

POSTADA EL KOYMA VE TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Handan Yokuş Sevik *

I. Genel Olarak

Haberleşme özgürlüğü, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde herkesin haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilerek, gerekse Anayasanın 22. maddesinde kişinin temel haklarından sayılarak güvence altına alınmıştır.¹ Anayasa haberleşme özgürlüğünü “*özel hayatın gizliliği ve korunması*” başlığı altında ele almıştır. Haberleşme özgürlüğü, daha geniş bir kapsama sahip olan özel hayatın dokunulmazlığının bir yönünü oluşturur. Haberleşme özgürlüğünün korunması, hem haberleşme hakkının hem de haberleşmenin gizliliğinin korunmasını gerektirir.

Haberleşme, geniş anlamıyla “*bilgi, düşünce ve tutumların ortak semboller sistemi aracılığı ile kişiler ve gruplar arasında değiş tokuş edildiği süreçtir*”.² AİHS m. 8/1 anlamında “*haberleşme*” kavramına her türlü yazılı ve sözlü gönderi girmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, telefon konuşmalarının da bu kavram altında ele alınması gerektiğini kabul etmektedir. İletişim sisteminin doğrudan devlet tarafından mı, devletin gözetim ve denetimi altında özel firmalar tarafından mı işletildiği önem taşımaz.³

AİHS, gerek mektup gerekse diğer haberleşme araçlarıyla gerçekleştirilen haberleşmenin dokunulmazlığının kanunla korunması

* Yrd. Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

¹ AY m. 22/1'e göre; “Herkes, haberleşme özgürlüğüne sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.”.

² İçel Kayıhan, *Kitle Haberleşme Hukuku*, 5. Bası, İstanbul 2001, 4.

³ Tezcan, Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sancakdar Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara 2002, 293.

gerektiği yönünde taraf devletlere yükümlülük getirmektedir. Gerek bu yükümlülük gereği gerekse Anayasal güvence altında bulunması haberleşme özgürlüğünün, kanunla korunmasını gerekli kılmış; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda haberleşme özgürlüğünün ihlali suç olarak düzenlenmiştir. Ceza mevzuatı bakımından, haberleşme kavramına telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim ile mektup, telgraf veya elektromanyetik araçlarla gönderilmiş bilgileri içeren yazı, belge veya diğer gönderiler gibi posta yoluyla yapılan her türlü gönderi girmektedir.

Haberleşme özgürlüğü mutlak olmayıp, bazı hallerde sınırlanabilir ki bu sınırlandırma kanunla olur. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri'nin İnfazı Hakkındaki Kanun'da ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda haberleşme özgürlüğünün hangi hallerde sınırlandırılabilmesine ilişkin hükümler yer almaktadır.

II. Haberleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması

Haberleşme özgürlüğü, hak öznesinin dilediği kimselerle dilediği biçimde haberleşmesinin engellenmemesi ve bu haberleşmenin ilgililerin izin ve onayı olmadıkça üçüncü kişilerin algı ve müdahalesinden korunmasını ifade eder.⁴ Modern toplumlarda kişilerin serbestçe haberleşmesi, insan şahsiyetinin bir sonucu olarak görülmektedir.⁵ Bu bağlamda haberleşme özgürlüğüne müdahalenin hukuki çerçevesinin çizilmesi ve haberleşme hakkının kullanımının sağlanması ve gizliliğinin korunması ile insan hakları korunmaktadır.

Kişinin temel haklarından olan haberleşme özgürlüğüne müdahalenin, bir başka deyişle bu özgürlüğü sınırlama nedenlerinin açıkça düzenlenmesi gereklidir. Ancak bu halde keyfilik önlenabilir ve etkili bir korumadan söz edilebilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin 1. fıkrasında, herkesin özel ve aile yaşamına ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkının korumaya alındığı belirtilmektedir. 2. fıkrasında ise bu değerlerin mutlak olmadığı, müdahalelere yani sınırlamalara tabi tutulabilecekleri, meşruluk koşulları belirtilmektedir. Bir başka deyişle, önce haberleşmeye saygı emredilmekte ve birey hak sahibi kılınmakta; bunlara resmi makamların -2. fıkra hükmü saklı kalmak

⁴ Kaboğlu, İbrahim Ö., *Özgürlükler Hukuku*, 6. Bası, Ankara 2002, s. 297.

⁵ Özek, Çetin, *"Türk Ceza Kanunu'na Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri"*, İÜHFM, CXXIX, s. 965.

koşuluyla- müdahalesi yasaklanmaktadır. 2. fıkrada da sayılan meşru müdahale nedenleri sarih ve sınırlı olarak sayılmaktadır.⁶

Haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılması, AİHS m. 8/2’de yer alan sınırlandırma nedenlerinin varlığı halinde söz konusudur.⁷ Bu nedenler; ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun ve düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır.

Anayasa, AİHS’de öngörülen sınırlama nedenlerine paralel bir düzenleme getirerek haberleşme özgürlüğünü güvence altına almaktadır. AY m. 22’ye göre; haberleşmenin sınırlandırılması, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi,⁸ genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak hakim kararıyla, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle mümkündür. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde karar kendiliğinden kalkar. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.

Haberleşme özgürlüğüne kamu makamlarınca yapılacak müdahale, bir başka deyişle haberleşmenin denetimi, AİHS’de öngörülen ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun ve düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ancak yasal

⁶ Gölcüklü, Feyyaz/Gözübüyük, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 3. Bası, Ankara 2002, s. 330, 341, 374.

⁷ AİHS m. 8: “1. Herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

2. Bu hakların kullanılmasına ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun ve düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuka uygun olarak yapılan ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan müdahalelerin dışında, kamu makamları tarafından hiçbir müdahale yapılamaz.”

⁸ 3.7.2005 tarih 5397 sayılı kanun ile iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına dair usul ve esaslar, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’na ek 7. maddesine fıkralar, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ek 5. madde eklenerek ve 2397 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu’nun 6. maddesinin birinci fıkrası değiştirilmek ve fıkralar eklenmek suretiyle belirlenmiştir. Bu konuda Bkz., Yokuş Sevik, Handan, “Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 67, Kasım-Aralık 2006, s. 41-56.

dayanağı olduğu sürece söz konusu olabilir.⁹ Bunların varlığı da tek başına haberleşmeye müdahale için yeterli değildir. Ayrıca bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması şarttır. Müdahale ile elde edilecek amaç ile müdahale arasındaki orantılılığa da dikkat etmek gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS'nin haberleşmeye saygı hakkının düzenlendiği 8. maddeye aykırılıkları incelerken, AİHS'de öngörülen haberleşme özgürlüğüne müdahalenin kanuna uygunluğunu, m. 8/2'de belirtilen amaçlardan birini gerçekleştirmeye yönelik olup olmadığını ve bu müdahalenin "*demokratik bir toplumda gerekli*" olup olmadığı hususlarını ele almaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, haberleşme girişimini engellemeyi haberleşme hakkı kapsamında değerlendirmektedir. AİHM İngiltere'ye karşı 1975 tarihli Golder kararında, her ne kadar olayda avukata yazılmış bir mektuba el koyma ya da sansür olmasa da, avukatına yazabilmek için izin isteyen başvurucuya izin verilmemesinde haberleşme hakkına bir müdahale olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, müdahalenin denetimi sözleşmenin 8/2 maddesinin kapsamına girerken, müdahalenin kendisinin bu kapsam dışında kalması düşünülemez diyerek, 8. maddenin ihlaline karar vermiştir.¹⁰ AİHM, İsviçre'ye karşı Kopp kararında ise, iletişimin denetlenmesine izin veren kanunun "*hukuk devletinin ilkeleri ile uyumlu olmasını*" aradığını belirtmektedir. AİHM, resmi makamlar tarafından gizli gözleme veya iletişimin denetlenmesinde gözlem açık bir şekilde yapılmadığı için, milli hukukun, bu işlemin kötüye kullanılması tehlikesine karşı ve bireyin 8. maddeden kaynaklanan haklarının keyfi tedbirlere karşı korunmasını sağlamak zorunda olduğuna dikkat çekmektedir. Ayrıca milli hukukun, resmi makamların bu tip gizli tedbirleri almak konusunda yetkili olduğu haller ve koşullar hususunda yeterli açıklıkta olmasının gerek-

⁹ AİHS m. 8/2'deki "kanuna uygunluk" ifadesi, kullanılan tedbirin hukukta bir temelinin olmasını gerektirir. Bu ifade ayrıca ilgili kanunun niteliğini de ilgilendirmekte olup, bu kanunun ilgili kişi tarafından ulaşılabilir olmasını ve bu kimsenin kanunun sonuçlarını önceden öngörebilmesinin mümkün olmasını ve ayrıca kanunun hukuk devletinin temel unsurlarına uygun olmasını gerektirmektedir. AİHM İsviçre'ye karşı Kopp Kararı par. 55 için Bkz., Kühn, Hans/Heiner, "Avukat Telefonlarının Dinlenmesi" (AİHM Kararı Değerlendirmesi)", Çev., Hakan Hakeri, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3*; Ankara 2004, s. 100.

¹⁰ Case of Golder v. The United Kingdom, 21.2.1975, Appl. No. 00004451/70, A 18, Par. 43.

liliğini belirtmektedir.¹¹ Bu bağlamda haberleşme özgürlüğü, suçların önlenmesi ve kamu düzeni gerekçeleriyle sınırlandırılırken haberleşme özgürlüğüne yönelik tedbirlere başvurmak için gerekli koşullar, kanun ile ayrıntılı olarak düzenlemeli ve kötüye kullanmalara karşı etkili tedbirler alınmalıdır.¹² Özetle, demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suçların önlenmesi için haberleşmenin denetlenmesine olanak veren kanuni düzenleme bir zorunluluk olmakla birlikte, kötüye kullanılmasını önlemek için belirgin ve açık olmalıdır.

III. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yer Alan Haberleşme Özgürlüğünün Sınırlanabileceği Haller

Suçları ve faillerini meydana çıkarmak gibi önemli bir toplumsal yarar ile haberleşme özgürlüğü, özel hayatın dokunulmazlığı gibi temel insan haklarına saygının çatıştığı açık olduğundan, haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasının kanunla sıkı şartlara bağlanması gerekir. Bu bağlamda 5271 sayılı CMK'da haberleşme özgürlüğüne yönelik tedbirler düzenlenmek suretiyle, Anayasa ve AİHS'de öngörüldüğü üzere haberleşmenin özgürlüğünün sınırlanabileceği haller kanunla tespit edilmiştir. Böylece haberleşmenin denetlenmesinin hukuki çerçevesi çizilmiştir.

Haberleşmenin denetlenmesi, bu işleme maruz kalan kişinin temel hak ve özgürlüğüne kısıtlamalar getirdiğinden, bunun hakim kararı ile olması haberleşme özgürlüğünün korunması bakımından bir güvence oluşturur.¹³ Hakim güvencesinin her aşamada açıkça öngörülmesi insan haklarına saygının ve hukuk devleti anlayışının bir gereksinimi, aynı zamanda yükümlülüğüdür.¹⁴

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda hem postada el koyma hem de telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin usul ve esasları düzenlenerek haberleşme özgürlüğüne müdahalenin sınırları bir başka deyişle haberleşmenin denetiminin usul ve esasları belirtilmiştir.

¹¹ Kopp kararı parg. 64 için Bkz., Kühne, s. 101-102.

¹² Sözüer, Adem, *Türkiye'de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi*, İHFM 1997, Türcan Rado'ya Armağan, C. LV, S. 3, s. 76.

¹³ Gökçen Ahmet, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El koyma ve Postada El koyma (Özellikle Telefonların Gizlice Dinlenmesi)*, Ankara 1994, s. 196.

¹⁴ Tezcan, Durmuş, "Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Muhakeme Hukuku Tedbirleri", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak, Ankara 2000, C. 2, s. 142.

1. Postada El koyma

Postada el koyma,¹⁵ haberleşme özgürlüğünün demokratik hayat biçimindeki üstün değeri dolayısıyla¹⁶ genel el koyma tedbirinden ayrı olarak CMK'nın 129. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir.¹⁷ Postada el koyma, özel bir el koyma şeklidir.¹⁸ Postada el koymaya dair hükümler, haberleşme özgürlüğüne ve haberleşmenin gizliliği esasına suçlulukla etkili bir şekilde mücadele edebilmek için sınırlamalar getirmiştir.¹⁹ Bir başka deyişle AY m. 22/2'de belirtilen kamu düzenini sağlamak için, bir suç dolayısıyla postada el koyma tedbiri ile haberleşme özgürlüğüne müdahale edilmekte, bu müdahalenin hukuki çerçevesi de CMK m. 129'da çizilmektedir.²⁰

1412 sayılı CMUK m. 91 ve m. 92'de "*mektup, telgraf ve sair mersule*"den²¹ söz edilirken CMK m. 129'da "*gönderi*"ler den söz etmektedir.²² Gönderiden anlaşılması gereken, posta hizmeti veren her

¹⁵ 5271 sayılı CMK'nın 129. maddesi 1412 sayılı CMUK'un 91, 92, 93. maddelerinin karşılığıdır. Şahin, Cumhuriyet/Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Külliyyatı*, Ankara 2005, s. 761.

¹⁶ Bkz., Tasarının 96. maddesinin gerekçesi için, Şahin Cumhuriyet, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara 2005, s. 359.

¹⁷ CMK m. 129'a göre; " (1) Suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu sayılıp, posta hizmeti veren her türlü resmî veya özel kuruluştaki bulunan gönderilere, hâkimin veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısı'nın kararı ile elkonulabilir. (2) Hâkim kararının veya Cumhuriyet Savcısı'nın emrinin kendilerine bildirilmesi üzerine el koyma işlemini yerine getiren kolluk memurları, birinci fıkrada belirtilen gönderilerin içinde bulunduğu zarfları veya paketleri açamazlar. El konulan gönderiler, ilgili posta görevlilerinin huzuru ile mühür altına alınıp derhâl el koyma kararını veya emrini veren hâkim veya Cumhuriyet Savcısına teslim edilir. (3) Soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar vermek olasılığı bulunmadıkça, alınmış tedbirler ilgililere bildirilir. (4) Açılmamasına veya açılıp da içeriği bakımından adliyenin eli altında tutulmasına gerek bulunmadığına karar verilen gönderiler, hemen ilgililerine teslim olunur."

¹⁸ Centel, Nur/Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul 2006, s. 351; Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yeni CMK'ya Göre Yenilenmiş 9. Baskı, Ankara 2006, s. 568; Toroslu, Nevzat, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2001, s. 231.

¹⁹ Gökçen, s. 171.

²⁰ Öğretide 1412 sayılı CMUK'daki postada el koymaya ilişkin düzenlemenin ihtiyaca cevap vermekten uzak olduğu belirtilmektedir. Öztürk/Erdem, s. 568.

²¹ Gökçen, "*sair mersule*" kavramına, değer konulmuş mektup ve kutular, koliler ve geniş yorumla telefon ve benzeri araçlarla yapılan haberleşme, posta ve telgraf havaleleri, posta bonoları gibi PTT'nin sunduğu mali hizmetlerin gireceğini belirtmektedir. Gökçen, s. 179.

²² 2001 Tasarısının postada el koymaya ilişkin 96. maddesinde "*postada bulunan mektup, telgraf veya elektromanyetik araçlarla gönderilmiş bilgileri içeren yazı, belge*

türlü resmî veya özel kuruluş vasıtasıyla gönderilen mektup, telgraf gibi gönderilmiş bilgileri içeren yazı, belge, paket veya koli gibi diğer şeylerdir.²³ Posta hizmeti veren kuruluşun kamu veya özel sektör olmasının bir önemi olmadığı için, kargo hizmeti veren özel şirketlerdeki gönderilere de bu madde kapsamında elkonulabilecektir.²⁴ Ancak özel bir kişiye teslim edilmiş şeyler gönderi kapsamında kabul edilemeyecektir.²⁵

Gönderilere el konulabilmesi için; bunların suçun delil, iz, eser ve emarelerini oluşturduğundan şüphe edilmesi temel koşul olup, bunun yanında söz konusu gönderilerin gerçeğin ortaya çıkarılması için ayrıca adliyenin eli altında olması zorunlu olmalıdır. Postada el koyma koruma tedbirine başvurmak için gerekli olan şüphe, suçun delillerini oluşturduğuna yetecek kadar yeterli şüphe olmalıdır. Basit şüphe ile bu tedbire başvurulamaz.²⁶ Bu tedbire soruşturmada ve kovuşturamada başvurulabileceği için, şüpheli veya sanık veya üçüncü kişiler veya tüzel kişiler bu tedbire maruz kalabilir.²⁷

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 129/1'e göre postada el koymaya kural olarak hâkim karar verir²⁸. Cumhuriyet Savcısı ise ancak gecikmesinde sakınca olan hâllerde el koyma kararını verebilir. Bu kararın hakim tarafından onaylanması mecburiyetine ilişkin kanunda bir düzenleme yoktur.²⁹ Ancak, CMK'nın el koyma kararını verme yetkisini düzenleyen 127. maddenin 3. fıkrasında ise, hakim kararı olmaksızın yapılan el koyma işleminin 24 saat içinde hakim onayına sunulacağı, hakim onayına ise el koymadan itibaren 48 saat içinde kararını açıklayacağı, aksi halde el koymanın kendiliğinden kalkacağı belirtilmiştir. Postada

veya diğer gönderilerden söz etmektedir. Ancak CMK m. 129'da sadece "gönderiler" düzenlediğinden, elektromanyetik araçlarla gönderilmiş yazı, belge ve diğer gönderiler iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine tabi olacaktır. Hakeri, Hakan, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre El Koyma Koruma Tedbiri", *TBB Dergisi*, S. 60, Eylül/Ekim 2005, s. 99.

²³ Öztürk/Erdem, s. 568.

²⁴ Öztürk/Erdem, s. 568; Hakeri, otobüs firmalarına teslim edilerek gönderilen şeylere, postada el koyma hükümlerine göre el konulabileceğini belirtmektedir. Hakeri, s. 99.

²⁵ Hakeri, s. 99.

²⁶ Gökçen'e göre; delil elde edilmesi çok zor olan terör veya uyuşturucu madde suçlarında basit şüphe ile yetinilebilir. Gökçen, s. 177.

²⁷ 1412 sayılı CMUK m. 91'e göre postada el koymaya maruz kalan kişi sanık idi.

²⁸ Sıkıyönetim Kanunu'nda postada el koyma kararını sıkıyönetim komutanının vereceği (SYK m. 3/c) belirtilmiş, Olağanüstü Hal Kanunu'nda ise bu konuda bir düzenleme mevcut değildir. Öztürk/Erdem, s. 568.

²⁹ 1412 sayılı CMUK m. 92/4'te, Cumhuriyet Savcısı'nın el koyma işleminin üç gün içinde hakim tarafından onaylanması öngörülmüştür.

el koyma CMK'da özel olarak düzenlendiğine göre, hakim onayının aranacağı da 129. madde de açıkça düzenlenmeliydi. Kanımca, AY'nın m. 22/2'nin yetkili merciin kararının hakim onayına sunulmasını öngören hükmü ve CMK m. 127/3 gereğince Cumhuriyet Savcısı'nın el koyma işleminde hakim onayı zorunludur.

Genel el koymadan farklı olarak, gecikmede tehlike gerekçesiyle kolluk amirlerine, postada el koyma emri verme yetkisi tanınmamıştır.³⁰ Kolluk memurları, sadece bu tedbiri yerine getirmekle yükümlüdür. El koyma işlemini yerine getiren kolluk memurları, sadece hâkim kararını veya Cumhuriyet Savcısı'nın emrini yerine getirirler; ancak zarf veya paketleri hiçbir suretle açamaz, ilgili posta görevlilerinin huzuru ile bunları mühür altına alıp hemen, hâkime veya Cumhuriyet Savcısı'na teslim ederler (CMK m. 129/2).

Kendisine teslim edilen mühür altındaki şeyleri açıp açamamak hususuna ve el konulan gönderinin ilgiliye iade edilip edilmeyeceğine ilişkin karar, hâkim veya Cumhuriyet Savcısı tarafından verilir (CMK m. 129/4).³¹ Bu husustaki karar, gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet edip etmediği ve bunları adliyenin eli altında tutmanın gerekip gerekmediği hususları değerlendirilerek verilecektir.

1412 sayılı CMUK m. 92/3 ve Hükümet tasarısının 96. maddesinde savcının el koyduğu gönderiyi açamayacağı ve hakime teslim edeceği öngörülmüştü.³² Böylece kendisine teslim edilen mühür altındaki şeyleri açıp açamamak hususundaki kararın hâkim tarafından verilmesi söz konusuydu. Postada el koyma tedbiri ile haberleşme özgürlüğüne bir müdahale söz konusu olduğundan, kanımca el konulan gönderilerin hakim tarafından incelenmesi bir güvence oluşturur. Kaldı ki postada el koyma yetkisi kural olarak hakim de, gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet Savcısı'ndadır. Gönderiye el koymadan sonra bu koruma tedbirinden beklenen yarar açısından gecikmede sakınca artık kalmamıştır. Bu durumda ise, el konulan gönderilerin hakim tarafından incelenmesi ve açılıp açılmamasına veya açıldıktan sonrada gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet edip etmediği ve adliyenin eli al-

³⁰ Centel/Zafer, 4. Bası, s. 351.

³¹ Bkz., Centel/Zafer, 4. Bası, s. 351.

³² Sokullu/Akıncı, AY m. 22/2 ile haberleşmenin gizliliğine dokunulması yani kapsamının öğrenilmesi bakımından hakim kararı arandığını, CMUK 92/3'deki savcının açmadan hakime teslim etme zorunluluğu öngörüldüğüne göre, sadece savcının el koyma kararı ile bu gizliliğin ihlal edilmeyeceğini belirtmektedir. Bkz., Sokullu/Akıncı, Füsun, *Polis Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları*, İstanbul 1990, s. 132.

tında bulunmasına gerek olup olmadığı hususlarına hakim tarafından karar verilmesi gerekir. Bu nedenle Cumhuriyet Savcısı'nın kendisine verilen gönderileri hakime vermesi ve incelemenin hakim tarafından yapılması şeklindeki düzenleme daha yerindedir.

Açılmamasına veya açıldıktan sonra adliyenin eli altında tutulmasına gerek bulunmadığı anlaşılan gönderiler, hemen ilgililerine teslim olunur (CMK m. 129/4).³³ Postada el koyma koruma tedbirinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığı'na derhâl bildirilir (CMK m. 138/1).

Postada el koymanın, ilgiliye bildirilmesi, tedbirden beklenen yarara zarar vermemek koşuluyla söz konusudur ki, bu da soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar verme olasılığının bulunmadığı (CMK m. 129/3) hallerdir. Bu olasılık Cumhuriyet Savcısı veya hakim tarafından takdir edilecektir Ancak hukuka uygunluk denetimini sağlamak için soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar verme olasılığı ve ilgiliye neden haber verilmediği gerekçelendirilmelidir. Kanımca postada el koyma tedbiri ile haberleşme özgürlüğüne müdahale söz konusu olduğundan, tedbirden beklenen yarar sona erdiğinde, ilgiliye bu durum bildirilmelidir.

Koşulları oluşmadığı halde el konulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen gönderiler söz konusu olduğunda, kişinin tazminat hakkı doğar (CMK 141/1-j).

2. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi

a. Genel Olarak

Telekomünikasyon³⁴ yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, araya bir vasıta koymak suretiyle gerçekleştirilen her türlü haberleşmenin

³³ Gökçen'e göre el konulan mektubun tahkikat için gizli tutulmasına ihtiyaç duyulmayan kısımları mektubun muhatabına gönderilmelidir., Gökçen, s. 187.

³⁴ Bkz., Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik m. 3-l'e göre; telekomünikasyon; her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını, ifade eder. Bu yönetmelik, 10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanmıştır.

gizlice dinlenmesi, buradan elde edilen bilgilerin kaydedilmesi ve değerlendirilmesini içerir.³⁵ Telefon görüşmelerinin dinlenmesi AİHS m. 8/2 anlamında “*kamusal güç ile ihlal*” olup, kişiye m. 8/1 ile sağlanmış haberleşme hakkının da ihlalini oluşturur. Bu tür müdahale, kanuna uygun yapılmadığı, AİHS m. 8/2’de sayılan amaçlardan birini hedeflemediği ve ayrıca bu hedeflere ulaşılması “*demokratik bir toplumda*” gerekli olmadığı sürece Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlalini oluşturur.

Telefon konuşmalarının kaydedilmesi veya herhangi bir şekilde dinlenmesi özel yaşama ve iletişime yönelik ağır bir ihlaldir ve bu nedenle kanuni dayanağı olmalıdır.³⁶ Haberleşme özgürlüğünün Anayasanın 22/2. maddesinde belirtilen nedenler bulunmadıkça engellenemeyeceğine ve gizliliğine dokunulamayacağına ilişkin ve Anayasanın 13. maddesindeki temel hak ve hürriyetlerin “*ancak kanunla sınırlanabileceği*”ne ilişkin hükümleri karşısında, iletişimin denetlenmesinin usul ve esaslarının açıkça kanunla düzenlenmiş bulunması zorunludur. Bu kanunun da özellikle açık olması gerekmektedir. Özellikle kullanılan teknolojinin gittikçe ilerlediği düşünüldüğünde, bu alanda açık ve kapsamlı kuralların bulunması kaçınılmaz bir gerekliliktir.³⁷ AİHM, telefon dinlemeye ilişkin temel koşul olarak, konunun kanun ile düzenlenmesini aramakta, ayrıca ceza muhakemesinin bir parçası olarak telefon dinlenmesinde uyulması gereken kuralları belirlemektedir. Bu kurallar; ağır şüphe sebeplerinin varlığı, başka delil kaynaklarının bulunmaması gerektiğine, dinlenebilecek kişilerle ilgili sınırlamalara ve dinlemenin en fazla ne kadar süreyle yapılabileceğine ilişkindir.³⁸

Telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşmenin denetimi, mevzuatımızda sadece 30.7.1999 tarihli ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’nda belirli örgütlü suçlar için düzen-

³⁵ Öztürk/Erdem, s. 590; Geniş bilgi için Bkz., Erdem, Mustafa Ruhan, *Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, Ankara 2001, s. 99 vd.

³⁶ Öğretide telefon dinlenmesinin kanuni dayanağı olması gerektiği, CMK’da bu konuda bir düzenleme yapılmadan önce ileri sürülmüştür. Bkz., Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. bası, İstanbul 2000, no. 45.52 (396); Tosun Öztekin, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, C. I Genel Kısım, İstanbul 1984, s. 912; Centel, Nur/Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 1. Bası, İstanbul 2003, s. 268; Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 5. bası, İstanbul 1994, s. 350; Sözüer, s. 76.; Gökçen, s. 172; Zafer, Hamide, *Ceza Hukukunda Terörizm*, İstanbul 1999, s. 283.

³⁷ Kühne, s. 103.

³⁸ Kühne, s. 105.

lenmişti.³⁹ 1412 sayılı CMUK'da telefon ve benzeri araçlarla yapılan haberleşmenin denetlenmesi konusunda açık bir düzenleme bulunmadığı için, postada el koyma hükümleri uygulanmakta, her suç bakımından denetleme yapılabilmekte idi.⁴⁰ Postada el koymayı düzenleyen 1412 sayılı CMUK'un 92. maddesinde "*sair mersule*" kavramı genişletici yoruma tabi tutulmak suretiyle telefon, teleks, telefaks gibi vasıtalarla yapılan haberleşmenin, işlenen suçları ortaya çıkarmak amacıyla, kovuşturma makamları vasıtasıyla denetlenmesini kabul etmek bir zorunluluk halini almıştı. Uygulamada da telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşme, Telefon İşletmeleri Rehberi hükümleri (m. 4/4) ve CMUK m. 92'ye göre denetlenmiştir.⁴¹ 4422 sayılı kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte, öğretide iletişimin denetlenmesinin, kanuni dayanağa kavuşmuş olduğu, CMUK'daki hükümlerin artık uygulanma olanağı kalmadığı ve istisnai nitelikte bu özel hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.⁴² 4422 sayılı kanunun özel bir kanun olması ve genel bir düzenlemeye duyulan ihtiyaç karşısında,⁴³ AİHS'in taraf devletlere yüklediği yükümlülük de göz önüne alınarak 5271 sayılı CMK'da bu husus yeniden düzenlenmiştir.⁴⁴ 5271 sayılı CMK, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin hangi hallerde denetlenebileceğini; iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınmasının ve sinyal bilgilerinin dinlenmesinin koşullarını; belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimsenin bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemeyeceğini ve kayda alamayacağını hüküm altına almıştır.

³⁹ 30.7.1999 tarihli ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu 5320 sayılı kanunun m. 18/1-d ile 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır. 4422 sayılı kanundan önceki değerlendirmeler bakımından ayrıntılı bilgi için Bkz., Ersoy, Yüksel, "*Özel Telefon İşletmelerinin Dinleme ve Bilgi Verme Sorunları*", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s. 317-320.

⁴⁰ Gökçen, 191.

⁴¹ Gökçen, s. 176. Ayrıca, bir başka görüşe göre ise, postada el koyma hükümleri kıyasen uygulanabileceği ileri sürülürken, haberleşmenin denetlenmesi bakımından ne kıyas ne de genişletici yorumun mümkün olmadığı da ileri sürülmekte idi. Bu konuda Bkz., Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa R./Özbek, Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 2001, s. 656-657.

⁴² Centel/Zafer, 1. Bası, s. 269; Ersoy, s. 321.

⁴³ Öğretide Centel/Zafer, bu hususun genel yasada ayrıca yer alması gerektiğini belirtirken, Ersoy, tek bir kanunda düzenleme yapılması gerektiği görüşünde idiler. Bkz., Centel/Zafer, 1. Bası, s. 272; Ersoy, s. 320.

⁴⁴ Maddenin gerekçesinde de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına uygun genel bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmakta olduğu belirtilmiştir. Bkz., Hükümet Tasarısı m. 107'nin gerekçesi, Yalvaç Gürsel, *Karşılaştırmalı Gerekçeli Yeni TCK-CMK ve CGTİK*, Ankara 2005, s. 830;

b. İletişimin Denetlenmesi Kararı

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 135/1'e göre,⁴⁵ bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada⁴⁶ suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde⁴⁷ Cumhuriyet Savcısı'nın kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir.⁴⁸

İletişimin denetlenmesi koruma tedbiri ile devletin aidiyetini gizlemek suretiyle muhatap kişiden bilgi edinilmesi söz konusudur.⁴⁹ Bu tedbir, delil elde etmek amacıyla halen işlenmiş olan bir suçun muhakemesiyle sınırlıdır.⁵⁰ Telekomünikasyon aracının şüpheli veya sanığın evinde, işyerinde olması tedbirin uygulanması açısından önem taşımaz.⁵¹ Bu tedbire başvurabilmek için, bir suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphenin varlığı gereklidir.⁵²

Ancak sadece kuvvetli şüphenin varlığı yeterli olmayıp, aynı zamanda başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması da zorunludur. Bu nedenle öncelikle diğer koruma tedbirleriyle delil elde

⁴⁵ 25.5.2005 tarih ve 5353 sayılı kanunun 17. maddesi ile 135. maddede değişiklik yapılmıştır. Hükümet Tasarısı m. 107'de "beş yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren cürümlerde" bu usulün uygulanacağı hükme bağlanmış idi. Bkz., bu tasarının gerekçesi için, Yalvaç, 830-832.

⁴⁶ 5353 sayılı kanunun 17. maddesi ile CMK m. 135/1 değiştirilmeden önce iletişimin denetlenmesi sadece soruşturmada söz konusuydu. Centel/Zafer, duruşmada kural olarak aleniyet geçerli olduğu ve kanunda bu tedbire mahkemenin vereceğine ilişkin bir açıklık olmadığı için bu tedbire sadece soruşturma evresinde başvurulabileceğini belirtmektedir. Centel/Zafer, 4. Bası, s. 363.

⁴⁷ Yönetmelik m. 3-d'de "Gecikmesinde sakınca bulunan hal: Derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması olasılığının ortaya çıkması hali" şeklinde tanımlanmıştır.

⁴⁸ Yenisey, bunu "adli amaçlı dinleme", suç olayı gerçekleşmeden önceki telefon dinlemesini "önleme dinlemesi" şeklinde adlandırmaktadır. Yenisey, Feridun, "Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Yönetmeleri", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak, Ankara 2000, C. 2, s. 117-118.

⁴⁹ Erdem, *Gizli Soruşturma Tedbirleri*, s. 49.

⁵⁰ Öztürk/Erdem, s. 592.

⁵¹ Centel/Zafer, 4. Bası, s. 365.

⁵² Kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığının aranması hakkında Bkz., Yarsuvat Duygun, "Çıkar Amaçlı Örgütlü Suçların Koğuşturulması"; Ceza Hukuku Reformu, İstanbul 2001, s. 338; Öztürk/Erdem, s. 592; Özbek, Veli Özer, *CMK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı)*, Ankara 2005, s. 567-568; Centel/Zafer, 4. Bası, s. 365.

edilmesi yoluna gidilecek, bundan sonuç alınamadığı takdirde bu tedbire başvurulacaktır.⁵³

Ceza Muhakemesi Kanunu madde 135 ve devamındaki maddelerde öngörülen iletişimin denetlenmesi; iletişimin dinlenmesi, tespiti ve kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi şeklinde olur. İletişimin tespiti, iletişimin içeriğine müdahale etmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemlerdir (Yönetmelik, m. 3-f).⁵⁴ Bir başka deyişle iletişimin tespiti, bir telekomünikasyon hizmeti yoluyla kurulan bağlantının kimler arasında olduğunun tespitidir. 5353 sayılı kanunun 17. maddesiyle değişik CMK'nın 135/6 fıkrasında bu madde kapsamında *"dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine"* ilişkin hükümlerin fıkra da sayılan katalog suçlarla ilgili olarak uygulanabileceği öngörüldüğü için, iletişimin tespiti tüm suçlar için mümkündür. Nitekim Yargıtay'da bu yönde karar vermiştir.⁵⁵

İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması, telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmalar ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri ifade eder (Yönetmelik m. 3-e). İletişimin dinlenmesi, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden konuşmalar açısından geçerlidir. İletişimin kayda alınması ise, telli veya telsiz telefonla ya da internet

⁵³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz., Öztürk/Erdem, s. 592-593.

⁵⁴ Adalet Komisyonu raporunda; iletişimin tespiti ile kastedilenin, belli bir telefon numarasından kimlerin ne zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının tespiti olduğu belirtilmiştir. Bkz., Şahin, 377.

⁵⁵ "5353 sayılı kanunun 17. maddesiyle değişik CMK'nın 135/6 fıkrasında bu madde kapsamında *"dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine"* ilişkin hükümlerin fıkra da sayılan katalog suçlarla ilgili olarak uygulanabileceği öngörülmüştür. Soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı telefonuyla yaptığı görüşmelere ilişkin detay bilgilerinin, yani telefonla yapılan bağlantıların kimlerle ve ne zaman yapıldığının belirlenmesi anlamına gelen *"tespit"* yukarıda belirtilen CMK'nın 135. maddesinin 6. fıkrası kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle, hangi suça ilişkin olursa olsun, şüpheliye ait telefonda kimlerle, ne zaman görüşüldüğüne dair *"tespit"* CMK'nın 135/1. maddesi uyarınca hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısı'nın kararıyla mümkün olacaktır. Bu gerekçeler dikkate alındığında, yazılı emre dayanan bozma nedeni yerinde olup, Eyüp 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 8.6.2005 gün ve 2005/365 müteferrik sayılı kararının CMK'nın 309/4'a maddesi uyarınca (Bozulmasına), müteakip işlemlerin mahallinde yerine getirilmesi üzere dosyanın Yargıtay C. Başsavcılığı'na (Tevdiine), 3.10.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." Y.5.CD, 2005/14669 E. 2005/20489 K. Bkz., <http://www.adalet.org/yenickarar> (1.6.2006).

üzerinden yapılan konuşmalardaki ses veya görüntüler açısından ve elektronik posta yoluyla yapılan iletişimin içeriği hakkında uygulanabilir.⁵⁶ İletişime müdahale yollarından biri olan sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü verinin (Yönetmelik m. 3-k) değerlendirilmesidir. İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, sadece CMK m. 136/6'da sayılan katalog suçlar için geçerlidir.⁵⁷ Bir başka deyişle, CMK m. 136/6'da sayılan suçlara ilişkin bir soruşturma ve kovuşturmada şartları oluştuğu takdirde, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi mümkündür.⁵⁸

İletişimin denetlenmesinde kural olarak hakim kararı gereklidir. Soruşturma evresinde tedbire, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi zerine sulh ceza hakimi karar verir. Sulh ceza hakimi, zorunlu savcılık yaptığı hallerde (CMK 163), savcının talebi olmaksızın resen tedbire karar verebilir.⁵⁹ Gecikmesinde sakınca olan hallerde bu tedbire Cumhuriyet

⁵⁶ Bkz., Adalet Komisyonu Raporu için, Şahin, s. 377-378.

⁵⁷ CMK m. 135/6; "Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir: a) Türk Ceza Kanunu'nda yer alan; 1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80), 2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83), 3. İşkence (madde 94, 95), 4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102), 5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103), 6. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), 7. Parada sahtecilik (madde 197), 8. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220), 9. Fuhuş (madde 227, fıkra 3), 10. İhaleye fesat karıştırma (madde 235), 11. Rüşvet (madde 252), 12. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282), 13. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315), 14. 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 Kanun'da tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları. c) Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin (3) ve (4) numaralarında tanımlanan zimmet suçu, d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar, d) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68 ve 74. maddelerinde tanımlanan suçlar."

⁵⁸ 29.6.2006 tarihli 5532 sayılı kanunla değişik Terörle Mücadele Kanunu m. 10/1-f'de Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (8) numaralı alt bendindeki istisnaların uygulanmayacağı belirtilmiştir. (5532 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 18 Temmuz 2006 tarih ve 26232 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanmıştır.) "Bu hüküm, Kanunun 7. maddesinde Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesinde tanımlanan silahlı örgüt suçuna yapılan yollama dolayısıyla terör örgütü üyesi ve bu örgütlere bilerek ve isteyerek yardım eden kişilerle ilgili olarak da iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasının uygulanabileceği şeklinde anlaşılmak gerekir.", Bkz., Özgenç İzzet, *Terörle Mücadele Kanunu*, Ankara 2006, s. 76.

⁵⁹ Centel-Zafer, 4. Bası, 364.

Savcısı'nın kararı ile de başvurulabilir. Ancak Cumhuriyet Savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunmak zorundadır. Hakim ise kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet Savcısı tarafından kaldırılır (CMK m. 135/1).

Tedbire karar veya onay veren hakim, tedbirin uygulanması için gerekli olan koşulların olup olmadığını yani tedbirin hukuka uygunluğunu ve ayrıca tedbire başvurabilmek için “*başka suretle delil elde edilmesi olanağının bulunmaması*”nın aranması, tedbirin amaca uygunluğu yönünde bir değerlendirme yapılmasını gerekli kıldığından, tedbirin amaca uygunluğunu inceleyecektir.⁶⁰

Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir. Bu durumda azami tedbir süresi 6 ayı geçemez. Ancak tedbire konu olan suç, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bir suç ise, gerekli görüldüğünde her seferinde bir ay olmak üzere bu süre birçok kez uzatılabilir (CMK m. 135/3) bir başka deyişle örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bir suç söz konusu olduğunda bu tedbir, süresiz olarak uygulanabilir. Üç aylık sürenin başlangıcı, tedbiri uygulama durumunda olan kolluğun süreyi istediği zaman başlatabilmesine ve böylece uygulamada tedbirin kötüye kullanılmasını önlemek için, kararın verildiği andan itibaren başlamalıdır.⁶¹ Öğretide, bir suçun “*örgütün faaliyeti*” çerçevesinde işlenmiş sayılacağı konusunda belirgin bir ölçüt bulunmadığı için, haklı olarak böyle bir düzenlemenin keyfi uygulamalara yol açacağı belirtilmektedir.⁶² Tedbir süresini uzatma kararı, tedbirin uygulanması için gerekli olan koşulların varlığı tekrar değerlendirilerek gerekçeli olarak verilmelidir. Kişi, hak arama hürriyeti (AY m. 36) ve temel hak ve hürriyetlerinin ihlali halinde yetkili makama geciktirilmeden başvurabilme hakkına sahip (AY m. 40) olduğu için, uzatma kararının gerekçeli olması zorunludur.

İletişimin denetlenmesine ilişkin verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir (CMK m. 135/3).

⁶⁰ Erdem, Mustafa Ruhan, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, www.adalet.gov.tr (10.3.2005) s. 7; Öztürk/Erdem, s. 594.

⁶¹ Öztürk/Erdem, s. 597.

⁶² Öztürk/Erdem, s. 597.

c. Mobil Telefonun Yerini Tespit

Mobil telefonunun yerinin tespiti, haberleşme hakkına müdahale niteliğinde olduğu için, bu hususun da kanunda açıkça düzenlenmesinin zorunluluğu karşısında, CMK m. 135/4'de düzenlemeye gidilmiştir. Bu tedbire, şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi amacıyla başvurulur. Aslında mobil telefonun yerinin tespitinde, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasında olduğu gibi haberleşme özgürlüğüne bir müdahale söz konusudur. Ancak, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi şeklindeki müdahaleler, haberleşme özgürlüğünün gizliliğine yönelik iken, mobil telefonunun yerinin tespitinde haberleşme özgürlüğü kapsamında haberleşme hakkına yönelik bir müdahale söz konusudur. Bu tedbire, sadece şüpheli veya sanığın yakalanması için başvurulması, m. 135/1'de iletişime yönelik müdahalelerin tek tek sayılması, tespit işleminin süresinin ve mobil telefonun yerini tespit kararını verecek yetkili kişilerin ayrıca tekrar m. 135/4'de belirtilmesi, mobil telefonunun yerinin tespitinin, m. 135/1'de belirtilen dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinden ayrı, özel olarak düzenlendiğini göstermektedir. Gerek delil elde etme amacına yönelik CMK m. 135/1'de öngörülen iletişimin denetlenmesi tedbirinden farklı olarak şüpheli veya sanığın yakalanması amacına yönelik olması, gerekse kanunda düzenleniş şeklinden anlaşılabacağı üzere, *“mobil telefonun yerinin tespiti”* aslında ayrı bir koruma tedbiri olup ayrı bir maddede düzenlenmeliydi.⁶³

Mobil telefonunun yerinin tespiti, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'nın kararına istinaden, en çok üç ay için yapılabilir ve bir defa daha uzatılabilir (CMK m. 135/4). Bu durumda azami süre altı aydır. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, kullanılan mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Sadece şüpheli veya sanığın mobil telefonunun yeri değil bu kişilere ulaşılabilmesini sağlayabilecek olan diğer kişilerin mobil telefonunun yerinin tespiti de mümkündür.⁶⁴ Bu tespit işlemi, CMK m. 135/6'da *“dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler”* denildiği için, sadece CMK m. 135/6'da belirtilen suçlar için değil, tüm suçlarda yapılabilir.⁶⁵

⁶³ Özbek de tedbirin, yöneldiği amaçtaki farklılık gerekçesiyle ayrı bir tedbir olduğunu ve ayrı maddelerde düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Özbek, s. 564.

⁶⁴ 25.5.2005 tarihli 5353 sayılı kanunun 17. maddesi ile değiştirilmeden önce, *“kullanmakta olduğu”* denildiği için, sadece şüpheli ve sanığın mobil telefonunun yerini tespit mümkündü. Değişikliğin yerinde oluşu hususunda Bkz., Ünver/Hakeri, 177 dn. 46.

⁶⁵ Şahin, s. 379; Ünver/Hakeri, 172; Aksi görüş Öztürk/Erdem, s. 597.

d. İletişimin Denetlenmesi Kararının Yerine Getirilmesi

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 137/1'e göre; "135. maddeye göre verilecek karar gereğince Cumhuriyet Savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlisi, telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşların yetkililerinden iletişimin tespiti, dinlenmesi veya kayda alınması işlemlerinin yapılmasını ve bu amaçla cihazların yerleştirilmesini yazılı olarak ister ve bu istem derhâl yerine getirilir; yerine getirilmemesi hâlinde zor kullanılabilir."

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 135 kapsamında yapılacak iletişimin tespiti, dinlenmesi kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine yönelik iş ve işlemler, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde kurum başkanına doğrudan bağlı "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı"⁶⁶ adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülür (Yönetmelik m. 17). CMK m. 135'e göre verilecek kararlar, Cumhuriyet Savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlileri tarafından Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na iletilir. Kararlar işletmecilere gönderilmez. Söz konusu kararlar ilgili kurum görevlileri ve Başkanlık çalışanları aracılığıyla teknik uzmanın nezaretinde yerine getirilir (Yönetmelik m14).⁶⁷ İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

İletişimin denetlenmesi sırasında tutulan kayıtlar, Cumhuriyet Savcılığı'nca görevlendirilen kişiler tarafından çözülerek yazılı hale

⁶⁶ Yönetmelik m. 16'ya göre;"Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde doğrudan Kurum Başkanına bağlı olarak faaliyet gösterir. Başkanlık, Telekomünikasyon İletişim Başkanı ile teknik uzman, hukukçu uzman ve idari uzmandan oluşur. Başkanlıkta, Başkanın görüşü doğrultusunda Kurum Başkanı tarafından Kurum içinden veya Kurum dışından yeteri kadar teknik, hukukçu ve idari personel görevlendirilir. Başkanlıkta, Milli İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı'nın ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur. Bu temsilciler başkanlıktaki görevleri esnasında başkanın talimatlarına ve başkanlık tarafından belirlenen kurum içi düzenlemelere riayet eder."

⁶⁷ Yönetmeliğin Kararların yerine getirilmesini düzenleyen 14. maddesi ile kayıtların yok edilmesini düzenleyen 15. maddelerinin 23.1.2006 tarihinde yürürlüğe gireceği öngörülmüştü. Ancak 24.2.2006 tarih 26090 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, 1. maddesi ile eklenen Yönetmeliğin geçici 2. maddesinde, personel ve sistemler yönünden noksanlıklarının giderilerek başkanlığın faaliyete geçtiği ve bu durumun başkanlık tarafından ilgili kurumlara bildirildiği tarihe kadar, en son 23.7.2006 tarihine kadar uygulanmayacağı öngörülmüştür. 23.7.2006 tarihinden itibaren kararların yerine getirilmesi Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nca yürütülmektedir.

getirilir. Yabancı dildeki kayıtlar, tercüman aracılığı ile Türkçeye çevrilir (CMK m. 137/2).

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, m. 135/6'da sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığı'na derhâl bildirilir (CMK m. 138/2).

Tedbir, öngörülen sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde Cumhuriyet Savcısı tarafından derhâl kaldırılır. Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ve tedbirin hâkim tarafından onaylanmaması halinde, tedbirin uygulanmasına Cumhuriyet Savcısı tarafından derhâl son verilir (CMK m. 137/3).⁶⁸ Oysa tedbirin uygulanabilmesi için gerekli koşulların oluşmadığı, örneğin, CMK m. 135/6'daki suçlardan biri olmadığına anlaşılmaması veya suç işlediğine ilişkin şüphenin ortadan kalkması veya başka suretle delil elde edilmesi imkanının varlığı hallerinde olduğu gibi, tedbir uygulanmaya başladıktan sonra anlaşılabilir. Bu durumda da tedbir sona erer.⁶⁹

Tedbirin kaldırıldığı Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına bildirilir. Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen karar, süresi içerisinde hakim tarafından onaylanarak Başkanlığa gönderilmemiş ise kararın uygulanmasına Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından derhal son verilir (Yönetmelik m. 15). Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet Savcısı'nın denetimi altında en geç on gün içinde yok edilir ve durum bir tutanakla tespit edilir (CMK m. 137/3).⁷⁰ Burada kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi halinde tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi, kanımca Cumhuriyet Savcısı'nın kararına itiraz süresinin dolması veya itirazın sonuçlanmasının sonunda olması gereklidir.⁷¹ Hakim onayı alınmaması durumunda tedbirin der-

⁶⁸ Özbek, tedbirin sona ermesinin CMK'daki bu hallerle sınırlı olarak anlaşılmaması gerektiğini belirtmektedir. Özbek, s. 576.

⁶⁹ Öztürk/Erdem, "tedbirin uygulanmasına ilişkin koşullardan birisinin ortadan kalkması"na bir sona erme nedeni olarak yer verilmesinin daha isabetli olacağı kanısındadır. Öztürk/Erdem, s. 600.

⁷⁰ Öğretide Yarsuvat, 4422 sayılı kanuna ilişkin yaptığı değerlendirmede dinlenmeye gerek olmadığı kararı üzerine kayıtların on gün içinde değil, derhal yok edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yarsuvat, s. 339.

⁷¹ Centel/Zafer, 4. Bası, s. 366; Öğretide kovuşturmaya yer olmadığı kararı her zaman için kaldırılabilir bir karar olduğundan burada verileri yok etme konusunda en azından savcıya bir takdir yetkisi tanınmasının yararlı olduğu ileri sürülmüştür.

hal sona ermesi öngörülmesine rağmen, hakim güvencesinden yoksun olarak iletişimi tespit edilmiş ve dinlenmiş bir kişinin özel hayatına ve haberleşme hakkına yönelik bir müdahale sonucu elde edilen kayıtların on gün gibi bir uzun süre elde tutulmasının izahı mümkün değildir. Kayıtların yok edilmesi de derhal olmalıdır. Haberleşme özgürlüğünü korumak bakımından, hakim onayı alınmaması durumunda kayıtların derhal yok edilmesi öngörülmelidir.

Şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi veya hakim onayı alınamaması durumunda kayıtlar yok edilecektir. Ancak, CMK m. 138/2’de telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak m. 135/6’da sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilmesi halinde, bu delilin muhafaza altına alınması ve durumun Cumhuriyet Savcılığı’na derhâl bildirilmesi öngörülmüştür. Bu nedenle, CMK m. 135/6’daki suçların işlendiği şüphesini uyandıran delil olarak kullanılacak kayıtlar CMK 138/2 çerçevesinde yok edilmeyecektir.⁷² Ancak, iletişimin denetlenmesi sırasında CMK m. 135/6’da belirtilen suçların dışında bir suça ilişkin edinilen bilgi delil olarak kullanılamayacağına göre, CMK’da açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bu kayıtların yok edilmesi gerekir.⁷³

e. İletişimin Denetlenmesi Hususunda Bilgilendirme

İletişimin denetlenmesine ilişkin karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur (CMK m. 135/5).⁷⁴ Ancak tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde, soruşturma evresinin bitiminden itibaren en geç on beş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgilisine yazılı olarak bilgi verir (CMK m. 137/4).⁷⁵

Ünver/Hakeri, s. 182-183.

⁷² Ünver/Hakeri, s. 181.

⁷³ Öztürk/Erdem, 602.

⁷⁴ Öztürk/Erdem, tedbire ilişkin kararın ifşa edilmesinin, ifşa eden kişi bakımından TCK m. 258 ve 285’in uygulanmasını gündeme getireceğini belirtmektedir. Öztürk/Erdem, s. 597.

⁷⁵ Ögretide 4422 sayılı ÇASÖMK’da, ilgiliye haber verilmesi olanağını sağlayacak bir düzenlemeye yer verilmesinin gerekliliği ileri sürülmüştü. Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 294.

AIHM, İngiltere'ye karşı Malone, Almanya'ya karşı Klass ve diğerleri kararında⁷⁶ ve Fransa'ya karşı Kruslin/Huvig kararında tedbirle ulaşılmak istenen amaç tehlikeye düşmeyecek ise, ilgiliye sonradan haber vermenin önemine işaret etmiştir.⁷⁷

Kanımca, ilgiliye bilgi verilmesinin, kayıtların yok edilmesi halinde ve soruşturma evresinin bitiminden sonra öngörülmesi yerinde değildir.⁷⁸ Doğal olarak diğer koruma tedbirlerinden farklı olarak, tedbirden beklenen yararın sağlanabilmesi için iletişimin denetlenmesine ilişkin karar ve yapılan işlemlerin gizli olması gerekir. Ancak maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla delil elde etmek için başvurulmuş bu koruma tedbirine ilişkin karar ve işlemlerdeki gizlilik, madde metninde “*tedbir süresince*” denildiği de göz önüne alındığında, soruşturma ve kovuşturmada delil elde edildikten sonra ortadan kalkar. Aslında haberleşme özgürlüğü gibi kişinin temel hakkına müdahale niteliğinde olan bu tedbirden, ilgilinin tedbir sona erdikten sonra haberdar edilmesi gerekir.⁷⁹ AY m. 36'da öngörülen hukuksal korunma güvencesinin etkili olarak gerçekleşmesi için⁸⁰ ve AY m. 40 uyarınca Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahip olduğu için, haberleşme hak ve özgürlüğüne söz konusu tedbir ile yapılan müdahaleden ilgili kişinin haberdar olması gerekmektedir. Kanımca, kanunda tedbirden beklenen yarar sona erdiğinde, ilgili kişinin bu tedbirden haberdar edileceği düzenlenmelidir.

Bu tedbirin hukuka uygunluğunun denetlenmesine ilişkin bir hüküm olmadığı için, bildirim sonucunda kişilerin tedbirin denetlenmesini sağlama imkanı CMK'da yer almamaktadır. Bu durumda idari makamların eylemleri dolayısıyla genel tazminat sorumluluğuna⁸¹

⁷⁶ AIHM'in 1978 tarihli Almanya'ya karşı Klass ve diğerleri kararı için Bkz., Doğru Osman, *İnsan Hakları Avrupa İçtihatları*, İstanbul 1997, s. 151-157.

⁷⁷ Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 294, Erdem, *Gizli Soruşturma*, s. 154.

⁷⁸ Öztürk/Erdem'de, ilgiliye haber verme yükümlülüğünün, dokümanların yok edilmesi; dokümanların yok edilmesinin de tedbire son verilmesi koşuluna bağlı tutulmasını yerinde bulmamaktadır. Öztürk/Erdem, s. 601.

⁷⁹ Yarsuvat, s. 341; Özbek, her bireyin, Bilgi Edinme Kanunu çerçevesinde böyle bir tedbire maruz kalmış olup olmadığı yönünde bilgi verilmesini her zaman talep edebileceğini belirtmektedir. Özbek, s. 577.

⁸⁰ Öztürk/Erdem, s. 601.

⁸¹ Öğretide tazminat sorumluluğunun ayrıca düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Yarsuvat, s. 342; Ünver/Hakeri, idari makamların eylemleri dolayısıyla genel tazminat sorumluluğunun yanında tedbire karar verilmesi veya uygulanması ile ilgili olarak görevi kötüye kullanma suçu bakımından ilgili kamu görevlilerinin bir sorumluluğuna gidilebileceğini belirtmektedir., Ünver/Hakeri, s184.

gidilebilir. Ancak bu hususun, CMK'nın 141. maddesinde öngörülen koruma tedbirleri nedeniyle tazminat hükümleri içinde düzenlenmesi gerekirdi.⁸²

IV. Haberleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında Özellik Arz Eden Haller

1. Avukatlara İlişkin Özel Düzenleme

a. Postada El koyma

Avukatın Ceza Muhakemesi Kanunu avukatlara ilişkin postada el koyma ile ilgili işlemleri ayrı ve genel hükümlerden farklı usul ve özel hükümlere bağlamıştır. Bunun temel nedeni, avukat ile müvekkil arasındaki ilişkinin tam bir gizlilik içinde yürütülmesini sağlayarak, savunma hakkını sağlam tutmak,⁸³ avukatın mesleki sırlarının korunmasını sağlamaktır.⁸⁴ Avukatın bürosunda arama sonucunda⁸⁵ elkonulacak posta söz konusu olduğunda CMK'nın 130. maddesinin 2 ve 3. fıkraları uyarınca bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, elkonulacak şeylerin avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyabilir. Bu durumda elkonulacak 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 hakim yirmi dört saat içinde karar verir. Yetkili hâkim el konulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında, el konulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır.

⁸² Erdem, *İletişimin Denetlenmesi*, s. 12; Ünver/Hakeri, s. 198.

⁸³ CMK m. 154/1'de şüpheli veya sanığın müdafii ile yazışmalarının denetime tabi tutulamayacağı belirtilmiştir.

⁸⁴ Bkz., Tasarının 101. maddesinin gerekçesi için, Şahin, 361; Öztürk/Erdem, bu konuda özel bir düzenleme yapılmasının önemli bir adım olduğu ancak, TCK m. 6'daki yargı görevi yapan deyiminden avukatların da anlaşılacağı belirtildiğine göre, savcı ve hakimlin bürosu nasıl aranıyorsa ve oralardaki gibi el koyma yapılıyorsa, avukatlar içinde öyle olması gerektiğini ve hatta savunma hakkının korunması isteniyorsa bunun yapılmasının gerekli olduğunu belirtmektedir. Öztürk/Erdem, s. 573.

⁸⁵ Avukat bürolarında arama, el koyma ve postada el koymayı düzenleyen CMK m. 130/1'e göre; "Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet Savcısı'nın denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur."

b. Müdafiiin Telekomünikasyon Yoluyla İletişiminin Denetlenmesi

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 136/1'e göre; şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafiiin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135. madde hükmü uygulanamaz;⁸⁶ bir başka deyişle müdafii ve şüpheli veya sanık arasındaki iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması suretiyle denetlenmesi müdafiiin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telefon, elektronik posta gibi telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi denetlenemez. AİHM, avukatlık bürosu gibi işyerlerinden yürütülen telefon konuşmalarının 8/1 maddesi kapsamında özel yaşam ve iletişim kavramları bakımından değerlendirmektedir.⁸⁷

Öğretide, CMK m. 135/2'de tanıklıktan çekinebilecek kişiler ile şüpheli ve sanık arasındaki iletişimin kayda alınamayacağı belirtildiği için ve müdafii de tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında olduğu gerekçesiyle CMK m. 136'daki düzenleme gereksiz bulunmaktadır.⁸⁸ Kanımca, bu eleştiriler yerinde değildir. CMK m. 135/2'de iletişimin denetlenmesi şekillerinden sadece "*kayda alınma*" dan söz edildiği için, tanıklıktan çekinebilecek kişilerden olan avukat ile şüpheli ve sanık arasındaki iletişimin tespiti ya da sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi mümkün olabilecekti. Oysa CMK m. 136'da "*135. madde hükmü uygulanamaz*" denildiği için, m. 135/1'de öngörülen iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerini tespit mümkün değildir. CMK m. 136'daki düzenleme, avukat-şüpheli veya sanık arasındaki meslekî ilişkinin ve savunma hakkının korunması bakımından daha kapsamlı ve açık bir düzenleme getirdiği için yerindedir. Avukatın meslekî sırrı koruma yükümü, avukatın sıfatı veya yüklendiği yargı görevi nedeniyle elde ettiği bütün sırları kapsamaktadır. Bu itibarla avukatın müvekkili ile bütün haberleşmesi de meslekî sır içindedir. AİHM de Kopp kararında, bir İsviçreli avukatın, şüpheli olmayan bir kişi olarak, bir ceza

⁸⁶ İsviçre'deki avukatların telefon dinlemesinden korunmasının esası tanıklıktan çekinme ayrıcalığına dayandırılırken, Almanya'da öğreti ve uygulama bu bağlantıyı ağırlıklı olarak reddetmektedir. Alman CMUK m. 148'e sadece müdafiiin şüpheli ile konuşmaları bakımından bir değerlendirme yasağı çıkarılmakta genel olarak tüm avukatlar ve onların müvekkilleriyle olan konuşmaları bakımından bu yasağın geçerli olmadığı savunulmaktadır. Kühne, s. 107-108.

⁸⁷ İsviçre'ye karşı Kopp Kararı Bkz., Kühne, s. 99.

⁸⁸ Şahin, s. 382., Öztürk/Erdem, s. 598; "Bu iki hükümden birinin metinden çıkarılması önerisi, Barolar Birliği temsilcilerinin itirazı karşısında sonuçsuz kalmıştır.", Şahin, s. 382.

kovuşturmasıyla ilgili telefon dinlemesine konu edilip edilmeyeceğini incelerken, avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkinin etkili bir şekilde korunabilmesi için avukat bürosundan yapılan tüm görüşmelerin mesleki nitelikte olduğunu kabul etmekte bunun sonucu olarak da 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.⁸⁹

Ceza Muhakemesi Kanunu 136. madde metni, sadece müdafinin bürosu, konutu ve işyerlerindeki telekomünikasyon araçlarından söz edildiği için, müdafii bakımından getirilen denetleme yasağının, sadece belirtilen yerlerdeki telekomünikasyon araçları hakkında geçerli olduğu gibi anlaşılmaktadır. Mobil telefonlara ilişkin düzenlemeye madde metninde yer verilmemiş olması eleştirilmiştir.⁹⁰ Kanımca, kanun hükmü avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkinin telefon görüşmelerinin güvenilirliği aracılığıyla korunmasını sağlarken aslında savunma hakkını korumaktadır. Maddenin düzenleniş amacı göz önüne alındığında, müdafinin şüpheli veya sanıkla her türlü iletişiminin denetlenmesi yasağı söz konusudur. CMK m. 136'da sadece müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerlerindeki telekomünikasyon araçları hakkında iletişimin denetlenmesinin yasaklanması değil, mobil telefonla iletişiminin de denetleme yasağının açıkça düzenlenmesi gerekirdi. Ancak bu konudaki eksiklik, şüpheli ve sanığın tanıklıktan çekinecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamayacağını öngören CMK m. 135/2'deki hüküm ile kısmen giderilmektedir Avukatlarında tanıklıktan çekinme yetkisine sahip olduğu ve madde 135/2 müdafileri de kapsadığı için, müdafilerin mobil telefonla yaptığı görüşmeler kayda alınamaz.⁹¹

Müdafiye ilişkin denetim yasağı, şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla öngörüldüğü için, müdafinin kendisi suç işleme şüphesi altındaysa ve CMK 135'deki şartlar söz konusu ise bu maddeye göre avukat için de iletişimin denetlenmesi söz konusu olacaktır.

Önleme amacıyla yapılacak iletişimin denetlenmesi söz konusu olduğunda, müdafinin bu denetlemeye maruz kalıp kalmayacağı tartışmalıdır. Müdafiye ilişkin denetim yasağı, sadece şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla yapıldığına göre, 5397 sayılı kanunda önleme amaçlı iletişimin denetlenmesindeki amaç CMK 136'da öngörülenden farklı olduğu için herkes gibi müdafinin de iletişiminin denetlenebileceği söylenebilir.⁹² Ancak AİHM'in Kopp kararında vurguladığı gibi,

⁸⁹ Kühne, s. 106.

⁹⁰ Bkz., Ünver/Hakeri, s. 201.

⁹¹ Öztürk/Erdem, s. 598; Özbek, s. 573; Ünver/Hakeri, s. 201.

⁹² Özbek, s. 573.

uygulama mesleki ayrıcalığının sadece avukat ile müvekkili arasındaki ilişkiyi kapsadığı ve bununda genelde kabul gördüğü bilinmekte ise de, avukatın nasıl, hangi hallerde, kim tarafından ve özel olarak avukatın mesleği ile bağlantılı olan ve bunun dışındaki işlerle ilgili olan faaliyetler arasında nasıl ayırım yapılacağına açıkça düzenlenmesi gerekir.⁹³

2. Şüpheli veya Sanık ile Tanıklıktan Çekinebilecek Kişiler Arasındaki Haberleşmeyi Sınırlandırma Yasağı

CMK m. 126'a göre; şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; çekinme hakkına sahip olanların nezdinde bulundukça elkonulamaz.⁹⁴ Nezdinde bulunmaktan maksat yalnız kişinin üzeri olmayıp, mektup ve belgelerin yerleşim yerinde veya işyerinde bulunması da, kavramın kapsamı içindedir.⁹⁵

Şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki haberleşme özgürlüğünün denetimini engelleyen bu hüküm, tanıklıktan çekinme olanağının korunmasını amacı ile öngörülmüştür.⁹⁶ Bu hüküm ile sanıkla sırrını açtığı kişiler arasındaki güven ilişkisi korunmaktadır.⁹⁷

Mektup ve belgeler, tanıklıktan çekinebilecek olanlarla, şüpheli veya sanık arasındaki haberleşme kapsamında ise ve çekinme hakkına sahip olanların nezdinde bulunuyorlarsa bunlara elkonulamaz. Ancak, tanıklıktan çekinebilecek olanların soruşturulan veya kovuşturulan suça iştirak veya yataklık etmiş olmaları şüphesi varsa, söz konusu mektup veya belgelere elkonulabilecektir.⁹⁸

Haberleşmeye müdahale anlamında CMK m. 135/2'ye göre; şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi de kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir. Kanun metninde kayda alınamamaktan söz etmektedir. Bu durumda şüpheli veya sanığın söz konusu kişilerle iletişimi tespit edilebilecek, dinlenebilecek

⁹³ Kopp kararı için Bkz., Kühne, s. 103.

⁹⁴ Bkz., 1412 sayılı CMUK m. 89.

⁹⁵ Tasarının 94. maddesinin gerekçesi için Bkz., Şahin, s. 350.

⁹⁶ Erem Faruk, *Diyaletik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, s. 490.

⁹⁷ Gökçen, s. 103, 107.

⁹⁸ Tasarının 94. maddesi aynen kabul edilmiş olup, gerekçesi için Bkz., Şahin, s. 350

veya sinyal bilgileri değerlendirilebilecektir.⁹⁹ Şüpheli veya sanığın iletişimin tespit edilmesi veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi sırasında otomatik olarak bu kişilerle yapılacak iletişimde tespit edileceği için bu nedenle maddede sadece kayda alınamayacağının söylenmiş olması olasıdır.¹⁰⁰ Ancak şüpheli veya sanığın iletişimin tespiti veya dinlenmesi sırasında iletişimin tanıklıktan çekinebilecek kişiler olduğu anlaşıldığında, artık dinlenme yasağı söz konusu olmalıdır. Bunun içinde kanımca maddede açıkça dinlemenin de yasaklanması gerekir.

3. Tutuklunun Haberleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması

Haberleşme hakkı, herkes için olduğu gibi tutuklu için de bir haktır (CGİK m. 114). AY m. 22'ye göre; istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir. Bu kurumlardan biri de tutukevleridir.¹⁰¹ AİHM, cezaevi ve tutukevi hayatının bizatihi kısıtlı ve sınırlı bir hayat olması, burada tutulanların haberleşme özgürlüğü ve hakkına- haberleşmenin gizliliği de dahil olmak üzere- müdahalesini tutuklu ve hükümlü kişinin özel durumu göz önünde tutularak, müdahalenin meşruluğunu İHAS m. 8/2 açısından ele almaktadır. AİHM birçok kararında kurumunun düzeninin sağlama zorunluluğu ile bağlantılı sınırlamalara yer verilebileceğini ve bu bağlamda tutukluların yazışmasının denetime tabi tutulabileceğini açıkça belirtmektedir.¹⁰²

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 154/1'de şüpheli ve sanığın müdafii ile yazışmalarının denetime tabi tutulamayacağı öngörüldüğünden, şüpheli veya sanığın tutuklu olması halinde de yazışmaları denetime tabi tutulamaz. CMK m. 154'de öngörülen denetim yasağını, sanığın İHAS m. 6/3 (c) de belirtilen savunma hakkının yanında, İHAS m. 6/3 (b) de belirtilen sanığın "*savunmasını hazırlamak için yeterli zamana ve kolaylıklara sahip olma*" hakkını göz önünde bulundurarak tutuklu ile müdafinin birbirlerine yazdıkları mektupların derhal yerine ulaştırılmasını

⁹⁹ Öztürk/Erdem, s. 595; Ünver/Hakeri s. 175.

¹⁰⁰ Özbek, s. 569; Ünver/Hakeri, Bakanlık komisyonunda iletişimin tanıklıktan çekinebilecek kişilerle tespit edilemeyeceği gerekçesiyle sadece kayda alma hususunun hükmüne bağlandığını belirtmektedir. Ünver/Hakeri, s. 174.

¹⁰¹ Centel'e göre, AY m. 22/4'de kanunla belirtileceği öngörülen istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kavramına cezaevleri girerse de tutukevleri girmez. Centel, Nur, *Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Tutuklama ve Yakalama*, İstanbul 1992, s. 108.

¹⁰² Bu konuda AİHM kararları için Bkz., Yokuş Sevük, Handan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya İle İletişimi", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII, S. 3-4, Yıl. 2003, s. 344-356.

da kapsayacak şekilde anlamak gerekir.¹⁰³ Tutuklunun müdafii ile olan haberleşmesine ve kurum düzeni çerçevesinde temas ve görüşmelerine hiçbir suretle engel olunamayacağı ve kısıtlamalar konulamayacağı CGİK' da da öngörülmüştür (CGİK m. 114/5).¹⁰⁴ CGİK m. 114/3'e göre; tutukluların yazılı haberleşmeleri ile telefonla görüşmeleri, soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemesince kısıtlanabilir. Ancak bu kısıtlama, ceza muhakemesinin gerçekleştirilmesi amacıyla olmalı ve gerekçesi gösterilmelidir.¹⁰⁵

Tutuklunun, resmi makamlara veya savunması için avukatlara gönderilenler hariç, gönderdiği ve kendisine gelen mektup, faks ve telgraflar denetimden geçer. (CGİK m. 116, m. 68).¹⁰⁶ Tutukluların, tutuldukları kurumlarda araç telefonu, telsiz telefon veya cep telefonu ve benzeri iletişim araçlarını bulundurmaları ve kullanmaları yasaktır. Ancak idarenin kontrolündeki ücretli telefonla görüşme yapmaları, zorunlu hallerde kuruma ait telefon ve faks cihazından yararlanmaları mümkündür. Telefon görüşmeleri idarece dinlenir ve kayda alınır (CGİK m. 116, m. 66).¹⁰⁷

SONUÇ

- Demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suçların önlenmesi için haberleşmenin denetlenmesine olanak veren kanuni düzenleme bir zorunluluk olup, keyfi uygulamaların önüne geçebilmek için belirgin ve açık olmalıdır

- 5271 sayılı CMK'da haberleşme özgürlüğüne yönelik tedbirleri düzenlemek suretiyle, Anayasa ve AİHS'de öngörüldüğü üzere haberleşmenin özgürlüğünün sınırlanabileceği halleri kanunla tespit etmiş, haberleşmenin denetlenmesinin hukuki çerçevesini çizmiştir.

¹⁰³ Benzer düzenleme 1412 s. CMUK m. 144 de öngörülmüştür. Bu konuda Bkz., Yokuş Sevük, Avrupa, s. 370.

¹⁰⁴ CGİK m. 114/6'a göre, özel kanunda yer alan hükümler saklıdır.

¹⁰⁵ Centel/Zafer, 4. Bası, 324.

¹⁰⁶ CGİK yürürlüğe girmeden önce bu konuda yaptığı eleştirilerde Feyzioğlu, mevzuatta tutukevi düzenin bozulmasını ve tutuklama ile gözetilen amacın ihlal edilmesini önlemek amacıyla mektupların açılmasına sansüre tabi tutulmasına veya yok edilmesine ilişkin bir hükmün bulunmaması ve Cezaların İnfazına Dair Tüzüğün sadece hükümlülerin mektuplarının kontrolünü düzenlediği bu nedenle tutukluların mektuplarının kontrolüne ilişkin yapılan faaliyetlerin Anayasaya aykırı olduğunu belirtmekte idi. Feyzioğlu, Metin, "Hürriyeti Bağlayıcı Cezalarda Tutuklama Koruma Tedbirinde Hürriyetin Sınırlanmasının Kapsamı, Sınırı ve Usulü Üzerine Bir Deneme, *Yeni Türkiye*, 1996/10, s. 704-705.

¹⁰⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz., Centel/Zafer, 4. Bası, 324-327.

- Postada el koyma ve telekomünikasyon yoluyla iletişimin dinlenmesi haberleşme özgürlüğünü sınırlayan hallerdir. Bu nedenle hakim kararı ve hakim onayı ile olması tedbirin kötüye kullanılmasını, keyfiliği engeller ve ilgili için güvence oluşturur.

- Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen postada el koyma kararının hakim tarafından onaylanması zorunluluğu yoktur. AY m. 22/2' de öngörülen yetkili merciin kararının hakim onayına sunulmasını öngören hükmü karşısında, Cumhuriyet Savcısı kararını, yirmi dört saat içinde görevli hakim onayına sunmak, hakim de kararını kırk sekiz saat içinde açıklamak zorundadır; aksi halde karar kendiliğinden kalkar.

- Postada el koymanın, ilgiliye bildirilmesi tedbirden beklenen yarara zarar vermemek koşuluyla söz konusudur ki, bu da soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar vermek olasılığının söz konusu olmadığı (CMK m. 129/3) hallerdir. Ancak hukuka uygunluk denetimini sağlamak için soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar verme olasılığı, ilgiliye neden haber verilmediği gerekçelendirilmelidir. Ancak bu halde ilgili AY m. 36, m. 40, AİHS m. 6 ve 8'de öngörülen güvencelerden yararlanabilir.

- Postada el konulan gönderilerin hakim tarafından incelenmesi ve açılıp açılmamasına veya açıldıktan sonrada gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet edip etmediği ve adliyenin eli altında bulunmasına gerek olup olmadığı hususlarına hakim tarafından karar verilmesi ilgili açısından güvence oluşturur. Bu nedenle Cumhuriyet Savcısı'nın kendisine verilen gönderileri hakime vermesini ve incelemenin hakim tarafından yapılmasını öngören CMUK m. 92/3 ve Hükümet Tasarısı'nın 96. maddesindeki düzenleme daha yerindedir.

- Haberleşme özgürlüğüne müdahale oluşturan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gerek Anayasada kişinin temel haklarının ancak kanunla sınırlandırılabilceğinin öngörülmesi gerekse AİHS'ne taraf bir devlet olarak bu özgürlüğe müdahalenin kanunda açıkça düzenlenmesinin zorunluluğu karşısında CMK'da düzenlenmiştir. CMK m. 135'de öngörülen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi; iletişimin dinlenmesi, tespiti ve kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi şeklinde olur.

- İletişimin tespiti tüm suçlar için mümkün iken, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümlerin CMK m. 136/6'da sayılan katalog suçlarla ilgili olarak uygulanabilir.

-Tedbir süresinin uzatılmasına ilişkin karar, tedbirin uygulanması için gerekli olan koşulların varlığı tekrar değerlendirilerek gerekçeli olarak verilmelidir. Adil yargılanma bakımından (AY m. 36, AİHS m. 6) kişinin demokratik bir toplumda hukuk devleti olmanın kapsamında hukuki korumadan yararlanabilmesi için (AY m. 40) uzatma kararının gerekçeli olması zorunludur.

- İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi şeklindeki müdahaleler haberleşme özgürlüğünün gizliliğine yönelik iken, mobil telefonunun yerinin tespitinde haberleşme özgürlüğü kapsamında haberleşme hakkına yönelik bir müdahale söz konusudur. Bu tedbir, bütün suçlar için söz konusu olabilir.

- Mobil telefonun yerinin tespiti, aslında ayrı bir koruma tedbiridir. Ancak kanımca haberleşme hakkına yönelik bir müdahale oluşturduğu bu tedbirin, CMK'nın koruma tedbirleri kısmının beşinci bölümü olan telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi kapsamında ele alınması yerinde olmakla beraber, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması madde başlıklı CMK m. 135/4'de düzenlenmesi yerine, ayrı bir maddede düzenlenmelidir. Mobil telefonun yerinin tespiti ne tüm suçlar için başvurulabilir.

- İletişimin denetlenmesi tedbiri hakkında ilgiliye bilgi verilmesinin sadece 137/4'de söz konusu olan halle sınırlandırılması yerine, tedbirden beklenen yarar sona erdiğinde ilgili kişinin tedbirden haberdar edileceği düzenlenmelidir. Ancak bu halde AY m. 36 ve AİHS m. 6'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkı gerçekleşir ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasından (AY m. 40) yararlanır.

- Ceza Muhakemesi Kanunu m. 135/2'de tanıklıktan çekinebilecek kişiler ile şüpheli ve sanık arasındaki iletişimin kayda alınamayacağı belirtildiği için ve müdafii de tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında olduğu gerekçesiyle CMK m. 136'daki düzenlemenin gereksiz bulunmasına ilişkin eleştiriler yerinde değildir. CMK m. 135/2'de iletişimin denetlenmesi şekillerinden sadece "*kayda alınma*"dan söz edilmektedir. CMK m. 136'da "*135. madde hükmü uygulanamaz*" denildiği için, m. 135/1'de öngörülen iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi mümkün değildir.

- Ceza Muhakemesi Kanunu m. 136'da avukatın mesleki sırrı ve savunma hakkı korunduğu için, şüpheli ve sanığa yüklenen suç dolaısıyla müdafinin mobil telefonla iletişimi de denetlenemez.