. 293-301.
- ÖNOK, Murat, “Adli- İdari Arama ve Uygulamadaki Sorunlar”, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular*. Editör Nur CENTEL, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- ÖRS, Cengiz Ozan, “Avukat Hakkında Arama Ve Elkoyma”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2016: Sa. 123, s. 103-146.
- ÖZALP, Nabi, “Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK m. 141-144)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019: Sa. 145, s. 81-158.
- ÖZBEK, Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999.

- ÖZBEK, Veli Özer, Koray DOĞAN, Pınar BACAKSIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- ÖZBEK, Veli Özer, Koray DOĞAN, Pınar BACAKSIZ, *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- ÖZBEK, Veli Özer, Koray DOĞAN, Pınar BACAKSIZ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- ÖZBEK, Veli Özer, Pınar BACAKSIZ, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2006: Sa. 1, s. 145-206.
- ÖZEL, Kadir Can, “Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama”, *Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi. Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019: C. 21, Özel Sayı, s. 1217-1266.
- ÖZEN, Atilla, *Avukatlık Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- ÖZEN, Muharrem, “Savunma Dokunulmazlığı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1992: Sa. 3, s. 416-454.
- ÖZEN, Muharrem, Gürkan ÖZOCAK, “Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK M. 134)”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015: Sa. 1, s. 41-78.
- ÖZEN, Mustafa, “Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2009, Sa. 3, s. 17-28.
- ÖZEN, Mustafa, *Öğreti Ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019
- ÖZKAN, Noyan, “Avrupa Hukuku ve Avukatın Rolü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004: Sa. 52, s. 134-147.
- ÖZTÜRK, Bahri, Behiye EKER KAZANCI, Sesim SOYER GÜLEÇ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- ÖZTÜRK, Bahri, Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM, Özge Sırma GEZER, Yasemin Filiz SAYGILAR KIRIT, Esra ALAN AKCAN, Efser ERDEN

- TÜTÜNCÜ, Özdem ÖZAYDIN, Derya ALTINOK VILLEMIN, Mehmet Can TOK, *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku*. Editör. Bahri ÖZTÜRK, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- PARLAR, Ali, Mustafa ÖZTÜRK, *Ceza Yargılamasında Arama ve Elkoyma*. İstanbul: Aristo Yayınevi, 2019.
- PTT Genel Müdürlüğü, *Geçmişten Günümüze Posta*. Ankara: Cem Web Ofset Sanayi, 2007.
- ROAGNA, Ivana, *Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights*. Strausbourg: Council of Europe, 2012.
- RUHİ, Ahmet Cemal, Canan RUHİ, *Avukatlık Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- SAYGILAR, Yasemin Filiz, “Arama”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, C. 1 İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 629-642.
- SIRMA, Özge, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Elkoyma”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, C. 1 İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 643- 658.
- ŞAHİN, Cumhur, “Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (Cmk m. 134)”, *Yaşar Hukuk Dergisi*, 2019: C. 1, Sa. 2, s. 271-286.
- ŞAHİN, Cumhur, Neslihan GÖKTÜRK, *Ceza Muhakemesi Hukuku- I*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- ŞAHİN, Hamza, *Sulh Ceza Hakimliği Uygulamaları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019
- ŞEN, Ersan, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013: Sa. 2, s. 333-344.
- ŞEN, Ersan, Fatma Betül BODUR, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatında Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğünden Kaynaklanan İmtiyazlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018: Sa. 138, s. 9-37.
- ŞEN, Ersan, H. Sefa ERYILDIZ, *Elkoyma*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.

- ŞENOL, Talay, “Bağımsız Avukatlık”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004: Sa. 54, s. 269-291.
- TANER, Fahri Gökçen, Yaprak ÖNTAN, “CMK’nın 119/4. Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İçtihat Dönüşüm”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016: C. 65, Sa. 4, s. 2445-2469.
- TANERİ, Gökhan, “Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma Suçları”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, 2020: Sa. 171, s. 2282-2302.
- TBB Disiplin Kurulu Kararları 2013-2017*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2017.
- TBB Disiplin Kurulu Kararları ve Karşı Oylar 2013-2017*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2017.
- TEZCAN, Durmuş, Mustafa Ruhan ERDEM, Oğuz SANCAKDAR, Rifat Murat ÖNOK, *İnsan Hakları El Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- TOK, Mehmet Can, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Elkoyma ve Şirket Yönetimi İçin Kayyım Atama Tedbirleri”, *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, 2018: Sa. 104, s. 24-30.
- TOROSLU, Nevzat, Metin FEYZİOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2017.
- USLU, Ferhat, “Ceza Yargılaması Hukukunda Koruma Önlemi Olarak ‘Konutta Arama’”, *İstanbul Barosu Dergisi Ceza Özel Sayı*, 2007: Sa. 1, s. 47-61.
- ÜNVER, Yener, Hakan HAKERİ, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 2*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- VURALDOĞAN, Kemal, “Avukatın Üzerinin Aranması Sorunu ve Avukat Vuraldoğan Davası”, *Eskişehir Barosu Dergisi*, 2005: Sa. 6, s. 17-23.
- WOHLERS, Wolfgang, “Alman Ceza Hukukuna Göre Aramadaki Temel ve Güncel Sorunlar”, Çev. Kerem ÖZ, *Hukuk Köprüsü Dergisi*, 2015: C. 4, Sa. 9, s. 205-217.
- YALTI, Başar, “Avukat”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2011: C. 85, Sa. 4, s. 3-4.

- YALTI, Başar, “Avukatın Yargılamadaki Yeri ve Önemi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2011: C. 85, Sa. 5, s. 81-84.
- YAŞAR, Yusuf, İsmail DURSUN, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbiri” , *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013: C. 19, Sa. 3, s. 3- 34.
- YAYLA, Mehmet, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Ve Şüphe*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- YENİSEY Feridun, Ayşe NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- YENİSEY, Feridun, “CMK’nın Genel Değerlendirmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2006: Sa. 1, s. 11-17.
- YILDIZ, Ferhat, “Ceza Değil Koruma Tedbiri: Gözaltı- Arama- Elkoyma”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2010: Sa. 13, s. 197-224.
- YILMAZ, Yeşim, “Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2016: Sa. 124, s. 247-304.
- YILMAZ, Zahit, “Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Kapsamında ‘Konutta Arama’”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2011: Sa. 17, s. 160- 185.
- YOKUŞ SEVÜK, Handan, “Haberleşme Hakkının Kullanımının Türk Ceza Kanunu Hükümleri İle Korunması (TCK m. 124, TCK m. 298/1)”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007: C. 12, Sa. 16-19, s. 197-227.
- YOKUŞ SEVÜK, Handan, “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007: Sa. 69, s. 97-124.
- YURTCAN, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- YÜKSEKTEPE, Mert Asker, *Ceza Muhakemesi Tedbirleri*. İstanbul: Platon Yayınevi, 2021.

ZAFER, Hamide, “Savunma Hakkı ve Sınırları”, *Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan*,
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2013: C.
19, Sa. 2, s. 507-540.



Çevrimiçi Kaynaklar

- “Arama” < <https://sozluk.gov.tr/> > (Erişim Tarihi: 03/01/2021).
- ŞEN, Ersan, “Önleme Araması ile Adli Aramanın İnce Çizgisi”, 19/03/2017, < <https://www.hukukihaber.net/onleme-aramasi-ile-adli-aramanin-ince-cizgisi-makale,5194.html> > (Erişim Tarihi: 15/01/2121)
- ERYILMAZ, Mesut Bedri, “Önleme Araması ve Uygulamada Karşılaşılan Problemler” 09/01/2011
< <http://mesutbedrieryilmaz.blogspot.com/search?q=%C3%B6nleme+aramas%C4%B1> > (Erişim Tarihi: 12/03/2021)
- “Kuşku” , “şüphe” < <https://sozluk.gov.tr/> > (Erişim Tarihi: 29/01/2021).
- Yar. 8. CD, 2019/23580 E. 2020/837 K. 15/01/2020 T. sayılı kararı.
< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 01/02/2021).
- Yar. 7. CD, 2016/5277 E. 2020/8963 K. 11/06/2020 T. sayılı kararı.
< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 18/05/2021).
- “Eşya” < <https://sozluk.gov.tr/> > (Erişim Tarihi: 16/02/2021).
- Yar. 2. CD, 2020/15687 E. 2020/8818 K. 15/09/2020 T. sayılı ilamı.
< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 18/05/2021).
- Yar. 15. CD, 2013/19907 E. 2014/9369 K. 12/05/2014 T. sayılı ilamı.
< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 18/05/2021).
- YCGK, 2017/875 E. 2020/366 K. 22/09/2020 T. sayılı ilamı
< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 18/05/2021).
- YCGK, 2017/326 E. 2018/535 K. 15/11/2018 T. sayılı ilamı.

- < <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 18/05/2021).
- şEN, Ersan, “Araç Araması”, 25/08/2013, <<https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1065968-arac-aramasi>> (Erişim Tarihi: 26/02/2021).
- “Bilgisayar” < <https://sozluk.gov.tr/> > (Erişim Tarihi: 27/02/2021)
- < https://tr.wikipedia.org/wiki/Bilgisayar_program%C4%B1 > (Erişim Tarihi: 27/02/2021)
- <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-120759%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-120759%22]})> (Erişim Tarihi: 15/03/2021).
- Yar. 8. CD, 2008/334 E. 2009/15739 K. 14/12/2009 T. sayılı ilamı.
< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 28/02/2021).
- Yar. 19. CD, 2016/4999 E. 2018/12458 K. 27/11/2018 T. sayılı ilamı.
< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 04/03/2021).
- Yar. 20. CD, 2015/11357 E. 2016/3453 K. 06/06/2016 T. sayılı ilamı.
< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 04/03/2021).
- Yar. 12. CD, 2015/12815 E. 2015/19162 K. 10/12/2015 T. sayılı kararı.
< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> (Erişim Tarihi: 08/03/2021).
- “Mülkiyet” < <https://sozluk.gov.tr/> > (Erişim Tarihi: 25/03/2021).
- “Elkoyma” < <https://sozluk.gov.tr/> > (Erişim Tarihi: 25/03/2021).
- Yar. 21. CD, 2015/5179 E. 2016/308 K. 14/01/2016 T. sayılı ilamı.
< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 05/05/2021).

-
<[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22\%22CASE%20OF%20ISLAMIC%20REPUBLIC%20OF%20IRAN%20SHIPPING%20LINES%20v.%20TURKEY%22%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-83951%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20ISLAMIC%20REPUBLIC%20OF%20IRAN%20SHIPPING%20LINES%20v.%20TURKEY%22%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-83951%22]}) > (Erişim Tarihi: 04/04/2021).

-
<<https://tr.wikipedia.org/wiki/PTT#:~:text=%C4%B0lk%20posta%20te%C5%9Fkila t%C4%B1%2C%20Tanzimat%20Ferman%C4%B1,i%20Amire%20ad%C4%B1%20ile%20a%C3%A7%C4%B1lm%C4%B1%C5%9Ft%C4%B1r.> > (Erişim Tarihi: 06/04/2021)

- “*Posta*” < <https://sozluk.gov.tr/> > (Erişim Tarihi: 06/04/2021).

- < <https://m.bianet.org/bianet/medya/1466-haber-ve-habercilik> > (Erişim Tarihi: 06/04/2021).

- < [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-102711%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-102711%22]}) > (Erişim Tarihi: 06/05/2021).

- “*kayyum*” < <https://sozluk.gov.tr/> > (Erişim Tarihi: 10/04/2021).

- Yargıtay 16. CD, 2018/5333 E. 2018/5602 K. 31/12/2018 T. sayılı kararı.

< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 10/04/2021).

- Yar. 16. CD, 2019/2637 E. 2019/5904 K. 10/10/2019 T. sayılı kararı.

< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 12/04/2021).

- Yar. 19. CD, 2015/2092 E. 2015/1175 K. 06/05/2015 T. sayılı kararı.

< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 07/05/2021).

- “*Bağımsızlık*” < <https://sozluk.gov.tr/> > (Erişim Tarihi: 17/04/2021).

- “*Bağımsız*” < <https://sozluk.gov.tr/> > (Erişim Tarihi: 17/04/2021).

-
<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2002/31?Donemler_id=2&EsasNo=2000%2F78&KararAramaRaporu=1&KararNo=2002%2F31 > (Erişim Tarihi: 10/05/2021).

-
<[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22%22CASE%20OF%20ANNAGI%20HAJIBEYLI%20v.%20AZERBAIJAN%22%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%2201-182173%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22%22CASE%20OF%20ANNAGI%20HAJIBEYLI%20v.%20AZERBAIJAN%22%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%2201-182173%22]}) > (Erişim Tarihi: 10/05/2021).

- <<https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/19-mayis-2020-tarihinde-gerceklestirilen-baro-baskanlari-toplantisi-sonuc-bildirgesi-81304> > (Erişim Tarihi: 11/05/2021).

-
<<https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=15776&Desc=%C3%96nceki-TBB-Ba%C5%9Fkanlar%C4%B1n%C4%B1n-Ortak-A%C3%A7%C4%B1klamas%C4%B1> > (Erişim Tarihi: 12/05/2021).

- < <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/7249s-K-AYMiptalDavasiDilekcesi.pdf> > (Erişim Tarihi: 11/05/2021).

-
<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2020/54?Donemler_id=2&KararAramaRaporu=1&NormunNumarasiAdlar_id=1563&NormunTurler_id=4 > (Erişim Tarihi: 11/05/2021).

- < <https://tr.euronews.com/2020/10/09/venedik-komisyonu-coklu-baro-sistemi-avukatlar-n-tarafs-zl-g-n-ve-bag-ms-l-g-n-tehlikeye-s> > (Erişim Tarihi: 11/05/2021).

- < <https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD%282020%29029-e> > (Erişim Tarihi: 11/05/2021).

BATUM Süheyl, Korkut KANADOĞLU, Şule ÖZSOY BOYUNSUZ, “*Avukatlık Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7249 Sayılı Kanun’un Anayasaya Aykırılık Değerlendirmesi*”

- <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/AvukatlikKanunuDegis-AVProflar-AnayasayaAykirilikDegerlendirmesi.pdf> > (Erişim Tarihi: 12/05/2021).

- <<https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/coklu-baro-tek-devlet-ilkesine-halkin-hak-arama-ozgurlugune-ve-avukatligin-bagimsizligina-aykiridi-81353> > (Erişim Tarihi: 12/05/2021).
- “Sır” < <https://sozluk.gov.tr/> > (Erişim Tarihi: 19/04/2021).
- <<https://www.hukukihaber.net/pratik-bilgiler/avukatlarin-sir-saklama-yukumlulugunun-kapsami-yukumlulugun-ihlalinin-hukuki-ve-cezai-yaptirimi-nedir-h51431.html> > (Erişim Tarihi: 19/04/2021).
- ŞİŞMAN, Hasan, “*Avukatın Üzerinin, Büro Veya Konutunun Aranması*”, 2012, Ekim
< <https://hasansisman.wordpress.com/2012/10/13/avukatin-uzerinin-buro-veya-konutunun-aranmasi/> > (Erişim Tarihi: 19/04/2021).
- <[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22\\%22CASE%20OF%20NIEMIETZ%20v.%20GERMANY\\%22%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-57887%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22\\%22CASE%20OF%20NIEMIETZ%20v.%20GERMANY\\%22%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57887%22]}) > (Erişim Tarihi: 19/04/2021).
- <[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22LEOTSAKOS%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-186449%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22LEOTSAKOS%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-186449%22]}) > (Erişim Tarihi: 20/04/2021).
- <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22\\%22CASE%20OF%20KRUIGLOV%20AND%20OTHERS%20v.%20RUSSIA\\%22%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-200719%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22\\%22CASE%20OF%20KRUIGLOV%20AND%20OTHERS%20v.%20RUSSIA\\%22%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-200719%22]}) > (Erişim Tarihi: 13/05/2021).
- AKTARLI, Feride, “*Savunma Hakkı*”, 18/04/2020.
< <https://www.avsarhukuk.com/savunma-hakki/> > (Erişim Tarihi: 20/04/2021)
- ŞEN, Ersan, “*Avukatın Aranması*” 04/04/2015.

<<https://www.hukukihaber.net/avukatin-aranmasi-makale,3925.html> > (Erişim Tarihi: 23/04/2021).

- Danıştay 8. Dairesi 2010/5626 E. 2010/6024 K. 12/11/2010 T. numaralı kararı.

< <http://kazanci.com.tr/gunluk/8d-2010-5626.htm> > (Erişim Tarihi: 19/05/2021).

- <<https://tr.linkedin.com/pulse/avukat%C4%B1k-kimli%C4%9Fi-ibraz-edilmesine-ra%C4%9Fmen-kolluk-kusuru-u%C4%9Furluay> > (Erişim Tarihi: 19/05/2021).

< <http://www.muharrembalci.com/hukukdunyasi/kararlar/341.pdf> > (Erişim Tarihi: 22/04/2021).

- şEN, Ersan, “*Avukatın Üzerinin Aranması*”, 11/09/2017,

<<https://www.hukukihaber.net/avukatin-uzerinin-aranmasi-makale,5419.html> > (Erişim Tarihi: 12/05/2021).

- ALGAN, Hazal, “*Hukuk Bürolarında Arama ve Elkoyma*”, 27/09/2013,

< <http://www.insanihakuk.com/makale/hukuk-burolarinda-arama-ve-elkoyma/> > (Erişim Tarihi: 12/05/2021)

- Yar. 16. CD, 2016/7026 E. 2017/3341 K. 21/03/2017 T. sayılı kararı.

< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 14/05/2021).

- < <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=6375> > (Erişim Tarihi: 30/04/2021).

- “*Avukat*” < <https://sozluk.gov.tr/> > (Erişim Tarihi: 14/05/2021).

- Danıştay 10. Dairesi, 2005/6392 E. 2007/948 K. 13/03/2007 T. sayılı kararı

<<https://ezproxy.iku.edu.tr:3358/belge/d-10-d-e-2005-6392-k-2007-948-t-13-03-2007-danistay-10-daire-karari/619238/> > (Erişim Tarihi: 25/05/2021).

- Yar. 8 CD, 2014/3415 E. 2014/12298 K. 14/05/2014 T. sayılı kararı.

< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 08/06/2021).

- ALMACI, Ahmet, “*Hakaret Suçu ve Avukata Karşı Görevinden Dolayı Hakaret*”, 31/01/2021,

< http://mehmettav.av.tr/Haber_hakaret-sucu-ve-avukata-karsi-gorevinden-dolayi-hakaret_61/ > (Erişim Tarihi: 06/06/2021).

- Yar. 16. CD, 2015/2056 E. 2017/5023 K. 21/09/2017 T. sayılı kararı.

< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 03/06/2021).

- Yar. 4. CD, 2015/21235 E. 2015/34259 K. 29/09/2015 T. sayılı kararı

< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 06/06/2021).

- Yar. 4 CD, 2019/3493 E. 2019/11778 K. 25/06/2019 T. sayılı kararı.

< <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 06/06/2021).

-

< <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=16392&Desc=Avukat%C4%B1-%C3%96ld%C3%BCren-San%C4%B1k-A%C4%9F%C4%B1rla%C5%9Ft%C4%B1r%C4%B1lm%C4%B1%C5%9F-M%C3%BCebbet-Hapse-Mahk%C3%BBm-Oldu> > (Erişim Tarihi: 06/06/2021).

- İLÇİM, Tuncay, “*Yargının Kurucu Unsurlarından Bağımsız Savunmayı Temsil Eden Avukatların Üst-Araç-Büro ve Konutlarının Aranması-İletişimlerinin Denetlenmesi Usül Ve Şartları*”, 05/09/2017

< <http://tuncayilcim.av.tr/v5/yarginin-kurucu-unsurlarindan-bagimsiz-savunmayi-temsil-eden-avukatlarin-ust-arac-buro-ve-konutlarinin-aranmasi-usul-ve-sartlari/> > (Erişim Tarihi: 07/06/2021).

- ASLAN, Samet Can, Avukatın Üzerinin Aranması, 05/07/2018,

< <https://hukukiblog.com/kamu-hukuku/avukatin-uzerinin-aranmasi/> > (Erişim Tarihi: 07/06/2021).

- Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin 2004/3869 E. 2005/554 K. 16/02/2005 T. sayılı kararı.< <http://hcd1.blogspot.com/2011/09/avukatlk-kanunu-md-58-bakmndan-onleme.html> > (Erişim Tarihi: 04/06/2021).
- < <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=10268> > (Erişim Tarihi: 07/06/2021).
- GÜNEY, Oruç, “*Avukatlık Mesleğinin Hukuki Niteliği*”, 23/07/2020, <<https://orucguneyhukuk.com/belge-ve-makaleler/f/i-avukatlik-mesle%C4%9Fi%CC%87ni%CC%87n-hukuki%CC%87-ni%CC%87teli%CC%87%C4%9Fi%CC%87> > (Erişim Tarihi: 06/06/2021).
- Yar. 4. CD, 2009/19013 E. 2011/21017 K. 14/11/2011 T. sayılı ilamı. < <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> > (Erişim Tarihi: 12/07/2021).