

T.C.
POLİS AKADEMİSİ
GÜVENLİK BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ
ADLİ BİLİMLER ANABİLİM DALI

POSTADA ELKOYMA

YÜKSEK LİSANS TEZİ
İsa ÇELİK

Danışman
Prof.Dr. Mesut Bedri ERYILMAZ

ANKARA-2013

T.C.
POLİS AKADEMİSİ
GÜVENLİK BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ
ADLİ BİLİMLER ANABİLİM DALI

POSTADA ELKOYMA

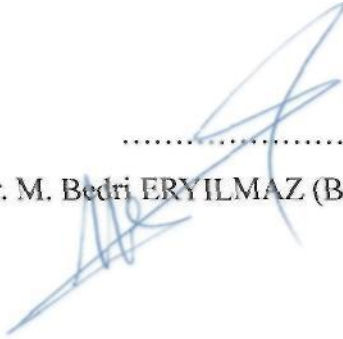
YÜKSEK LİSANS TEZİ
İsa ÇELİK

Danışman
Prof.Dr. Mesut Bedri ERYILMAZ

ANKARA-2013

ONAY

İsa ÇELİK tarafından hazırlanan "Postada Elkoyma" başlıklı bu çalışma, 30/10/2013 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda (oybirliği / oyçokluğu) ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Adli Bilimler Anabilim dalında Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.



.....
Prof. Dr. M. Bedri ERYILMAZ (Başkan-Danışman)



Prof. Dr. Vahit BIÇAK



.....
Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR

TELİF HAKLARI BEYANNAMESİ

GÜVENLİK BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum bu çalışmayı bilimsel ahlâk ve geleneklere aykırı düşecek bir yol ve yardıma başvurmaksızın yazdığımı, yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlardan her seferinde yollama yaparak yararlandığımı belirtir; bunu şerefimle beyan ederim.

Enstitü veya başka herhangi bir mercii tarafından belli bir zamana bağlı kalmaksızın tezimle ilgili bu beyana aykırı bir durumun tespit edilmesi durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara katlanacağımı bildiririm.

30/10/2013

İsa ÇELİK

Ö N S Ö Z

Postada Elkoyma konulu tezin belirlenmesi, hazırlanması ve tamamlanması aşamalarında tavsiyelerde bulunan, anlayış ve sabrı ile yakın ilgi ve desteğini hiçbir zaman esirgemeyen değerli hocam ve tez danışmanım Sayın Prof. Dr. Mesut Bedri ERYILMAZ ile jüri üyelerim Prof. Dr. Vahit BIÇAK ve Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR’e teşekkür etmeyi bir borç biliyorum.

Çalışmanın hazırlanmasında çok değerli zamanını ayırarak görüş ve önerileri ile beni yönlendirerek tezin düzenlenmesi ve düzeltmelerine engin bilgi ve tecrübesi ile büyük katkı sağlayan Cumhurbaşkanlığı Eski Genel Sekreter Yardımcısı, Anayasa Mahkemesi Üyesi Sayın M. Emin KUZ’a ayrıca teşekkür ederim.

Son olarak haklarını ne yapsam ödeyemeyeceğim anne ve babam ile beni her alanda destekleyen sevgili eşim Kevser’e, bana daima ilham kaynağı olan kızım Ayşegül ile oğlum Şamil’e bütün içtenliğimle sevgi ve şükranlarımı sunarım.

İsa ÇELİK/2013

Ö Z E T
T.C.
Polis Akademisi
Güvenlik Bilimleri Enstitüsü
Adli Bilimler Anabilim Dalı
Postada Elkoyma
İsa ÇELİK
Yüksek Lisans Tezi
Tez Danışmanı: Prof.Dr. Mesut Bedri ERYILMAZ
2013 ve 178 sayfa (Ekler hariç)

Ceza yargılamasının amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olup, bu amaçla yürütülen ceza yargılamasının yapılabilmesini ve yapılan yargılama sonunda verilen kararların yerine getirilebilmesini sağlayabilmek amacıyla, geçici olan ve muhatabın temel hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşıyan bazı koruma tedbirlerine başvurulması gereklidir.

Tezimizin konusunu, haberleşme özgürlüğünün demokratik hayat biçimindeki üstün değeri dolayısıyla genel elkoyma tedbirinden ayrı olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 129 uncu maddesinde özel olarak düzenlenen, postada elkoyma koruma tedbiri oluşturmaktadır. Avrupa Birliğine giriş sürecinin etkisiyle ülkemizde büyük ve önemli bir kanunlaşma hareketi yaşanmakta olup, bu süreçte 04.12.2004 tarihli yeni Ceza Muhakemesi Kanunu da Resmi Gazetede yayımlanarak 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Doğal olarak bu değişimin sonucunda temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren koruma tedbirlerine ilişkin hükümlerde de önemli değişiklikler yapılmıştır. Tezimizde postada elkoyma tedbiri incelenirken yeni Ceza Muhakemesi Kanununun sistemi ve hükümleri gözönüne alınmış, gerekli görülen yerlerde 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundaki postada elkoymaya ilişkin hükümlere de değinilerek gerekli karşılaştırmalara yer verilmek suretiyle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile getirilen yenilikler üzerinde durulmuştur.

Postada elkoyma tedbirinin tez konusu olarak seçilmesinde bu tedbirin anayasada belirtilen “haberleşme özgürlüğü” ve “özel hayatın gizliliğı” gibi temel hak ve özgürlükleri yakından ilgilendirmesi ve bu konuda yapılmış çalışma sayısının az sayıda olması etkili olmuştur.

Postada elkoyma koruma tedbirinin tüm yönlerini incelemeyi amaçlayan bu çalışma dört bölüme ayrılmış, ilk bölümde postada elkoyma kavramı, hukuki niteliğı ve postada elkoymaya hakim ilkeler incelenmiş; ikinci bölümde, postada elkoymanın temel hak ve özgürlüklerle özellikle haberleşme özgürlüğü ile ilişkisi kısaca açıklanmış; üçüncü bölümde, Ceza Muhakemesi Kanununda postada elkoyma, amacı, konusu, şartları; dördüncü ve son bölümde, postada elkoymanın yerine getirilmesi ve ilgililere bildirilmesi ile sona ermesi, postada elkoyma nedeniyle tazminat ve Ceza Muhakemesi Kanununun 129 uncu maddesindeki düzenlemenin anayasa aykırılığı hususu tartışılmış ve her bölümde konuyla ilgili yüksek mahkeme kararlarına yer vermeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Haberleşme, Haberleşme Özgürlüğü, Koruma Tedbiri, Elkoyma, Postada Elkoyma.

ABSTRACT
Police Academy
Institute of Security Sciences
Department of Justice Studies
Seizure Mail
İsa ÇELİK
Master's Thesis
Supervisor: Prof.Dr. Mesut Bedri ERYILMAZ
2013 and 178 Page Number (Excluding appendices)

The scope of criminal jurisdiction is to reach absolute reality. It is necessary to apply provisional injunctions violating basic human rights of the accused in order to conduct criminal jurisdiction well and execute the sentences after trial. Seizure of property at the post office is one of these injunctions aims to reach absolute reality.

This thesis disputes seizure of property codified in the Criminal Procedure code no. 5271 apart from general seizure law in accordance with the prevailing importance of freedom of communication in democratic life. With the influence of accession process to the European Union, Turkey is enacting major laws. The new Criminal Procedure Code, after being issued in the Official Gazette on 4 December 2004, was promulgated on 01 June 2005. Major amendments have been made related to the provisions of injunctions effecting basic human rights following this change. This thesis examines seizure of property at post office by considering the system and provisions of new Criminal Procedure Code. It also contrasts related provisions of former Criminal Procedure Code no. 1412, and mentions new provisions of Criminal Procedure Code no. 5271.

The topic of seizure of property at the post office was examined in that this issue is closely related to the constitutional basic human rights such as “freedom of communication” and “expectation of privacy,” also there are very few researches on this issue.

This study, the scope of which is to analyse all aspects of seizure of mail measure, has four parts; the first part analyses seizure of mail measure concept and its legal character, tries to explain basic principles of seizure of mail; the second part explains briefly the relation of seizure of mail with basic human rights and freedoms, particularly with freedom of communication; the third part; tries to explain seizure of mail as stated in the Criminal Procedure Code, its scope, subject matter, provisions; the fourth part, tries to explain enforcement, notification, and termination of seizure of mail measure and compensation because of seizure of mail, discusses unconstitutionality of article 129 of the Criminal Procedure Code and each part tries to analyse related high court judgments.

Key words: Communication, Freedom of Communication, Provisional Injunctions, Seizure, Seizure of Property at the Post Office

POSTADA ELKOYMA

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
TEZ ONAY SAYFASI.....	I
TELİF HAKLARI BEYANNAMESİ.....	II
ÖNSÖZ.....	III
ÖZET.....	IV
ABSTRACT.....	VI
İÇİNDEKİLER LİSTESİ.....	VIII
KISALTMALAR LİSTESİ.....	XII
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

POSTADA ELKOYMA KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

1.1. POSTADA ELKOYMA KAVRAMI.....	6
1.2. POSTADA ELKOYMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	9
1.2.1. Postada Elkoyma Bir Koruma Tedbiridir.....	9
1.2.1.1. Koruma Tedbirlerinin Ortak Özelliklerinin Postada Elkoyma Yönünden İncelenmesi.....	14
1.2.1.1.1. Hükümden Önce Temel Bir Hakkı Sınırlama.....	14
1.2.1.1.2. Geçici Olma.....	16
1.2.1.1.3. Araç Olma.....	18
1.2.2. Postada Elkoyma, Genel Elkoymanın Nitelikli Halidir.....	18
1.2.2.1. Elkoyma Kavramı.....	20
1.2.2.1.1. Elkoyma-Muhafaza Altına Alma.....	23
1.2.2.1.2. Elkoyma-Müsadere (Zoralmı).....	25
1.2.2.2. Elkoyma Yasakları.....	27

1.2.2.2.1. Devlet Sırrı Niteliğindeki Belgeler.....	28
1.2.2.2.2. Elkonulması Yasak Mektup ve Belgeler.....	31
1.2.2.2.3. Basılmış Eserlere ve Basın Araçlarına Elkoyma.....	37
1.2.3. Postada Elkoymanın Ön Şartları.....	41
1.2.3.1. Gecikmede Tehlike Bulunması.....	41
1.2.3.2. Haklı Görünüş.....	42
1.2.3.3. Ölçülülük.....	43
1.3. POSTADA ELKOYMA YAKIN HAKIM OLAN İLKELER.....	43
1.3.1. Hukuk Devleti İlkesi.....	44
1.3.2. İnsan Haysiyetine Uygun İşlem Yapma İlkesi.....	47
1.3.3. Oranlılık İlkesi.....	50
1.3.4. Dürüst İşlem İlkesi.....	53
1.3.5. Özel Hayatın Gizliliği İlkesi.....	54
1.3.6. Maddi Gerçeğin Araştırılması İlkesi.....	60

İKİNCİ BÖLÜM

TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER VE POSTADA ELKOYMA

2.1. GENEL OLARAK.....	64
2.2. HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE POSTADA ELKOYMA.....	64
2.3. HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASI.....	71
2.4. 1412 SAYILI KANUNDA HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN	
SINIRLANMASI.....	75
2.5. 5271 SAYILI KANUNDA HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN	
SINIRLANMASI.....	78
2.6. 5275 SAYILI KANUNDA HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN	
SINIRLANMASI.....	82
2.7. 5237 SAYILI KANUNDA HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN	
KORUNMASI.....	86

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
CEZA MUHALEMESİ KANUNUNDA POSTADA ELKOYMA,
DÜZENLEMENİN AMACI, KONUSU VE ŞARTLARI

3.1. CEZA MUHALEMESİ KANUNUNDA POSTADA ELKOYMA.....	90
3.2. POSTADA ELKOYMANIN AMACI.....	93
3.3. POSTADA ELKOYMANIN KONUSU.....	94
3.4. POSTADA ELKOYMANIN ŞARTLARI.....	98
3.4.1. Şüphe.....	98
3.4.1.1. Şüphe Türleri.....	101
3.4.1.1.1. Basit (Başlangıç) Şüphe.....	101
3.4.1.1.2. Makul Şüphe.....	102
3.4.1.1.3. Yeterli Şüphe.....	102
3.4.1.1.4. Kuvvetli Şüphe.....	102
3.4.1.2. Postada Elkoyma Kararı İçin Gerekli Olan Şüphe.....	104
3.4.2. Postada Elkoymanın Madde Bakımından Şartları.....	105
3.4.3. Postada Elkoymanın Kişi Bakımından Şartları.....	106
3.4.3.1. Postada Elkoymaya Yetkili Olanlar.....	106
3.4.3.1.1. Hâkim Kararı.....	106
3.4.3.1.2. Cumhuriyet Savcısının Yazılı Emri.....	108
3.4.3.2. Postada Elkoymaya Maruz Kalanlar.....	114
3.5. ADLİYENİN ELİ ALTINDA BULUNMASININ ZORUNLU OLMASI.....	119

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
POSTADA ELKOYMANIN YERİNE GETİRİLMESİ,
GÖNDERİLERİN MUHAFAZASI VE POSTADA ELKOYMA
NEDENİYLE TAZMİNAT, ANAYASAYA AYKIRILIĞIN
KAPSAMININ BELİRLENMESİ VE CMK 129 UNC
MADDENİN ANAYASAYA UYGUNLUĞU SORUNU

4.1. POSTADA ELKOYMA İŞLEMİNİN YERİNE GETİRİLMESİ VE İLGİLİLERE BİLDİRİLMESİ.....	120
4.2. POSTADA ELKOYMA TEDBİRİNİN SONA ERMESİ.....	122
4.3. POSTADA ELKONULAN GÖNDERİLERİN MUHAFAZASI VEYA ELDEN ÇIKARILMASI.....	126
4.4. POSTADA ELKOYMA TEDBİRİNİN UYGULANMASI ESNASINDA TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER.....	129
4.5. HUKUKA AYKIRI OLARAK POSTADA ELKOYMA VE SONUÇLARI.....	130
4.6. POSTADA ELKOYMA TEDBİRİ NEDENİYLE TAZMİNAT.....	134
4.7. ANAYASAYA AYKIRILIĞIN KAPSAMININ BELİRLENMESİ VE CMK 129 UNC MADDENİN ANAYASAYA UYGUNLUĞU SORUNU.....	138
SONUÇ.....	164
KAYNAKÇA.....	172
ÖZGEÇMİŞ.....	178

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e	: Adı Geçen Eser
a.g.m	: Adı Geçen Makale
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	: İnsan Hakları Mahkemesi
AY	: Anayasa
Bknz	: Bakınız
Bnzr	: Benzeri
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CYY	: Ceza Yargılama Yasası
E	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HSK	: Hâkimler ve Savcılar Kanunu
HSYK	: Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
K	: Karar
PTT	: Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü
RG	: Resmi Gazete
SEY	: Suç Eşyası Yönetmeliği
Syf	: Sayfa
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TC	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Terörle Mücadele Kanunu
Vb	: Ve Benzeri

Vd.	: Ve Devamı
V.d.	: Ve Diğerleri
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararlar Dergisi

GİRİŞ

Amacı maddi gerçeğin hiçbir kuşkuyla yer vermeksizin ortaya çıkartılması olan ceza yargılaması, suç ihbarının alınması ile başlayarak hükümle sona eren bir süreçtir. Bu süreçte, işlendiği iddia edilen bir fiilin işlenip işlenmediği, işlenmiş ise suç teşkil edip etmediği, eğer suç teşkil ediyor ise kimin tarafından işlendiği sorularına cevap aranmaktadır.

Ceza yargılamasının kendinden beklenen amacı gerçekleştirebilmesi hâkimin, maddi olayı çözmesine ve böylece bunu sabit görmesine veya görmemesine hizmet eden delillerin toplanmasına ve yargılama sonucunda bunları değerlendirerek bir sonuca varmasına bağlıdır. Adil ve çabuk yargılama yapılabilmesi, ceza adaletinin ve verilen kararların infazının sağlanabilmesi açısından ihbar alınır alınmaz delillerin kaybolmadan, yok edilmeden veya değiştirilmeden önce muhafaza altına alınması zorunludur.

Ceza yargılamasında bu zorunluluğu gerçekleştirmek için faydalanılan araçlardan birisi de koruma tedbirleridir. Koruma tedbirleri, yargılamanın yürütülmesini sağlamaya, uyuşmazlık konusu olaya uygun karar vermeye ve verilen kararın infazını sağlamaya yönelik vasıtalarlardır. Tedbire başvurma amacı, yargılamanın usulüne uygun yapılması, delillerin muhafaza altına alınması ve verilen kararın yerine getirilebilmesidir.

Koruma tedbirlerinin uygulanması sonucunda Anayasa ile güvence altına alınmış olan kişinin dokunulmazlığı, kişi hürriyeti ve güvenliği, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü ve mülkiyet hakkı gibi birçok temel hakka müdahale edilmekte ve kullanımlarına doğrudan veya dolaylı sınırlamalar getirilmektedir. Koruma tedbirleri, temel hak ve özgürlüklere getirdiği bu önemli sınırlamalar nedeniyle sadece kanunlarda değil milletlerarası sözleşmelerde ve

anayasalarda da düzenlenmiş, böylece temel hak ve özgürlüklerin garanti altına alınması hedeflenmiştir.¹

Ceza yargılamasının yapılabilmesini ve yapılan yargılama sonunda verilen kararların yerine getirilebilmesini sağlayabilmek amacıyla, geçici olan ve muhatabın temel hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşıyan bu tedbirlerden bir tanesi de postada elkoymadır.

Postada elkoyma tedbirinin tez konusu olarak seçilmesinde bu tedbirin anayasada düzenlenen “haberleşme özgürlüğü” ve “özel hayatın gizliliği” gibi temel hak ve özgürlükleri yakından ilgilendirmesi ile yakalama, tutuklama, arama, elkoyma, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi gibi koruma tedbirlerine ilişkin çokça akademik çalışma yapılmış olmasına rağmen postada elkoyma koruma tedbiri konusunda yapılmış özgün akademik çalışma sayısının yok denebilecek kadar az olması etkili olmuştur.

Postada elkoyma, genel elkoymanın nitelikli bir hali olup, diğer elkoyma hallerinden farkını tedbirin niteliği ve kapsamı oluşturmaktadır. Postada elkoyma, posta hizmeti veren her türlü resmi veya özel kuruluştaki bulunan gönderilerden, suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılmasına yarayacak nitelikte olanların adliyenin eli altına alınmasıdır.²

Postada elkoyma tedbirinin uygulanış şekline ve elkonulan gönderinin içeriğine göre özel hayatın gizliliği, düşünceyi açıklama ve yayma ile mülkiyet hakkı gibi temel haklara da doğrudan veya dolaylı sınırlamalar getirilebilmektedir. Ancak, postada elkoyma koruma tedbirinin uygulanmasıyla sınırlanan özgürlük haberleşme özgürlüğüdür.

¹ Ahmet Gökcen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)*, Ankara: DEÜY, 1994, s. 16.

² Veli Özer Özbek, Nihat Kanbur, Pınar Bacaksız ve Koray Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2008, s. 257.

Hukuk devletinde, temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilgili olan postada elkoyma gibi koruma tedbirlerinin tüm teferruatlarının kanun ile düzenlenmesi keyfilikleri önleyerek vatandaşın devlete ve adalete olan güven duygusunu artıracaktır. Postada elkoyma, haberleşme özgürlüğünün demokratik hayat biçimindeki üstün değeri dolayısıyla genel elkoyma tedbirinden ayrı olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 129 uncu maddesinde özel olarak düzenlenmiştir.

Haberleşme kişinin özel hayatının yaşandığı en önemli alan ve bu alana giren faaliyetleri olup, kişilerin kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurabilmesini ifade eden haberleşme özgürlüğü Anayasanın 22 nci ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 8 inci maddesinde düzenlenmiştir.

Haberleşme özgürlüğü, hak öznesinin dilediği kimselerle, dilediği biçimde haberleşmesinin engellenememesini ve bu haberleşmenin ilgililerin izin ve onayı olmadıkça, üçüncü kişilerin algı ve müdahalesinden korunmasını ifade etmektedir.³

Haberleşme özgürlüğü temel bir insan hakkı olup, bu özelliği nedeniyle diğer temel haklarda olduğu gibi kendisinden yoksunluk bütün haklara karşı bir tehdit oluşturacaktır. Özel hayat hakkı ve bunun özelleşmiş bir hali olarak haberleşme hakkı; yaşama hakkı, mülkiyet hakkı gibi diğer geleneksel haklardan farklı olarak modernleşme ve teknolojiye paralel bir şekilde değişen ve gelişen bir haktır. Teknolojik gelişmeler kişinin haberleşme hakkına müdahale edilmesini kolaylaştırdıkça, kişilerin bu haklarının korunmasını isteme talepleri artmaktadır. Bu sebeple haberleşme kavramı, gelişen teknolojiye değişen tüm iletişim yöntemlerine ayak uyduracak tarzda yorumlanmalıdır.⁴

Haberleşme özgürlüğü sınırsız ve mutlak olmayıp, bazı hallerde sınırlandırılabilir ki bu sınırlama Anayasanın 13 üncü maddesine göre; temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı

³ İbrahim Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul: Afa Yayınları, 1996, s. 155.

⁴ Ursula Kilkelly, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz (Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı)*, İnsan Hakları El Kitapları No.1, Eylül 2007, s. 20.

olarak ancak kanunla ve Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenine ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamamak üzere yapılabilir. Haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin hükümler genel olarak 5271 sayılı CMK ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda (CGTİHK) yer almaktadır.

Haberleşme özgürlüğüne müdahalenin hukuki çerçevesinin çizilmesi ve haberleşme hakkının kullanımının sağlanabilmesi için AİHS’nde yer alan düzenlemelere paralel olarak gerek Anayasamızda ve gerekse diğer kanunlarımızda haberleşme özgürlüğünün güvence altına alınmasına yönelik düzenlemeler de yapılmış ve bu sebeplerle postada elkoyma koruma tedbiri 5271 sayılı CMK’nun 129 uncu maddesinde özel olarak düzenlenmiştir.

Tezimiz, Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenen postada elkoyma koruma tedbirini tüm yönleriyle incelemeyi amaçlamaktadır. Tez çalışmamız esnasında postada elkoyma koruma tedbiri konusunda yapılmış özgün akademik çalışmanın yok denecek kadar az bulunması nedeniyle ciddi bir kaynak sıkıntısı ile karşılaşmıştır. Tez çalışmamızda alanında yetkin akademisyenlerin Ceza Muhakemesi Kanunu şerh, yorum ve ders kitaplarından; konumuz ile doğrudan veya dolaylı şekilde ilişkili olarak yazılmış tez ve makaleler YÖK tez merkezi ile hakemli dergilerden; Yargıtay, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları ise Anayasa Mahkemesinin kararlar bankası, UYAP, Sinerji mevzuat ve içtihat programı ile yüksek mahkemelerin kararlar dergilerinden taranmış özgün bir tez oluşturulmaya gayret edilmiştir.

Postada elkoyma koruma tedbirinin tüm yönlerini incelemeyi amaçlayan bu çalışma dört bölüme ayrılmış, ilk bölümde postada elkoyma kavramı, hukuki niteliği ve postada elkoymaya hakim ilkeler incelenmiş; ikinci bölümde, postada elkoymanın temel hak ve özgürlüklerle özellikle haberleşme özgürlüğü ile ilişkisi kısaca açıklanmış; üçüncü bölümde, Ceza Muhakemesi Kanununda postada elkoyma, amacı, konusu, şartları; dördüncü ve son bölümde ise, postada elkoymanın yerine getirilmesi, ilgililere bildirilmesi ile sona ermesi, postada elkoyma nedeniyle tazminat ve Ceza Muhakemesi

Kanununun 129 uncu maddesindeki düzenlemenin anayasa aykırılığı hususu tartışılmış ve her bölümde konuyla ilgili yüksek mahkeme kararlarına yer vermeye çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

POSTADA ELKOYMA KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

1.1. POSTADA ELKOYMA KAVRAMI

Sosyal bir varlık olan ve bu özelliğinden dolayı bireysel ve toplumsal olarak duygu ve düşüncelerini başkalarına aktarma ihtiyacı hisseden insanoğlu, bu ihtiyacını gidermek için çeşitli yollar aramış ve geliştirmiştir. Tarih boyunca ateş, duman ve davul gibi ilkel yollarla yaptığı haberleşme ile bu ihtiyacını gidermeye çalışan insan, yazının icadı ve teknolojik gelişmeler doğrultusunda mektup, telgraf, telefon ve e-posta gibi daha gelişmiş haberleşme yöntemlerini kullanmaya başlamıştır. Bu gelişmeler doğrultusunda güvercinler, yaya ve atlı postacılarla ile toplumun dar bir kesime yönelik sağlanabilen posta hizmetleri⁵ bu konuda uzmanlaşmış devlet veya özel kurum ve kuruluşlarınca tüm toplumun ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde sağlanmaya başlanmıştır. En basit haliyle bugünkü anlamında posta XV. yüzyıl sonlarına doğru Almanya’da kurulmuştur. XVIII. yüzyılın sonlarına doğru posta bir kamu hizmeti olarak kabul edilmeye ve devlet tarafından düzenlenmeğe başlanmıştır. Bugün posta hizmeti, hemen hemen bütün ülkelerde, en çabuk araçlarla ve en seri şekilde ve sürekli yapılabilen önemli kamu hizmetlerinden biridir. Türkiye’de postanın bir kamu hizmeti olarak kuruluşu Tanzimat Fermanının ilanından sonra olmuştur.

Bir yere gelen veya bir yerden gönderilen mektup ve emanetlerin tümü ve bu emanetleri toplayan ve dağıtan kuruluş ve bu kuruluşun bulunduğu yer⁶ olarak tanımlanan posta, insanların birbirleri ile haberleşmesini sağlayan vasıtalarından birisidir. İnsanlar, posta aracılığı ile birbirlerine mektup, yazı, belge, eşya vb. gönderirler. Kanuni bir tanımı bulunmayan haberleşme ise postadan daha geniş bir kavram olup “duygu, düşünce veya bilgilerin akla gelebilecek her türlü yolla başkalarına aktarılması”⁷ ve

⁵ Posta hizmeti kavramından, posta gönderilerinin kabulü, işlenmesi, sevki, dağıtımı ve teslimine ilişkin işlem ve hizmetleri kapsamaktadır.

⁶ Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, (2005), 10. Baskı, Ankara, s. 1621.

⁷ TDK, Türkçe Sözlük, s. 954.

“bilgi, düşünce ve tutumların ortak semboller sistemi aracılığı ile kişiler ve gruplar arasında değiş-tokuş edildiği süreç”⁸ olarak tanımlanmaktadır.

Haber ise; birisine veya birilerine gelen bilgi, bir olayın kısa veya uzun anlatımı, bilinmeyen bir hususun açıklanması, başka bir yerde olup bitenin nakledilmesi, bilinmesi veya öğrenilmesi gibi çok yönlü anlamlar içeren bir kelimedir.⁹

AİHS’nin 8 inci maddesi anlamında haberleşme kavramının içerisine mektup, telgraf ve e-posta gibi çeşitli iletişim araçlarıyla yapılan her türlü yazılı ve sözlü gönderi girmektedir. AİHM telefon konuşmalarının da bu kavram altında ele alınması gerektiğini kabul etmektedir.¹⁰

Haberleşme özgürlüğü¹¹, hak öznesinin dilediği kimselerle, dilediği biçimde haberleşmesinin engellenememesini ve bu haberleşmenin ilgililerin izin ve onayı olmadıkça, üçüncü kişilerin algı ve müdahalesinden korunmasını ifade etmektedir.¹²

Haberleşme araçlarında meydana gelen gelişme sadece dünyamızı küçültmek ve hayatı kolaylaştırmakla kalmamış aynı zamanda, toplumda suç işlemeye meyilli kimselerin bu araçlardan faydalanmak suretiyle daha organize ve daha büyük çapta suç işlemelerini de imkân dahiline sokmuştur.¹³ Geline aşamada suç ve suçluluk ile mücadele edilebilmesi için kişiler arasındaki haberleşmeye müdahale ve denetim bir zorunluluk haline gelmiştir. Bu denetim yöntemlerinden birisi de postada elkoyma koruma tedbiridir. Haberleşme özgürlüğü sınırsız ve mutlak olmayıp, bazı hallerde

⁸ Kayıhan İçel ve Yener ÜNVER, *Kitle İletişim Hukuku*, Yeniden İncelenmiş 9.Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2012, s. 4.

⁹ Kemal Girgin, *Uluslararası İlişkiler Modern İstihbarat ve Türkiye*, İstanbul: Okumuş Adam Yayınları, 2003, s. 122.

¹⁰ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, 2004, s. 237.

¹¹ Doktrinde; mektup, telefon ve telgraf gibi araçlarla yapılan haberleşme alanında söz konusu olan “özel haberleşme gizliliğinin” kitle haberleşmesine ilişkin özgürlükle ilişkisinin bulunmadığı, Anayasanın 22 nci maddesinde “haberleşme hürriyeti” kenar başlığı ile düzenlenen ve gerçekte “posta dokunulmazlığını” ifade eden bu kavramın haberleşme özgürlüğü içinde incelenmesinin doğru olmadığı yönündeki görüş için bkz. İçel ve Ünver, *Kitle İletişim Hukuku*, s. 24. Tezimiz boyunca haberleşme hürriyeti/özgürlüğü kavramı Anayasa düzenlemesine uygun olarak özel haberleşmenin gizliliği anlamında kullanılmıştır.

¹² Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 155.

¹³ Gökcen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 166.

sınırlanabilir ki bu sınırlama Anayasanın 13 üncü maddesine göre; temel hak ve hürriyetlerin, özlcrine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağılı olarak ancak kanunla ve Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenine ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamamak üzere yapılabilir. Haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin hükümler genel olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda (CGTİHK) yer almaktadır.

İnceleme konumuz; haberleşme özgürlüğünün demokratik hayat biçimindeki üstün değeri dolayısıyla genel elkoyma tedbirinden ayrı olarak düzenlenen ve ceza yargılaması işlemi olan postada elkoyma 5271 sayılı CMK'nun 129 uncu maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

“(1) Suçun delillerini oluşturduğundan şüpbe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu sayılıp, posta hizmeti veren her türlü resmi veya özel kuruluştta bulunan gönderilere, hâkimin veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararı ile elkonulabilir.

(2) Hâkim kararının veya Cumhuriyet savcısının emrinin kendilerine bildirilmesi üzerine elkoyma işlemini yerine getiren kolluk memurları, birinci fıkrada belirtilen gönderilerin içinde bulunduğı zarfları veya paketleri açamazlar. Elkonulan gönderiler, ilgili posta görevlilerinin huzuru ile mühür altına alınıp derhâl elkoyma 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 içeriğı bakımından adliyenin eli altında tutulmasına gerek bulunmadığına karar verilen gönderiler, hemen ilgililerine teslim olunur”

Postada elkoyma, genel elkoymanın nitelikli bir hali olup, diğer elkoyma hallerinden farkını tedbirin niteliğı ve kapsamı oluşturmaktadır. Postada elkoyma, posta hizmeti veren her türlü resmi veya özel kuruluştta bulunan gönderilerden, suçun

delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılmasına yarayacak nitelikte olanların adliyenin eli altına alınmasıdır.¹⁴

Gönderi kavramı; “mektup postası gönderilerini, değer konulmuş mektup ve kutuları ve kolileri”¹⁵, “göndericinin bizzat kendisi veya talimatıyla, üzerinde belirtilen yer ve adrese gönderi türüne ve özel hizmetine göre teslim edilen haberleşme gönderileri ile kitap, katalog, gazete ve süreli yayınları, görme engellilere özgü yazıları, ticari değeri olsun veya eşya içeren posta maddesi ile posta kolisi veya kargosunu”¹⁶ ifade eder. Kısaca gönderiden posta yoluyla bir yerden bir yere gönderilen mektup, yazı, belge, kutu, koli, paket, kargo gibi bütün eşyalar anlaşılmalıdır.

129 uncu maddede; postada bulunan gönderilere, gönderi henüz alıcısına ulaşmadan önce posta işlemini yapan kişi veya kuruluşun elinde bulunduğu sırada elkonulmasına ilişkin hükümler düzenlenmiştir.

1.2. POSTADA ELKOYMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

1.2.1. Postada Elkoyma Bir Koruma Tedbiridir

Ceza yargılaması, suç ihbarının alınması ile başlayarak, bir süre devam ettikten sonra hükümle sona eren bir süreçtir. Bu süreçte, işlendiği iddia edilen fiilin işlenip işlenmediği, işlenmiş ise suç teşkil edip etmediği, eğer suç teşkil ediyor ise kim tarafından işlendiği sorularına cevap aranmakta, geçmişte yaşanmış bir olay araştırılarak belirlenmeye çalışılmaktadır. Diğer yargılama dallarından farklı olarak ceza yargılamasında maddi gerçeğin hiçbir kuşkuyla yer vermeksizin ortaya çıkarılması amaçlanmaktadır.¹⁷ Ceza hukukunun evrensel ilkesi gereği kuşkunun bulunduğu yerde mahkûmiyet kararı da verilemeyecektir.¹⁸

¹⁴ Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 257.

¹⁵ 5584 sayılı Posta Kanununun uygulanmasına dair esasları düzenleyen Posta Tüzüğü'nün 2 nci maddesi R. G.Tarih-Sayı: 12/4/1973, No : 14505

¹⁶ 09.05.2013 tarihli 6475 sayılı Posta hizmetleri Kanununun 3 üncü maddesinin (u) bendi.

¹⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12.06.2001 tarihli ve E:2001/6-120, K:2001/121 sayılı kararı; “Ceza yargılamasının amacı somut gerçeğin hiçbir kuşkuyla yer bırakmaksızın saptanmasıdır.” Ayrıca benzer kararlar için bkz. CGK’nun 12.03.2002 tarihli ve E:2002/6-50, K:2002/206; 05.03.2002 tarihli ve

Ceza yargılamasında kararın adil olması ve uygulanabilirliği, delillerin toplanması ve hâkimin bunlarla temasa geçerek senteze ulaşabilmesine bağlıdır.¹⁹ Hâkimin, yargılama sonucunda maddi olayı çözmesine ve böylece bunu sabit görmesine veya görmemesine hizmet eden araçlara delil denilir.²⁰ Deliller, hâkimin karar kaynaklarını oluşturur ve yargılama esas itibarıyla bu kaynakların değerlendirilmesinden ibarettir.²¹ Ancak, ceza yargılamasına konu ihtilaflarda, işin niteliği gereği -çoğu zaman- yazılı delil aramak veya ilgililere yemin teklif etmek mümkün değildir.²² Adil ve çabuk yargılama yapılabilmesi, ceza adaletinin ve verilen kararların infazının sağlanabilmesi açısından ihbar alınır alınmaz delillerin kaybolmadan, yok edilmeden veya değiştirilmeden önce muhafaza altına alınması zorunludur.

Adil yargılamanın temel gereklerinden biri de yargılamanın mümkün olan en kısa sürede sonuçlandırılması ve hükmün infaz edilebilmesidir.²³ Ceza yargılamasında başvurulacak koruma tedbirleri bu amacı sağlamaya yönelik en önemli vasıtalaradır.

İnsanların, sosyal hayatlarını mümkün kılmak, toplumsal hayatı disipline etmek ve insanların düzen içinde, kargaşa olmadan rahat bir hayat sürmelerini temin etmek için parlamento tarafından hukuk devleti ilkesi esaslarına uygun olarak kanunla konulmuş ve daha sonra herkesin bilmesi temin edilmiş suçları, kendi iradeleri ile kusurlu olarak işlemeleri halinde, bir ceza yargılaması yapılması; bu yapılırken yakalama, tutuklama gibi bazı koruma tedbirlerine başvurulması; adil bir şekilde ve ceza yargılaması hukuku esaslarına uyularak yapılan bu ceza yargılamasının neticesinde bir cezaya hükmedilmesi;

E:2002/6-56, K:2002/181; 04.11.2003 tarihli ve E:2003/6-234, K:2003/262; 22.02.1993 tarihli ve E:1993/4-42, K:1993/37 sayılı kararları.

¹⁸ YCGK.11.04.1994 tarihli ve E:1994/5-47, K:1994/92 sayılı kararı.

¹⁹ Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999, s. 19.

²⁰ Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, 2012, s. 171.

²¹ a.g.e., s. 171.

²² Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 14.

²³ Özbek, *Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 19.

buna mahkûm olan kimsenin cezaevine konması ve cezanın hukuk devleti ilkesi gereklerine göre infaz edilmesi insan onuruna aykırı sayılmaz.²⁴

Ceza yargılamasında delil elde etmek amacıyla başvurulmuş araçlardan birisi de arama, elkoyma gibi tedbirler olmuş ve genel olarak bu tedbirler koruma tedbiri kavramı ile ifade edilegelmiştir.²⁵ Koruma tedbiri kavramı; amacı hedefleyen ve tedbirden sonraki faaliyeti esas alan bir anlam ifade etmektedir. Koruma kavramı ile tedbirin konusunu oluşturan delilin kaybolmaması ve korunması amacı ifade edilmektedir.

Ceza yargılamasında koruma tedbirleri, yargılamanın yürütülmesini sağlamaya, uyuşmazlık konusu olaya uygun karar vermeye ve verilen kararın infazını sağlamaya yönelik tedbirlerdir. Tedbire başvurunun amacı, yargılamanın usulüne uygun yapılması, delillerin muhafaza altına alınması ve verilen kararın yerine getirilebilmesidir. Bazı koruma tedbirleri belirtilen amaçların birkaçını aynı anda yerine getirebilirler. Örneğin, elkoyma ile bir taraftan delil elde edilmekte, diğer taraftan verilecek olan kararın infazı (müsadereye tâbi eşyaya elkonmak suretiyle) garanti altına alınmaktadır.

Doktrinde koruma tedbiri kavramı yerine; zorlama önlemi, usul tedbirleri, zorlayıcı önlem, yargılama önlemleri ve ceza muhakemesi tedbirleri gibi farklı kavramlar kullanılmakta ve yöneldikleri değerlere, uygulandıkları kişilere ve amaçlarına göre çok çeşitli tasniflere tâbi tutulmaktadır. Bu tarz ayrımlar hukukta kullanılan vasıtaları sistemleştirme açısından faydalı olmakla birlikte, kendi içinde bazı çelişkiler ve açıklık getirilmesi gereken hususlar içermesi sebebiyle eleştirilmektedir.²⁶ Söz konusu tedbirler 17.12.2004 tarihli ve 25673 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun dördüncü kısmında “koruma tedbirleri” olarak adlandırılarak uygulama ve doktrinde yaşanan kavram karmaşasının önüne bir nebze olsun geçilmiştir.

²⁴ Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, 2011, s. 42, 43.

²⁵ Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 150.

²⁶ Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 15.

Mevzuatımızda koruma tedbirleri 5271 sayılı CMK'nun Dördüncü Kısımında;

- a) Yakalama ve gözaltı (madde 90-99)
- b) Tutuklama (madde 100-108)
- c) Adli kontrol (madde 109-110)
- d) Arama ve elkoyma (madde 116-134)
 - da) Şüpheli ve sanıkla ilgili arama (madde 116)
 - db) Diğer kişilerle ilgili arama (madde 117)
 - dc) Gece yapılacak arama (madde 118)
 - dd) Eşya ve kazancın muhafaza altına alınması ve bunlara elkonulması (madde 123)
 - de) İçeriği devlet sırrı niteliğinde olan belgelerin mahkemece incelenmesi (madde 125)
 - df) Taşınmazlara hak ve alacaklara elkoyma (madde 128)
 - dg) Postada elkoyma (madde 129)
 - dh) Avukat bürolarında arama, elkoyma ve postada elkoyma (madde 130)
 - di) Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma (madde 134)
- e) Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi (madde 135-138)
- f) Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme (madde 139-140) şeklinde belirlenmiş ve ilgili maddelerinde düzenlenmişlerdir.

Yeni CMK, yakalama ve gözaltı, tutuklama, arama ve elkoyma gibi klasikleşmiş koruma tedbirlerinin yanında, adli kontrol; bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma; telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi; gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme gibi eski usul kanununda öngörülmeyen son derece fonksiyonel ve önemli yeni koruma tedbirlerini öngörmektedir.

Özellikle bu yeni koruma tedbirlerinin aynı zamanda yeni delil elde etme yöntemleri olarak da işlev görecektir. Delilden sanığa giderek maddi gerçeğe ulaşılması sisteminin kurulması bakımından son derece önemlidir.²⁷

Koruma tedbirlerinin uygulanması sonucu Anayasa ile güvence altına alınmış olan kişinin dokunulmazlığı (AY madde 17), kişi hürriyeti ve güvenliği (AY madde 19), özel hayatın gizliliği (AY madde 20), konut dokunulmazlığı (AY madde 21), haberleşme özgürlüğü (AY madde 22) ve mülkiyet hakkı (AY madde 35) gibi birçok temel hakka müdahale edilmekte ve kullanımlarına doğrudan veya dolaylı sınırlamalar getirilmektedir.

Koruma tedbirleri temel hak ve özgürlüklere getirdiği önemli sınırlamalar nedeniyle sadece kanunlarda değil milletlerarası sözleşmelerde ve anayasalarda da düzenlenmiş, böylece temel hak ve özgürlüklerin garanti altına alınması hedeflenmiştir.²⁸ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde,²⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde,³⁰ Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Anlaşmasında³¹ koruma tedbirlerine ilişkin hükümler mevcut olup, Anayasamızın İkinci

²⁷ Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006, s. 497.

²⁸ Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 16.

²⁹ Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 10 Aralık 1948 tarihli ve 217 A(III) sayılı Kararıyla ilan edilmiştir. 6 Nisan 1949 tarihli ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin Resmi Gazete ile yayınlanması yayımdan sonra okullarda ve diğer eğitim müesseselerinde okutulması ve yorumlanması ve bu Beyanname hakkında radyo ve gazetelerde munasip neşriyatta bulunulması” kararlaştırılmıştır. Bakanlar Kurulu Kararı 27 Mayıs 1949 tarihli ve 7217 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

³⁰ Sözleşme 4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da imzalanmış ve 59 uncu maddesine uygun olarak 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamış ve 10 Mart 1954 tarihinde ihtirazi kayıtla onaylamıştır. 6366 sayılı Onay Kanunu 19 Mart 1954 tarihli ve 8662 Sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanmıştır. Türkiye’nin ihtirazi kaydı şöyledir: “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesine Ek Protokolün ikinci maddesi 3 Mart 1924 tarihli ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanununun hükümlerini ihlâl etmez.” Sözleşmeyi yeniden düzenleyen 11 Numaralı Protokol 11 Mayıs 1994 tarihinde imzaya açılmış ve 4 üncü maddesine uygun olarak 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye 11 Numaralı Ek Protokolü 11 Mayıs 1994 tarihinde imzalamış ve 14 Mayıs 1997 tarihinde onaylamıştır. 4255 sayılı Onay Kanunu 22 Mayıs 1997 tarihli ve 22996 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

³¹ 16 Aralık 1966 tarihli, 2200A (XXI) sayılı Genel Kurul Kararıyla kabul edilmiş ve imza, onay ve katılmaya açılmıştır. 49 uncu maddesi uyarınca, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, insan hakları ve demokratikleşme konusunda evrensel normları belirleyen en önemli uluslararası belgelerden biri olarak kabul edilen Sözleşmeyi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzaladı. 5851 sayılı Onay Kanunu 21 Temmuz 2003 tarihli ve 25175 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Kısımının “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlığını taşıyan ikinci bölümünde de benzer hükümler mevcuttur.

Doktrinde çok farklı tanımları yapılan koruma tedbirleri tüm bu anlatımlar ışığında şu şekilde tanımlanabilir:

“Ceza yargılamasının yapılmasını veya yapılan yargılamanın sonunda verilecek kararların yerine getirilebilmesini sağlayabilmek amacıyla, kural olarak, ceza yargılamasında karar verme yetkisini haiz olanlar tarafından, geçici olarak başvurulmuş ve muhatabın temel hak ve özgürlüklerine müdahaleyi gerektiren kanuni çarelerdir.”³²

1.2.1.1. Koruma Tedbirlerinin Ortak Özelliklerinin Postada Elkoyma Yönünden İncelenmesi

Gerekliliği, nitelikleri ve amacı kısaca açıklanan koruma tedbirlerinin doktrinde çeşitli özelliklerinin bulunduğu belirtilmekte, ancak tüm koruma tedbirleri için geçerli ortak özelliklerin;

- a) Hükümden önce temel bir hakkı sınırlama,
 - b) Geçici olma,
 - c) Araç olma,
- olduğu kabul edilmektedir.

1.2.1.1.1. Hükümden Önce Temel Bir Hakkı Sınırlama

Kısaca insan hakları dediğimiz bu haklar ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya başka bir görüş, milli veya sosyal köken, servet, doğuş veya herhangi bir fark gözetilmeksizin, her insanın insan olması nedeniyle istifade edilebildiği haklardır.³³ Bu haklar milletlerarası belgelerde ve anayasalarda koruma altına alınan yaşama hakkı, kişi

³² Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 17; Diğer tanımlar için bkz. Özbek, *Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 19; Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007, s. 197; Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 493.

³³ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, madde 2.

hürriyeti ve güvenliği, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı gibi klasik haklardır.³⁴

Hüküm verilmeden ve suç sabit olmadan önce uygulanan koruma tedbirleri, tedbirin türüne ve kapsamına göre anayasada düzenlenen kişinin dokunulmazlığı, kişinin hürriyeti ve dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, mülkiyet hakkı ve haberleşme hakkı gibi birçok temel hak ve özgürlüğü sınırlamaktadır. Koruma tedbirlerinin mutlaka kanunla düzenlenmesinin asli sebebi de bu hüküm öncesi sınırlama ve müdahaledir.

Postada elkoyma koruma tedbiri açısından konu irdelenecek olursa; elkoyma işlemi ile Anayasanın 20 ve 22 nci maddelerinde düzenlenen özel hayatın gizliliğine ve haberleşme özgürlüğüne, gönderinin kitap veya basılı bir başka eser olması durumunda düşünce ve kanaat hakkı ile düşünceyi açıklama ve yayma hakkına, elkonulan gönderinin maddi değer ifade eden bir eşya olması durumunda ise mülkiyet hakkına müdahale edilmiş olacaktır. Müdahale edilen temel hak ve özgürlük elkonulan gönderinin nitelik ve içeriğine göre değişecektir.

Koruma tedbirlerinin uygulanarak temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmesinin sebebi, suç şüphesi altında bulunan kişilerin soruşturma makamları ile işbirliği yapmalarının beklenmesinin imkânsızlığı ile suç delillerin toplanılmasında hızlı davranma zorunluluğudur.

Koruma tedbirlerinin uygulanması anayasal demokrasilerin temel ilkelerinden olan hukuk devleti ilkesinin de doğal bir sonucudur. Çünkü hukuk devleti; sadece insan haklarına dayanan ve adil olan devleti değil aynı zamanda hukuksal ve toplumsal güvenliği sağlayan devleti de ifade etmektedir. Eğer bu tedbirlere müracaat edilmez ise ceza soruşturması ve kovuşturmalarının yapılması imkânsız hale gelecek ve hukuksal ve toplumsal güvenlik sağlanamayacaktır.

Koruma tedbirlerinin uygulanması sonucu temel bir hak genellikle ilgilinin rızasının varlığına bakılmaksızın hükümden önce sınırlanmaktadır. Mevzuatta belirlenen

³⁴ Zafer Gören, *Temel Hak Genel Teorisi*, 4. Baskı, İzmir: DEÜY, 2000, s. 6 vd.

şartlara uyularak ve gerektiğinde zor kullanılarak koruma tedbirlerinin uygulanması temel hak ve özgürlüklerin ihlâli olarak değerlendirilemeyecektir.

Koruma tedbirleri ile bir kısım temel haklar sınırlanırken kişinin hakları da göz ardı edilmemektedir. Postada elkoyma açısından bu konudaki en büyük güvence elkoyma kararının kural olarak hâkim tarafından verilmesidir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde işlemin Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılması durumunda ise bu emir Anayasanın ilgili maddesi gereğince hâkim onayına sunulmak zorundadır. Diğer birçok koruma tedbirinden farklı olarak postada elkoyma tedbirinde kolluğa bu yetkinin tanınmaması da ayrı bir güvence olarak görülmelidir.

Ayrıca soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar verme ihtimali bulunmadıkça alınmış tedbirler ilgililere bildirilecektir (CMK madde 129/3). Bu bildirim ile ilgililerin kanuni yollara müracaatlarına imkân sağlanarak temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

1.2.1.1.2. Geçici Olma

Koruma tedbirlerinin sınırları kanunlarla çizilmiştir ve demokratik bir hukuk devletinde tedbirlere başvurmanın kural değil istisna olması zorunludur.³⁵ Nitekim bunlar, esas itibariyle ceza yargılamasının zarar görme tehlikesinin söz konusu olduğu durumlarda ve bu tehlike devam ettiği sürece uygulanır.³⁶ Koruma tedbirlerinin hüküm verilinceye kadar devam etmeleri gerekli ve zorunlu olmayıp kendilerinden beklenen amaç gerçekleştiğinde veya gerçekleşmeyeceği anlaşıldığında derhal sona erer veya erdirilirler.

Koruma tedbirleri, soruşturma ve yargılama yapılabilmesi ve yapılan yargılama sonucu verilen kararın uygulanmasını sağlama amacına hizmet ederler. CMK'nun 131 nci maddesinin; “Şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşyanın, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye

³⁵ Ferhat Yıldız, “Ceza Değil Koruma Tedbiri; Gözaltı-Arama-Elkoyma”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı; 13, Ağustos-2010, s. 198.

³⁶ Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 216.

tâbi tutulmayacağıının anlaşılması halinde, resen veya talep üzerine geri verilmesine Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından karar verilir. Talebin reddine dair kararlara itiraz edilebilir. 128 inci madde hükümlerine göre elkonulan eşya veya diğer mal varlığı değerleri, suçtan zarar gören mağdura ait olması ve bunlara delil olarak artık ihtiyaç bulunmaması halinde, sahibine iade edilir” hükmü ile bu husus açıkça vurgulanmıştır. Postada elkoyma açısından ise CMK’nun 129 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının; “Açılmamasına veya içeriği bakımından adliyenin eli altında tutulmasına gerek bulunmadığına karar verilen gönderiler hemen ilgisine teslim olunur” hükmü ile aynı husus ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir.

Koruma tedbirlerinin geçici oluşu, bazı defa, sadece zamanla sınırlama manasındadır.³⁷ Ancak geçicilik sürenin açıkça gösterilmesini gerektirmez.³⁸ Zira, geçicilik bir tedbiri haklı gösteren sebebin kalmaması halinde o tedbirin nihayet bulmasını da ifade eder.³⁹ Postada elkoyma emri Cumhuriyet savcısı tarafından verildiğinde bu emir yirmidört saat içinde yetkili hâkim onayına sunulmaz ve yetkili hâkim kararını kırksekiz saat içinde açıklamaz ise karar kendiliğinden kalkacaktır (AY madde 22).

Görüldüğü gibi, elkonulan eşyanın adli makamların elinde kalması, ondan elde edilmek istenen faydanın sağlanması için gereken süre ile sınırlıdır.⁴⁰ Elkoymanın amacı gerçekleştiğinde veya gerçekleşmeyeceği anlaşıldığında - tedbirler geçici olduğu için - ona derhal son verilmelidir.⁴¹ Bu durumda elkoyma işlemi, en geç yargılamayı sona erdiren kesin hükümle birlikte ortadan kalkmaktadır. Ancak, elkoymadan elde edilmek istenen fayda sağlanmışsa veya sağlanamayacağı anlaşılsa, elkonulan eşya hüküm öncesi de sahibine veya ilgisine iade edilmelidir. Şayet elkonulan eşya, müsadereye tâbi bir eşya ise, mahkeme kararına göre ya müsadere ya da sahibine iade edilecektir.

³⁷ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2010, s. 837.

³⁸ a.g.e., s. 837.

³⁹ a.g.e., s. 837.

⁴⁰ Gökcen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 22.

⁴¹ a.g.e., s. 22.

Tüm bu açıklamalardan kolayca anlaşılacağı üzere koruma tedbirleri, geçici niteliktedirler ve yaptırım niteliği taşımazlar. Zira ceza yargılamasının önemli birer başlığı olan koruma tedbirleri, adından da anlaşılacağı üzere bir ceza değildir ve cezalandırma amacıyla da kullanılamazlar.⁴²

1.2.1.1.3. Araç Olma

Koruma tedbirleri, kendi başlarına bir anlam ifade etmeyen, yargılama boyunca eski durumu yaşatmak veya verilecek kararın yerine getirilebilirliğini sağlamak için kullanılan bir vasıta.⁴³ Koruma tedbirleri hüküm vermenin ve verilen hükümün infaz edebilmenin araçlarıdır.

Diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi postada elkoyma da ceza yargılamasının amaçlarına hizmet eden bir araçtır. Bu bağlamda postada elkoyma tedbirine yargılamanın sağlıklı bir şekilde yapılmasını ve verilecek kararın yerine getirilmesini sağlamak amacıyla başvurulmalıdır.

1.2.2. Postada Elkoyma, Genel Elkoymanın Nitelikli Halidir

Koruma tedbirlerinin en önemli amaçlarından biri, delil elde etmek suretiyle ceza yargılamasının sağlıklı bir şekilde yapılmasını temin etmektir.⁴⁴ Sağlıklı bir ceza yargılaması sonucu verilen doğru karar, hem sosyal barışın yeniden tesisine yardımcı olur, hem de hukuka ve adli mercilere olan güveni artırır.⁴⁵

Diğer yandan, başarılı bir ceza yargılaması insan haklarının da güvencesi durumundadır.⁴⁶ Çünkü usulüne uygun yürütülen yargılama neticesinde suçsuz insanlar haksız yere insan hakları ihlallerine maruz kalmayacakları gibi, koruma tedbirleri dolayısıyla sağlam delil elde edildiğinde, kovuşturma makamlarının suçu aydınlatmak

⁴² Yıldız, “Ceza Değil Koruma Tedbiri; Gözaltı-Arama-Elkoyma”, s. 197, 198.

⁴³ Kunter ve diğerleri, *Muhakeme Hukuku Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 837.

⁴⁴ Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 165.

⁴⁵ a.g.e., s. 165.

⁴⁶ a.g.e., s. 165.

için işkence ve fena muamele gibi ilkel metotlara müracaat etme durumu da nispeten azalacaktır.⁴⁷

Gelişen haberleşme teknolojisi; suç ortaklarının koordineli hareket etmeleri, gelişmelerin takip edilebilmesi, delillerin ortadan kaldırılması, kolluk güçlerinin yanıltılmaları gibi alanlarda kullanılmakta olup, bu nedenle haberleşme araçları ile kullanılan temasların da izlenmesi gereği duyulabilmektedir.⁴⁸ Her ne kadar haberleşmenin denetlenmesi özel bir koruma tedbiri olarak öngörülmüşse de, haberleşme özgürlüğüne müdahalenin hukuki çerçevesinin çizilmesi ve haberleşme hakkının kullanımının sağlanabilmesi için AİHS’nde yer alan düzenlemelere paralel olarak gerek Anayasamızda ve gerekse diğer kanunlarımızda haberleşme özgürlüğünün güvence altına alınmasına yönelik düzenlemeler de yapılmış ve bu sebeplerle postada elkoyma koruma tedbiri haberleşme özgürlüğünün öneminden ötürü CMK’nda ayrıca düzenlenmiştir.

Koruma tedbiri olarak postada elkoyma, genel elkoymanın⁴⁹ nitelikli ve özel bir halidir. Haberleşme özgürlüğünün demokratik hayat biçimindeki üstün değeri dolayısıyla genel elkoyma tedbirinden ayrı ve özel olarak CMK’nun 129 uncu maddesinde düzenlenmiştir.⁵⁰ Bu nedenle genel olarak koyma tedbiri için geçerli tüm ilke ve şartlar postada elkoyma için de geçerli olacaktır. Kıyas, kanun koyucu tarafından düzenlenmemiş bir alandaki boşluğu doldurmak için, özel olarak düzenlenmiş alanlardan en çok benzerlik gösteren hukuk kuralını, kural boşluğu bulunan alana uygulamak demektir.⁵¹ Ceza yargılaması hukukunda da istisna durumlar dışında⁵² kıyas

⁴⁷ a.g.e., s. 165.

⁴⁸ Halûk Çolak ve Mustafa TAŞKIN, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007, s. 585, 586.

⁴⁹ Elkoyma 5271 sayılı CMK’nda “elkoyma” şeklinde birleşik yazılırken, sözlüklerde ve imla kılavuzlarında “el koyma” şeklinde ayrı yazılmakta ve bazı yazarlarca bu şekilde kullanımı tercih edilmektedir. Tezimiz boyunca kavramın Kanunda yer aldığı şekliyle yazılmasına gayret edilmiştir.

⁵⁰ Bknz. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyon Raporu, T.B.M.M. 22. Dönem, 3. Yasama Yılı, Sıra Sayısı; 698, Tasarının 96. Madde gerekçesi, s. 45.

⁵¹ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9.Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2012, s. 45.

serbestîsi bulunmaktadır. Bu sebeple elkoyma tedbirine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla postada elkoyma tedbiri için uygulanabilmesi her zaman için mümkün olabilecektir. Tüm bu nedenlerle elkoyma kavramı hakkında kısaca bilgi vermek yararlı olacaktır.

1.2.2.1. Elkoyma Kavramı

Elkoyma, ceza yargılamasında delil olabilecek veya müsadere edilebilecek bir mal varlığı değeri üzerinde zilyedin⁵³ sahip bulunduğu tasarruf yetkisinin kaldırılmasıdır.⁵⁴ Tasarruf yetkisi, bazı taşınabilir mal varlığı değerlerinin zilyetten fiilen alınarak devletin eli altında bulundurulması suretiyle kaldırılabilceği gibi, mal varlığı değerleri zilyette bırakılarak sadece fiilen tasarrufta bulunabilmesi engellenmek suretiyle de kaldırılabilir. Örneğin taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma, mal varlığı değeri kişide bırakılmak suretiyle gerçekleşir.⁵⁵

Elkoyma diğer yargılama hukuku dallarında da var olan bir kavram ve müessesedir. Medeni yargılamada “ihtiyati tedbir”, icra-iflas hukukunda ise “ihtiyati haciz” denilen tedbirler de birer elkoyma olup, bunlar da hukuk dallarının çerçevesi içinde, kişilerin haklarına kavuşmalarını güvence altına almaya yararlar.⁵⁶

CMK’nun elkoymaya ilişkin 123 üncü maddesi; “(1) İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan mal varlığı değerleri, muhafaza altına alınır.

(2) Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir” hükmünü içermektedir.

Kanunda üç tür eşyadan söz edilmektedir:

⁵² İstisna durumlar; a) Sınırlayıcı hükümlerde kıyas yasağı, b) İstisnai hükümlerde kıyas yasağıdır. Geniş açıklamalar için bkzn. Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 46; Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, s. 43.

⁵³ Türk Medeni Kanununun 973 üncü maddesine göre; bir şey üzerinde fiili hâkimiyeti bulunan kimse onun zilyedir. Yani zilyetlik eşya üzerinde kurulan fiili hâkimiyettir.

⁵⁴ Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, s. 248.

⁵⁵ a.g.e., s. 248.

⁵⁶ Erdener Yurtcan, *Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı*, 5. Baskı, Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı Yayınları, 2007, s. 81.

- a) İspat aracı olarak yararlı görülen eşya,
- b) Eşya müsaderesinin konusunu oluşturan mal varlığı değerleri,
- c) Kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan mal varlığı değerleri.

İspat aracı olarak yararlı görülen eşya ile kastedilen, soruşturulmakta olan fiilin aydınlatılmasına yardımcı olan eşyadır.

Elkoyma bakımından CMK ile getirilen en önemli değişikliğin eşya müsaderesinin yanı sıra kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan mal varlığı değerlerine de elkonulması imkânının sağlanması olduğu görülmektedir.⁵⁷

5237 sayılı TCK'nun 54 üncü maddesine göre; iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak şartıyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşya ile üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya elkoymanın konusunu oluşturduğu gibi 55 inci maddesine göre de; suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançlar da elkoymanın konusunu oluşturacaktır.

Elkoyma doktrinde; “bir eşya üzerinde rızası olmamasına rağmen zilyedinin tasarruf yetkisinin kaldırılması”⁵⁸, “ispat vasıtalarından olup da ceza yargılamasında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından faydalı görülen veya müsadereye tâbi bulunan eşyanın, eşyayı elinde bulunduranın rızası bulunmamasına rağmen adliyenin eli altına alınması”⁵⁹, “ceza yargılamasında delil olabilecek ya da ileride müsadere edilebilecek eşya üzerinde zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması”⁶⁰, “müsadereye tâbi olan veya ispata yarayacak eşyanın adliyenin eli altına alınması”⁶¹ şeklinde; Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 4 üncü maddesinde ise, “suçun ve tehlikelerin

⁵⁷ Hakan Hakeri, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Elkoyma Koruma Tedbiri”, *TBB Dergisi*, Sayı: 60, Eylül/Ekim -2005, s. 97.

⁵⁸ Kunter ve diğerleri, *Muhakeme Hukuku Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 1114.

⁵⁹ Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 561.

⁶⁰ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 377.

⁶¹ Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 243.

önlenmesi amacıyla veya suçun delili olabileceği veya müsadereye tâbi olduğu için, bir eşya üzerinde, rızası olmamasına rağmen, zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması işlemi” olarak tanımlanmaktadır.

Birbiri ile benzer nitelikte olan bu tanımların hepsinde “genel elkoyma” olarak tanımlanabilecek, delil elde etme veya müsadere edilmesi ihtimali bulunan eşyayı koruma altına almaya yönelik elkoyma işlemi tanımlanmıştır. Oysa CMK ve diğer kanunlarda genel elkoyma dışında; taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma (CMK madde 128), basılmış eserlere elkoyma (AY madde 25-28, Basın Kanunu madde 25), postada elkoyma (CMK madde 129, 130), şirket yönetimine elkoyma (CMK madde 133), bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde elkoyma (CMK madde 134), kaçaklara ilişkin elkoyma (CMK madde 248) düzenlenmiştir. Postada elkoyma dışında kalan elkoyma türlerinin tez konumuzla doğrudan ilgilerinin olmaması nedeniyle bu tedbirlerin hatırlatılmasıyla yetinilecektir. Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma ve iletişimin tespiti tedbirlerinin 4422 sayılı Kanundan sonra ilk defa CMK’nda düzenlenen koruma tedbirleri olduğunu belirtmekte fayda vardır.

Kanun maddesinden ve tanımlardan anlaşılacağı üzere elkoymanın amacı, diğer tüm koruma tedbirlerinde olduğu gibi ceza yargılamasının yürütülmesini, yargılama sonucu uyuşmazlık konusu olaya uygun karar verilmesini ve verilen kararın infazını sağlamaktır. Bu amaç, CMK’nun 123 üncü maddesinin birinci fıkrasının; “İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan mal varlığı değerleri, muhafaza altına alınır” hükmü ile açık bir şekilde ortaya konmuştur.

Elkoyma tedbiri uygulanırken eşyanın mülkiyetinin kime ait olduğunun çoğu zaman bir önemi yoktur. Elkonulacak eşya, şüpheliye ve/veya sanığa ait olabileceği gibi, mağdura, üçüncü kişiye, hatta kamuya da ait olabilir.

Elkonulabilecek eşya ve diğer mal varlığı değerlerini yanında bulunduran kişi, talep üzerine bu şeyi göstermek ve teslim etmekle yükümlüdür (CMK madde 124/1). Kanunda yer verilen “yanında bulundurma” kavramı “açıkta görünür bir şekilde taşıma”

kavramı ile eş anlamlı olmayıp⁶² bu kavramdan zilyet olma veya muhafazası altında bulundurma anlaşılmalıdır. Bu yükümlülüğten kaçınan zilyet hakkında CMK'nun 60 mncı maddesinde⁶³ öngörülen disiplin hapsine ilişkin hükümler uygulanır. Ancak, şüpheli veya sanık ya da tanıklıktan çekinebilecekler hakkında bu hüküm uygulanmaz. Disiplin hapsi kararı, soruşturma aşamasında sulh ceza mahkemesince; kovuşturma aşamasında ise yargılamayı yürüten mahkemece verilecektir.

CMK'nun 123 üncü maddesinin ikinci fıkrasında; “Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonabilir” denilerek elkoyma ve muhafaza altına alma kavramları arasındaki fark da gösterilmiştir. Hükümle bağlantılı olarak elkoyma kavramının daha iyi algılanabilmesi için müsadere, elkoyma ve muhafaza altına alma kavramları ile aralarındaki farklar kısaca irdelenmelidir.

1.2.2.1.1. Elkoyma - Muhafaza Altına Alma

CMK'nun 123 üncü maddesinde elkoyma ile muhafaza altına alma işlemi birlikte düzenlenmiş, muhafaza altına alma işleminin kural, elkoyma işleminin ise istisna olduğu belirtilmiştir.⁶⁴ Madde metninden anlaşılabacağı üzere eğer eşya zilyedin rızasıyla teslim alınırsa “muhafaza altına alma”, zilyedin rızasının bulunmaması halinde ise “elkoyma” tedbiri söz konusu olacaktır.⁶⁵

Eşyanın zilyedi açısından elkoyma tedbirinin uygulanması sonucu müdahale edilen hukuki değer mülkiyet hakkıdır. Dolayısıyla kişi, yani şüpheli/sanık veya mal sahibi suç eşyasının alınmasına itiraz etmemiş, razı olmuş ise mülkiyet hakkı üzerinde

⁶² Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 382.

⁶³ Madde 60 – (1) Yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çeken tanık hakkında, bundan doğan giderlere hükmedilmekle beraber, yeminin veya tanıklığının gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verilmeye kadar ve her hâlde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilir. Kişi, tanıklığa ilişkin yükümlülüğüne uygun davranması halinde, derhâl serbest bırakılır.

(2) Bu tedbirleri almaya naip hâkim ve istinabe olunan mahkeme ile soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi yetkilidir.

(3) Davanın görüldüğü sırada bu tedbirler alındıktan ve yukarıdaki süreler suçun türüne göre tümüyle uygulandıktan sonra o dava veya aynı işe ilişkin diğer davada tekrar edilmez.

(4) Disiplin hapsi kararına itiraz edilebilir.

⁶⁴ AYDIN Murat, *Arama ve Elkoyma*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009, s. 145.

⁶⁵ “Rıza” kavramının bu ayrımı yapmak için tek başına yeterli olamayacağına ilişkin görüş için bkz. Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 10, 11 vd.

tasarruf yetkisini kullanma iradesinin doğal sonucu olarak zorla tasarruf yetkisini kaldırma işlemi olan elkoyma kararına gerek yoktur.⁶⁶ Bu nedenledir ki; sahibi belli olmayan eşyalarla, olay yerinde elde edilen eşyaların alınmasına karşı çıkan kişi bulunmaması nedeniyle, bu eşyaların bulunduğu yerden alınması elkoyma işlemi olmayıp, muhafaza altına alma işlemi sayılır.⁶⁷ Aynı konuyu düzenleyen 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunun (CMUK) 86 ncı maddesi; “Tahkikat için sübut vasıtalarından olmak üzere faydalı görülen yahut müsadereye tâbi olan eşya muhafaza veya başka bir suretle emniyet altına alınır. Bu eşya bir şahsın yanında bulunur ve bu şahıs rızasıyla teslimden kaçınırsa zapt olunabilir” hükmünü içermekte idi. CMK’nun 123 üncü maddesi, bu maddenin dilinin sadeleştirilerek tekrarı mahiyetinde olup herhangi bir değişiklik ve yenilik içermemektedir.

Elkoyma ve muhafaza altına almanın farkları bu şekilde kısaca açıklandıktan sonra, bu ayrımın önemine değinilecek olursa, CMK’nun 127 nci maddesinin birinci fıkrasına göre, elkoyma işlemi hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile gerçekleştirebilecektir. Aynı maddenin üçüncü fıkrası gereğince Cumhuriyet savcısının yazılı emri yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulacak; hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklayacak; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkacaktır.

Muhafaza altına alma işlemi için bir karara ve emre ihtiyaç olmadığı gibi işlemin onaylanmasına da gerek bulunmamaktadır. Muhafaza altına alınan bir eşya için ayrıca elkoyma işlemi yapılması hukuki açıdan bir sonuç doğurmaz ve gereksizdir.⁶⁸

Sonuç olarak, CMK’nun 123 üncü maddesine göre, muhafaza altına alma kural, elkoyma istisnadır. Yürürlükteki mevzuata göre ayrımın tek dayanağı eşya sahibinin rızasıdır. Rızanın bulunması hâlinde muhafaza altına alma, rızanın bulunmaması hâlinde

⁶⁶ Gürsel Akpınar, “Suç Eşyasının Korunması, Elkonulması”, *Adalet Dergisi*, Sayı; 29, Temmuz-2007, s. 309, 310.

⁶⁷ Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Ankara: Bilge Yayınevi, 2012, s. 197.

⁶⁸ Yargıtay 4. C.D. 13.06.2011 tarihli ve E:2009/10672, K:2011/8117 sayılı ilamı; “CMK’nun 123/1 maddesi uyarınca muhafaza altına alma işlemi ile yetinilmesi gerekirken yasaya aykırı olarak elkoyma işlemi yapılmasının hukuki sonuç doğurmayacağı ve... yasaya aykırıdır.”

ise yetkili mercinin kararına veya emrine istinaden elkoyma işlemi söz konusu olacaktır. Postaya verilmiş olan bir gönderi için muhafaza altına alma işleminin yapılması işlem esnasında ilgilisinin bulunmasının zorluğu nedeniyle mümkün gözükmemektedir. Ancak, ilgilisinin rızasının varlığı halinde herhangi bir karara ve emre ihtiyaç olmaksızın gönderinin muhafaza altına alınması da her zaman için mümkündür. Muhafaza altına alma işleminin yapılabilmesi için gönderici veya alıcıdan her hangi birinin rızası yeterlidir.⁶⁹

1.2.2.1.2. Elkoyma-Müsadere (Zoralım)

765 sayılı TCK ve 1412 sayılı CMUK'nun yürürlükte olduğu dönemde her iki kanunda kavram birliğinin bulunmaması elkoyma ve müsadere kavramlarının sık sık karıştırılmasına ve yargı organlarından tartışmalı ve yanlış kararların çıkmasına sebep olabilmekte, TCK'nun bazı maddelerinde müsadere anlamına gelmek üzere zapt (elkoyma) kavramı (madde 100), bazı maddelerinde zapt ve müsadere kavramları birlikte (madde 36, 92), bazen de müsadere kavramı tek başına kullanılmakta idi (madde 408, 427). Bu karmaşanın nedeni olarak elkoyma manasına gelen zapt kavramının sözlük anlamları arasında müsaderenin de bulunması ve eskiden müsadere anlamında kullanılması gösterilmektedir.⁷⁰

CMK'nun 123 üncü maddesinin, “ispat aracı olarak yararlı görülen eşya ya da kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan mal varlığı değerleri muhafaza altına alınır; yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir.” hükmü ile üç grup eşyaya elkonulabileceği kabul edilmiştir. Bunlar; ispat aracı olarak yararlı görülen delil niteliğindeki eşya, eşya müsaderesinin konusunu oluşturan mal varlığı değerleri ve kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan mal varlığı değerleridir.

İspat aracı olarak yararlı görülen delil niteliğinde eşya, ceza yargılamasında maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında faydalı görülen her türlü delil niteliğindeki eşyadır.

⁶⁹ Benzeri görüş için bkz. Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 185.

⁷⁰ a.g.e., s. 2, 5.

5237 sayılı TCK'nun 54 üncü maddesine göre eşya müsadere; iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak şartıyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşya ile üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyanın müsaderesidir. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlâk açısından tehlikeli olması durumunda aynı maddeye göre müsadere edilecektir.

TCK'nun 55 inci maddesine göre kazanç müsadere ise, suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesidir. Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulmadığı veya bunların merciine teslim edilemediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilecektir.

Müsadere, 5237 sayılı TCK'nun cezaları düzenleyen 45 vd. maddelerinde yer almadığı gibi fer'i ceza olarak da öngörülmemiş, Kanunun ikinci bölümünde “güvenlik tedbiri” olarak düzenlenerek kapsamı da genişletilmiştir.

Elkoyma, koruma tedbiri ve geçici olması nedeniyle müsadereден ayrılmaktadır. Nitekim müsadere, kanunda yazılı hallerde belirli bir eşya üzerinde kişinin mülkiyetine son verilmesi ve mülkiyetin kamusal karakter gösteren bir kuruluşa devredilmesini sağlayan bir kurumdur.⁷¹ Ayrıca, elkoyma yargılama sürecinde başvurulmuş bir koruma tedbiri iken müsadere, yargılama sonunda hükmedilen bir yaptırım çeşididir ve güvenlik tedbiri olarak adlandırılır. Bu yönleriyle elkoyma ve müsadere arasındaki farklar şu şekilde sıralanabilir:

a) Elkoyma bir koruma tedbiri niteliğinde iken müsadere bir güvenlik tedbiri, yani müeyyide niteliğindedir. Bunun tabii sonucu olarak elkoyma yargıdan önce temel

⁷¹ Selda Kurtuluş Binboğa, “Yargıtay’ın Suçtan Kaynaklanan Mal Varlıklarının Müsadere ve Elkoyma Hükümlerine İlişkin Uygulamaları”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale1-3.htm>. (Erişim tarihi 13.11.2009)

bir hakkı sınırlar ve nihai olarak hüküm verilinceye kadar devam eder; müsadere ise hüküm kesinleştikten sonra uygulanabilir ve sonuç yaratır.

b) Elkoyma niteliği gereği geçicidir, müsadere kararı ise hüküm niteliğindedir.

c) Elkoymanın ve müsaderenin amaçları farklıdır. Elkoyma delillerin muhafaza altına alınması ve verilen kararın infazını sağlamak amacıyla uygulanır. Müsadere ise genel önleme, özel önleme ve kefaref amaçlıdır.

d) Elkoyma kararı ile malik mülkiyet hakkını kaybetmez, delil olacak veya müsadere edilebilecek eşya adliyenin eli altına alınır, zilyet el değiştirir. Müsadere kararı ile ise kişinin mülkiyet hakkı sona erer ve mülkiyet devlete geçer.

e) Mevzuatımız açısından elkoyma ihtiyari iken müsadere mecburidir.

f) Her iki müessesenin düzenlendikleri kanunlar ve uygulama usulleri farklıdır.⁷²

1.2.2.2. Elkoyma Yasakları

Ceza yargılaması ile maddi gerçeği ortaya çıkarma, elkoyma ile de delil elde etme veya ileride müsaderesi gereken eşyayı muhafaza altına alma amaçlanmaktadır. Ancak günümüzde delil yasakları adı verilen bazı sınırlamalar getirilerek kişisel ve toplumsal değerler korunmaya çalışılmıştır. Kanun koyucu bunu yaparken, kişinin temel hak ve özgürlükleri ile ceza yargılaması neticesinde elde edilecek maddi gerçeğin bulunmasındaki sosyal yarar arasında bir denge kurmaya çalışmıştır.⁷³ Bazı durumlarda elkoyma işlemi ile amaçlanan yarar, işlemin yapılması ile doğacak olan zarardan açıkça fazla olabilir.

Elkoyma yasakları genel olarak CMK’nda, özel olarak da diğer kanunlarda düzenlenmiştir. Elkoyma yasağı denilen bu haller sınırlı olup kıyas yoluyla genişletilemez.⁷⁴ Yasağın söz konusu olduğu durumlarda, elkonulacak eşyanın delil değeri ne olursa olsun elkoyma işlemi gerçekleştirilmeyecek, elkonulması durumunda

⁷² Konuya ilişkin geniş açıklamalar için bkz. Gökcen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 92.

⁷³ a.g.e., s. 101.

⁷⁴ Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, s. 203.

ise elde edilen delil hükme esas alınamayacağı gibi eşyanın müsadereğine de karar verilemeyecektir.

1.2.2.2.1. Devlet Sırrı Niteliğindeki Belgeler

5271 sayılı CMK’na göre, “Bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir. Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hâkim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydedilir” (madde 125/1). Bu suretle CMK, “devlet sırrının yargıdan gizlenmemesi ilkesini” benimsemiş ve bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgelerin devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulmasını yasaklamıştır.⁷⁵

Oysa, 1412 sayılı CMUK’nun konuya ilişkin 88 inci maddesi; “Resmi dairelerde saklı evrak ve sair vesikalar münderecatının ifşası memleketin selametine zarar vereceği o dairenin en büyük amiri tarafından beyan edilirse bu evrak ve vesikaların gösterilmesi ve teslimi istenmez. Şu kadar ki bu beyan kâfi görülmezse o dairenin mensup olduğu vekâlete müracaat olunabilir” hükmünü içermekte idi. Böylece, CMUK devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin bir suçla ilgili görülmeleri halinde, bilgi ve belgelere ulaşılabilmesini, o bilgi ve belgelere sahip olan idarelerin iznine tâbi kılmıştı. Aynı durum tanıklık konusunda da geçerli olup, memur tanık olarak çağrıldığında, izin verilmedikçe bildiklerini açıklayamazdı.

5271 sayılı CMK bir “suç olgusuna” ilişkin bilgi ve belgelerin, devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulmaması ve idarelerin izninin gerekmemesi kuralını getirmiştir. Şeffaf bir hukuk devleti olmanın sonucu olarak görülen bu değişiklikler hukuk sistemimizde önemli ve radikal bir reform olarak görülmektedir.⁷⁶ Kanun koyucu bu düzenleme ile devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin yöneticilerin takdirlerine

⁷⁵ Kunter ve diğerleri, *Muhakeme Hukuku Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 1118.

⁷⁶ Hakeri, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Elkoyma Koruma Tedbiri”, s. 98.

dayalı olarak yargıdan kaçırılmasını ve kamu görevlilerinin kullandıkları devlet gücünün arkasına sığınarak suç işlemelerini engellemek istemiştir.

CMK’nda devlet sırrına ilişkin farklı hükümler yer almakla birlikte devlet sırrının ne olduğu Kanunun 47 nci maddesinin birinci fıkrasında tanımlanmıştır: Açıklanması devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler devlet sırrı sayılır. Adalet Komisyonu raporunda belirtildiği üzere, hükümet tasarısının 93 üncü maddesinin başlığı “İçeriği Devlet Sırrı Niteliğindeki Belgelerin Mahkemece İncelenmesi” olarak değiştirilmiştir. Devlet sırrı ancak belirli görevliler tarafından vâkıf olunabilen, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin güvenliği ve milli savunma bakımından yetkisiz kişilere karşı gizli tutulması gereken bilgilerdir. Güvenlik kuvvetleri tarafından kullanılan teknik donanımlara ya da askeri bakımdan önem arz eden üretim tesislerine ilişkin belgeler de, devlet sırrı niteliği taşımaktadır.⁷⁷

Bir suç olgusuna ilişkin bilgiler devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz kuralı, tanıklık konusunda da geçerlidir.⁷⁸ Tanıklık konusu bilgilerin devlet sırrı niteliğini taşıması hâlinde, tanık, sadece mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından zabıt kâtabi olmaksızın dinlenir. Hâkim veya mahkeme başkanı daha sonra, bu tanık açıklamalarından, sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgileri tutanağa kaydettirir (CMK madde 47/2). Bu madde hükmü, hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanır (CMK madde 47/3).

Madde metninden de anlaşılacağı üzere alt sınırı beş yıldan az cezayı gerektiren suçlarla ilgili olarak, devlet sırrı teşkil eden belgeler için arama yapılması ve arama sırasında devlet sırrı niteliğinde belge bulunursa bunlara elkonulması mümkün değildir.

⁷⁷ Cumhuri Şahin ve İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı*, 1. Baskı, Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, 2007, s. 556.

⁷⁸ Metin Çokmutlu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, <http://tez2.yok.gov.tr/> (Erişim tarihi 13.11.2009), s. 40.

Bu düzenleme, her şeyden önce, bir hukuk devletinde, devletin suçla ilişkili bir sırrının olamayacağını öngörmektedir.⁷⁹ Sadece mahkeme hâkimi veya heyetine inceleme yetkisi verilmek suretiyle, devlet sırrı içeren bir belgeye yargılama makamı dışındaki kişilerin ulaşması engellenmiş, Cumhuriyet savcısına devlet sırrı içeren belgeyi inceleme yetkisi tanınmamıştır. Her suçta değil, sadece belli ağırlıktaki suçlar için bu düzenleme kabul edilmek suretiyle, oranlılık ilkesi de sağlanmak istenmiştir.⁸⁰

Bütün bu değişikliklerin amacı, etkin bir ceza yargılaması sisteminin oluşturulmasıdır. Bu yapılırken devlet sırrı da korunmakta, yararların dengelenmesine çalışılmaktadır.⁸¹ Kanun bir taraftan maddi gerçeğin ortaya çıkmasına engel teşkil eden devlet sırrını mahkemeye karşı açık tutmuş, diğer taraftan bunu belli suçlar açısından mümkün kılarak devlet sırrı ile suçlulukla mücadele arasında bir denge kurmaya çalışmıştır. Düzenleme yolsuzluk ve örgütlü suçlarla mücadele açısından oldukça önemlidir ve reform niteliğindedir.

Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin mahkemeye karşı gizli tutulmaması ve tanığın sadece mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından dinlenebilmesine ilişkin düzenlemelerden dolayı doktrinde; “elkoymanın bu türü soruşturma evresi bakımından kabul edilmemiş, sadece yargılama aşamasıyla sınırlı tutulmuştur”⁸² görüşü doğru olarak savunulmaktadır.

Devlet sırrı niteliğindeki belgeleri inceleme ve devlet sırrına ilişkin tanık dinleme yetkisini kanun sadece hâkime tanımış olup Cumhuriyet savcısına bu yetkiyi tanımamıştır. Soruşturma evresinde devlet sırrı niteliğindeki belgenin incelenmesine ve devlet sırrı niteliğinde bilgiye sahip tanığın dinlenmesine ilişkin bir hüküm kanunda bulunmamaktadır.

⁷⁹ Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, s. 249.

⁸⁰ a.g.e., s. 249.

⁸¹ Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyon Raporu, T.B.M.M. 22. Dönem, 3. Yasama Yılı, Sıra Sayısı; 698, Tasarının 96. Madde gerekçesi, s. 30.

⁸² Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, s. 248.

Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısına bu yetkinin tanınmaması, bu evrede devlet sırrı içeren belgelerin incelenmesi ve tanıkların dinlenmesi hususunda hüküm bulunmaması kanun koyucunun ciddi bir eksiğidir ve giderilebilir bir eksiklik olarak ta gözükmemektedir. Bu durum, Cumhuriyet savcısının delillere ulaşarak iddianame düzenlemesini ve kamu davası açmasını imkânsız hale getirecektir. Böyle bir sonuç ise düzenlemenin öngörülen amacına uygun değildir. CMK’nun 47 ve 125 inci maddelerinde yer alan düzenlemelerle kanun koyucu devlet sırrı iddiasına dayanılarak suçların gizli ve cezasız kalmasının önüne geçmek istemiştir.

Kanunun amacından hareketle soruşturma aşamasında devlet sırrı iddiası gündeme geldiği takdirde; CMK’nun 162 nci maddesinin; “Cumhuriyet savcısı, ancak hâkim tarafından yapılabilecek olan bir soruşturma işlemine gerek görürse, istemlerini bu işlemin yapılacağı yerin sulh ceza hâkimine bildirir. Sulh ceza hâkimi istenilen işlem hakkında, kanuna uygun olup olmadığını inceleyerek karar verir ve gereğini yerine getirir” hükmüne dayanarak Cumhuriyet savcısının hâkime müracaat ederek tanığın dinlenmesini ve/veya belgenin incelenmesini ve gerekli tutanakları düzenlenmesini sağlayarak neticede elde ettiği delillere göre soruşturmasını yürütmesi kanunun amacına daha uygun olacaktır.⁸³

Devlet sırrı niteliğindeki belgelerin postaya verilmesi ve bunlara postada elkonulması, bu belgelerin nitelikleri gereği hayatın olağan akışına göre pek mümkün görünmemektedir. Ancak, böyle bir durum söz konusu olduğu takdirde elkonulan gönderinin incelenmesi CMK’nun 125 ve 162 nci maddeleri gereğince mahkeme heyeti veya hâkimi tarafından yapılmalıdır.

1.2.2.2.2. Elkonulması Yasak Mektup ve Belgeler

Kural olarak ceza yargılamasında tanıklık zorunludur ve tanık, bildiklerini doğru olarak anlatmak zorundadır. Ancak, bazı hallerde bu zorunluluk biyolojik ve psikolojik ilişkilere ters düşebilmektedir.⁸⁴ Bu nedenle kanun koyucu CMK’nun 45⁸⁵ ve 46⁸⁶ ncı

⁸³ Bknz. Benzeri görüş için Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 235, 236.

⁸⁴ Çolak ve Taşkın, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, s. 218.

maddeleri ile çeşitli sebeplerle tarafsız olamayacağını düşündüğü kişilere tanıklıktan çekinme imkânı tanımış ve 126 ncı maddesi ile de, şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek bu kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere bu kimselerin nezdinde bulundukça elkonulmasını yasaklamıştır. Madde, elkonulamayacak mektup ve belgeleri göstermekte olup, buna göre akrabalık veya meslek sırrıyla bağlı olanlar ile şüpheli/sanık arasında karşılıklı gönderilen mektup ve belgelere elkonulamaz. Kanun koyucunun buradaki amacı, Anayasanın 38 inci maddesinde düzenleme bulan kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaması ilkesini gerçekleştirmektir. Maddede, elkoyma yasağına konu eşyalar bakımından sınırlama yapılmıştır.⁸⁷ Elkonulması yasak olan şeyler mektup ve belgeler olup, bu nitelikte olmayan diğer gönderiler yasağın kapsamında değerlendirilemeyeceğinden bunlara postada iken elkonulması mümkündür.

Arapça bir kelime olan mektup kelimesi yazılmış, yazılı şey manasına gelir.⁸⁸ Bir şey haber vermek, sormak, istemek veya duyguları bildirmek için birine çoğunlukla posta yoluyla gönderilen, zarfa konulmuş yazılı kâğıt⁸⁹ ve kişiye ve içinde bulunan zamana ilişkin haberleşme yazıları taşıyan kâğıtlarla benzerleri⁹⁰ şeklinde tanımlanan

⁸⁵ Madde 45 - (1) Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilir:

- a) Şüpheli veya sanığın nişanlısı.
- b) Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi.
- c) Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu.
- d) Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları.
- e) Şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar.

(2) Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar, kanuni temsilcilerinin rızalarıyla tanık olarak dinlenebilirler. Kanuni temsilci şüpheli veya sanık ise, bu kişilerin çekinmeleri konusunda karar veremez.

⁸⁶ Madde 46 - (1) Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır:

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

b) Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler.

c) 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.

⁸⁷ Aydın, *Arama ve Elkoyma*, s. 155.

⁸⁸ Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 104.

⁸⁹ TDK, *Türkçe Sözlük*, s. 1364.

⁹⁰ 27.03.1973 tarihli ve 7/6156 sayılı Posta Tüzüğü madde 10.

mektup kavramı konusunda bir sıkıntı bulunmamaktadır. Belge ise doktrinde, somut bir olayla ilgili bilginin bir kâğıda veya benzer nitelikte kayıt özelliği taşıyan bir eşyanın üzerine aktarılmış hali⁹¹ ve somut bir olayı temsil eden ve insan yapısı olan ispat vasıtası⁹² şeklinde tanımlanmaktadır.⁹³ Bu tanımlar doğrultusunda belgeden, sözü edilen kişiler arasında yazılan mektup dışındaki her türlü evrak (yazışma, not, plan, kroki vb.) anlaşılmalıdır.

Elkoyma yasağının ön şartını akrabalık veya meslek sırrıyla bağlılık oluşturmaktadır. Ancak, bu ön şart elkoymaya tek başına engel olmamakta, ayrıca mektup ve belgenin bu kimselerin nezdinde bulunması gerekmektedir. 126 ncı maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi; nezdinde bulunmaktan maksat, yalnızca kişinin üzeri olmayıp, mektup ve belgelerin yerleşim yerinde veya işyerinde bulunması da bu kavramın kapsamı içindedir.⁹⁴

Nezdinde bulunma konusunda doktrinde çeşitli görüşler vardır. Çağlayan, nezdinde bulunmaktan anlaşılmaması gerekenin “ilgili kişilerin muhafazası altında bulundurma” olduğunu belirtmiştir. Gökçen ise burada “eşyaya fiilen tasarruf etme imkânı” anlamının çıkarılması gerektiğini düşünmektedir. Nezdinde bulundurma kavramından, mektup ve belgeye fiilen tasarruf etme imkânına sahip olma durumu anlaşılmalıdır. İlgilisinin bu mektup ve belgeyi üzerinde, evinde, işyerinde veya kiraladığı bir kasada bulundurmasının sonuca etkisi yoktur. Ancak, ilgili mektup ve belgeye tasarruf etme imkânından vazgeçerse, örneğin, böyle bir mektubu çöpe atarsa veya tanıklıktan çekinme hakkı olmayan birine verirse, çöpe atılarak sahipsiz eşya durumuna gelen mektubun muhafaza altına alınmasında, tanıklıktan çekinme hakkı olmayan kişiye teslim edilerek özel hayatın gizli alanından çıkartılan mektuba el konulmasında hukuki bir engel bulunmamaktadır. Gökçen’in aktarımına göre;

⁹¹ Mesut Bedri Eryılmaz, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012, s. 644.

⁹² Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 197.

⁹³ Doktrinde belgeler; yazılı belgeler, şekil tespit eden belgeler ve ses ve görüntü tespit eden belgeler olarak tasnife tâbi tutulmaktadır. Konuya ilişkin geniş açıklamalar için Bknz. Eryılmaz, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, s. 644-646.

⁹⁴ Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyon Raporu, T.B.M.M. 22.Dönem, 3. Yasama Yılı, S. Sayısı; 698, Tasarının 94. Madde gerekçesi, s. 44.

tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kimseler, ellerinde bulunan eşyanın tasarruf yetkisini çalınma ve kaybolma gibi sebeplerle kaybederlerse, artık bu durumda kaybolan ya da çalınan eşya sebebiyle elkoyma yasağından faydalanamazlar.⁹⁵

El konulma yasağı, şüpheli ya da sanık için değil, tanıklıktan çekinmeye hakkı bulunan kişiler için öngörülmüştür. Şüpheli veya sanığın yakın akrabasına ya da avukatına yazdığı mektuplara, şüpheli veya sanığın üzerinde iken el konulması mümkündür. Şüpheli veya sanığın yazdığı mektup tanıklıktan çekinme hakkı olan kişinin eline geçtiğinde artık elkoyma işlemi yapılamayacaktır. Ancak, tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişinin, sanığa yazdığı ancak henüz göndermediği mektup da elkoyma yasağı kapsamı içinde düşünülmelidir.⁹⁶

Sanığın CMK'nun 45 inci maddesinde sayılan yakınları ve yine 46 ncı maddesinde sayılan meslekleri nedeniyle öğrendikleri sırları saklamak durumunda olan kişiler ile arasında gönderilmiş olan mektuplara elkonulamayacağı için bunların delil olması da mümkün değildir. Ancak, bu kişilerin sanığa yüklenen suça katılmamış veya yataklık etmemiş olmaları da şarttır.⁹⁷ Tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişiler soruşturma konusu vak'alara iştirak etmiş olmak veya yataklık etmek şüphesi altında bulunuyorlarsa, artık bu mektuplara da elkonulabilir.⁹⁸ Kişi bu durumda artık tanık değil, sanık konumunda bulunduğu için, tanıklıktan çekinme hakkının sağladığı imkânlardan yararlanamayacaktır.

El konulmama, mektubun okunmamasını, incelenmemesini ve yazı incelemesi gibi nedenlerle üzerinde herhangi işlem yapılmamasını da içermektedir. Keza mektubun orijinal, veya fotokopi yada basılmış şekilde olmasının da önemi yoktur.⁹⁹

Tanıklıktan çekinme hakkı olanlar, dilerlerse tanıklık yapabilecekleri gibi kendilerinde bulunan mektuplara elkonulmasına izin de verebilirler. Bu durumda

⁹⁵ Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 108.

⁹⁶ a.g.e., s. 105.

⁹⁷ Yurtcan, *Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı*, s. 86; Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 248.

⁹⁸ Özbek, *Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 58, 59.

⁹⁹ Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 105.

elkoymadan değil, muhafaza altına almaktan söz etmek gerekir. Başka bir ifade ile “muhafaza altına alma” muteber, “elkoyma” yasaktır.¹⁰⁰ Ancak bu kişilere tanıklıktan çekinme hakları ile birlikte elkonulmama haklarının bulunduğu mutlaka hatırlatılmalıdır.

CMK’nun 46 ncı maddesine göre meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle; hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcısı ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında; mali işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler hakkında tanıklıktan çekinme hakları bulunmaktadır. Avukatlar, stajyerleri veya yardımcısı dışında kalan kişiler, ilgilinin rızasının varlığı halinde, tanıklıktan çekinemezler. Ancak, avukatlar ve yardımcısı açısından gerek CMK’nun 46 ncı maddesinin ikinci fıkrasının ve gerekse Avukatlık Kanununun 36 ncı maddesinin getirdiği düzenlemeler gözönünde bulundurulmalıdır. Bu düzenlemelere göre, avukat mesleği gereği öğrendiği bilgiler konusunda ancak müvekkilinin rızası dahilinde tanıklık yapabilir. Ancak müvekkilinin rızası olsa dahi avukat, tanıklık yapmaktan çekinebilir.

CMK’nun 126 ncı maddesindeki düzenleme ile tanıklıktan çekinme hakkı bulunanların, bu haklarının elkoyma sureti ile ortadan kaldırılması engellenmiş ve tanıklıktan çekinmeye dair hükümlerin uygulanması teminat altına alınmıştır. Bu da temelini, tanıklıktan çekinme hakkı olan kimselerin, suçun ortaya çıkarılmasına katkıda bulunmaya zorlanmalarını önlemek düşüncesinde bulur.¹⁰¹

Gerçekten yasada akrabalık ve meslek icabı tanıklıktan çekinme halleri CMK’nun 126 ncı maddesi ile getirilen elkoyma yasakları olmadan, sadece ilgililerin konuşmaması şeklinde bırakılsaydı, fonksiyonunu tam anlamıyla ifa edemez ve

¹⁰⁰ Kunter ve diğerleri, *Muhakeme Hukuku Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 1118.

¹⁰¹ Aslan Ölmez, *5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Elkoyma*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: Marmara üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 19.

tanıklıktan çekinme hakkına sahip oldukları için sanığın kendilerine güven duyarak olaya dair sırlarını verdiği kimseler, konuşmanın dışında elkoyma ve tazyik hapsi suretiyle olayın ortaya çıkarılabilmesi için baskı altında tutulabilmeleri sonucunu yaratabilirdi.¹⁰²

Doktrinde savunulan bizim de katıldığımız bir görüşe göre, postada elkoyma bakımından tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişiler arasında teati edilen mektupların, bu kişilerin nezdinde bulunma şartını aramak mümkün değildir. Çünkü burada evraka “postada” iken elkoyma söz konusu olmaktadır. İşin niteliği gereği bu belge ve mektupların elkonulması aşamasında bu kişilerin nezdinde olması mümkün değildir.¹⁰³ Kısaca şüpheli/sanık ile tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişiler arasındaki mektuplara postada iken elkonulmamalıdır. Aksi görüşe göre ise bu kişiler arasında yapılırsa dahi söz konusu mektup veya belgelere bu kişilere ulaşmadan önce ve postada iken elkonulmasına kanuni bir engel bulunmamaktadır.¹⁰⁴

Kanun, avukat bürolarının aranmasını, bürosundaki belge ve eşyalar ile postasına elkonulmasını savunma hakkının korunması düşüncesiyle farklı bir düzenlemeye bağlamıştır.¹⁰⁵ CMK’nun 130 uncu maddesine göre;

“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 mesleki 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

¹⁰² Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 103.

¹⁰³ a.g.e., s. 108, 180.

¹⁰⁴ Veli Özer Özbek, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (CMK İzmir Şerhi)*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005, s. 467; Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, s. 246.

¹⁰⁵ Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 251.

hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki mesleki 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.

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

Ancak, postada elkoymaya ilgililerce karşı çıkılabilmesi için öncelikle işlem den haberdar olmaları gerekir.¹⁰⁶ Avukatın postasına elkonulması durumunda 129 uncu maddenin üçüncü fıkrasında sözü edilen “soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar verme ihtimaline” bakılmaksızın elkoyma işlemi avukata bildirilmelidir.¹⁰⁷

1.2.2.2.3. Basılmış Eserlere ve Basın Araçlarına Elkoyma

Anayasanın 30 uncu maddesine göre; “Kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz.”

Maddeye göre herhangi bir suçun işlenmesinde kullanılan basımevi ve eklentilerine elkonulamayacaktır. Ancak, basımevi ve eklentilerinin kanuna uygun bir şekilde kurulmuş olması zorunludur. Aksi takdirde elkoyma ve müsadere mümkün olacaktır.

Basın Kanununa göre basılmış eser, yayımlanmak üzere her türlü basın araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserler ile haber ajansı yayınlarını ifade etmektedir.¹⁰⁸

¹⁰⁶ a.g.e., s. 252.

¹⁰⁷ a.g.e., s. 252.

¹⁰⁸ 5187 sayılı Basın Kanununun 2 nci maddesi.

Basılmış eserlere elkoyma, elkoymanın özel bir hâlidir. Basılmış eserlere elkoymanın amacı genel elkoymanın amacı ile aynı olup, delil elde etmek ve gerektiğinde müsadereyi sağlamaktır. Bu cümleden olarak, basılmış eserlerden delil olabilecek birkaç nüshanın adliyenin eli altına alınmasına basılmış eserlere genel elkoyma denirken, basılmış eserlerin bütün nüshalarının adliyenin elinin altına alınmasına toplatma denilir ve toplatmanın amacı kural olarak müsadereyi mümkün kılmaktır.¹⁰⁹ Basılmış eserler postada iken, şartlarının oluşması halinde elkoyma ve toplatma işleminin icra edilmesi mümkündür.

Basılmış eserlere elkonulması önemi nedeniyle Anayasamızda özel olarak düzenlenmiştir. 1982 Anayasasının basın özgürlüğüne ilişkin 28 inci maddesinin; “Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamaz.

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26¹¹⁰ ve 27¹¹¹ nci maddeleri hükümleri uygulanır.

¹⁰⁹ Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 579.

¹¹⁰ Madde 26 - Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.

¹¹¹ Madde 27 - Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.

Yayma hakkı, Anayasanın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz.

Bu madde hükmü yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının kanunla düzenlenmesine engel değildir.

Devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden veya suç işlemeye ya da ayaklanma veya isyana teşvik eder nitelikte olan veya Devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber veya yazıyı, yazarlar veya bastırıcılar veya aynı amaçla, basanlar, başkasına verenler, bu suçlara ait kanun hükümleri uyarınca sorumlu olurlar. Tedbir yolu ile dağıtım hâkim kararıyla; gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle önlenabilir. Dağıtımı önleyen yetkili merci, bu kararını en geç yirmidört saat içinde yetkili hâkime bildirir. Yetkili hâkim bu kararı en geç kırksekiz saat içinde onaylamazsa, dağıtımı önleme kararı hükümsüz sayılır.

Yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için, kanunla belirtilecek sınırlar içinde, hâkim tarafından verilen kararlar saklı kalmak üzere, olaylar hakkında yayım yasağı konamaz.

Sürelili veya süresiz yayınlar, kanunun gösterdiği suçların soruşturma veya kovuşturmasına geçilmiş olması hallerinde hâkim kararıyla; Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, genel ahlâkın korunması ve suçların önlenmesi bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle toplatılabilir. Toplatma kararı veren yetkili merci, bu kararını en geç yirmidört saat içinde yetkili hâkime bildirir; hâkim bu kararı en geç kırksekiz saat içinde onaylamazsa, toplatma kararı hükümsüz sayılır.

Sürelili veya süresiz yayınların suç soruşturma veya kovuşturması sebebiyle zapt ve müsaderesinde genel hükümler uygulanır.

Türkiye’de yayımlanan sürelili yayınlar, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, cumhuriyetin temel ilkelerine, milli güvenliğe ve genel ahlâka aykırı yayımlardan mahkûm olma halinde, mahkeme kararıyla geçici olarak kapatılabilir. Kapatılan sürelili yayının açıkça devamı niteliğini taşıyan her türlü yayın yasaktır; bunlar hâkim kararıyla toplatılır” ve 5187 sayılı Basın Kanununun “Elkoyma, dağıtım ve satış yasağı” başlıklı 25 inci maddesinin; “Soruşturma için sübut vasıtası olarak her türlü

basılmış eserin en fazla üç adedine Cumhuriyet savcısı, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kolluk elkoyabilir.

Soruşturma veya kovuşturmanın başlatılmış olması şartıyla 25.7.1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda, Anayasanın 174 üncü maddesinde yer alan inkılâp kanunlarında, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) 146 ncı maddesinin ikinci fıkrasında, 153 üncü maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarında, 155 inci maddesinde, 311 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, 312 nci maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarında, 312/a maddesinde ve 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 7 nci maddesinin ikinci ve beşinci fıkralarında öngörülen suçlarla ilgili olarak basılmış eserlerin tamamına hâkim kararıyla el konulabilir.

Hangi dilde olursa olsun Türkiye dışında basılan süreli veya süresiz yayın ve gazetelerin ikinci fıkrada belirtilen suçları içerdiklerine dair kuvvetli delil bulunması halinde, bunların Türkiye’de dağıtılması veya satışa sunulması, Cumhuriyet başsavcılığının talebi üzerine sulh ceza hâkiminin kararı ile yasaklanabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet başsavcılığının kararı yeterlidir. Bu karar en geç yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunulur. Kırksekiz saat içinde hâkim tarafından onaylanmaması halinde Cumhuriyet başsavcılığının kararı hükümsüz kalır.

Yukarıdaki fıkra uyarınca yasaklanmış yayın veya gazeteleri bilerek dağıtanlar veya satışa sunanlar bu yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi gibi sorumludurlar” hükümleri basılmış eserlere elkonulması tedbiri uygulanırken uygulayıcılar tarafından sürekli gözönünde bulundurulmalıdır. Ancak, Basın Kanununun kolluğa doğrudan elkoyma yetkisi veren 25 inci maddesi hükmünün Anayasa, TCK ve CMK’nda yapılan son değişikliklerle birlikte değerlendirilmesi ve uygulamaların bu değişiklikler gözönüne alınarak yapılması zorunludur.

Basın Kanunundaki bu düzenlemenin CMK'nun Anayasaya uygunluk gösteren hükümleri çerçevesinde anlaşılıp, uygulanması gerekmektedir.¹¹²

1.2.3. Postada Elkoymanın Ön Şartları

Koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için gerekli olan şartlar her koruma tedbiri için CMK'nda ayrı ayrı belirlenmiş olup, kanunda ve kanun haline gelmiş olan uluslararası sözleşmelerde aranan bu şartlar gerçekleşmedikçe koruma tedbirlerine başvurulamaz. Ayrıca, tüm koruma tedbirlerine müracaat edilebilmesi için gerekli ön şartlar bulunmakta olup doktrinde bunlar;

- a) Gecikmede tehlike bulunması,
- b) Haklı görünüş,
- c) Ölçülülük,

olarak kabul edilmektedir.¹¹³

1.2.3.1. Gecikmede Tehlike Bulunması

Her koruma tedbirinin uygulanması sonucunda temel hak ve özgürlüklere az veya çok sınırlama getirilmektedir. Ceza yargılamasında koruma tedbirleri, uyuşmazlığın esasını inceleyip çözmeye henüz vakit olmadan başvuru tedbirler olduğundan bu sınırlama, hak ve özgürlüklerden bu fedakârlık, koruma tedbirinin bedeli olarak kabul edilir ve bedel ise tedbire gecikmeden başvurma zorunluluğu veya kısaca gecikemezlik ile haklı görülebilir.¹¹⁴

Koruma tedbirine müracaat zorunlu olmalı, başvuruda yapılacak bir gecikme yargılamanın geleceği için tehlike yaratmalıdır. Tehlike, tedbirden beklenen faydanın elde edilemeyecek, ceza yargılamasının gerektiği gibi ve amacına uygun biçimde

¹¹² İçel ve Ünver, *Kitle İletişim Hukuku*, s. 79.

¹¹³ Kunter ve diğerleri, *Muhakeme Hukuku Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 837-842; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 305-307.

¹¹⁴ Kunter ve diğerleri, *Muhakeme Hukuku Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 838.

yapılamayacak olmasıdır.¹¹⁵ Gecikmede tehlike bulunduğundan bahsedebilmek için tehlikenin mümkün olması yetmez, tehlike aynı zamanda muhtemel olmalıdır ve herhangi bir muhtemel tehlike yeterli sayılmamalı, derhal müdahale edilmediği takdirde korkulan zararın meydana gelmesi ihtimalinin varlığını bir surette kabul ettirecek müşahhas ve fiili unsurlarla belirlenen bir tehlike söz konusu olmalıdır.¹¹⁶ Gecikmede tehlike bulunup bulunmadığı her somut olayda olayın özelliklerine göre yetkili mercilerce takdir edilecektir.

Gecikmede tehlike bulunmadan tedbire başvurulması, tedbiri ve tedbirle elde edilen delili hukuka aykırı hale getirecektir. Yargıtay CGK 17.11.2009 tarihli ve E;2009/7-160, K;2009/264 sayılı kararında; “somut olay değerlendirildiğinde; alınan ihbar üzerine suç tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK’nun 97 nci maddesi uyarınca hâkimden alınacak arama kararı ile ya da gecikmesinde sakınca varsa bu husus belirtilerek yetkili merciin yazılı veya sözlü arama emri ile sanığın işyerinde (deposunda) arama yapılması gerekirken, ilçe merkezinde, gecikmesinde ne gibi sakınca olduğu da belirtilmeden, hâkim kararı da olmaksızın hukuka aykırı bir şekilde arama sonucu elde edilen delile dayanılarak sanığın mahkûmiyetine karar verilmesini” kanuna aykırı bulmuştur.

1.2.3.2. Haklı Görünüş

Bu ön şarta “ihtimal sebepleri”¹¹⁷ de denilmektedir. Koruma tedbiri bir tehlike tedbiri olduğundan bir hakkın tehlikede olmasını gerektirir.¹¹⁸ Korunması gereken hakkın bulunup bulunmadığının araştırılması ise zaman alacak bir işlemdir. Koruma tedbirine başvurma hakkının haklı olup olmadığı aslında yargılamanın sonunda anlaşılır ve haksızlık riski daima vardır.¹¹⁹ Bu sebeple, koruma tedbiri uygulanırken bir suçun işlenmiş olması şüphesi ve görünüşte haklılık ile yetinilmektedir.

¹¹⁵ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 306.

¹¹⁶ Kunter ve diğerleri, *Muhakeme Hukuku Dahı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 838.

¹¹⁷ a.g.e., s. 840.

¹¹⁸ a.g.e., s. 839.

¹¹⁹ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 306.

1.2.3.3. Ölçülülük

Anayasa, temel hak ve özgürlükleri belirledikten sonra bu hakların ancak kanunla sınırlanabileceğini öngörmüştür. Temel hak ve özgürlükleri sınırlayan ceza yargılaması işlemleri ve şartları ise CMK’nda düzenlemiştir. Hukuk devleti ilkesinin doğal sonucu olan ölçülülük ilkesi, uygulanacak tedbir ile oluşması muhtemel zarar ve tedbirden beklenen fayda arasında bir denge bulunmasını ifade etmekte olup, oluşması muhtemel zarar beklenen faydadan çok ise veya daha hafif bir tedbirle aynı amaca ulaşılabilir ise o tedbirin uygulanmamasını ifade etmektedir. Bunun da anlamı, aracın amaçtan daha önemli olmaması kadar, daha az değerli bir araçla amaca ulaşılabilirse onun tercih edilmesi, kısaca gerekenden daha değerli araç kullanılmamasıdır.¹²⁰

1.3. POSTADA ELKOYMAYA HAKİM İLKELER

Ceza yargılaması, bir suçun işlenip işlenmediği, işlenmişse kimin tarafından işlendiği ve yaptırımının ne olacağı sorularına cevap bulmak amacıyla kural olarak CMK’na göre gerçekleştirilen soruşturma ve kovuşturma aşamalarında yürütülen bir dizi faaliyettir.

Bir ceza yargılaması işlemi olarak elkoymanın özel bir türü olan ve önemine binaen Kanunda ayrı bir maddede düzenlenen postada elkoyma tedbirine ceza yargılamasında geçerli olan birtakım ilkeler hakimdir. Bu ilkelerle, hakkında işlem yapılan kişilerin karşısında bulundukları devlet gücüne karşı korunmaları, insan haklarına uygun, adil ve hızlı bir yargılama yapılması amaçlanmaktadır.

Postada elkoyma işleminin bütün aşamalarında bu ilkelere dikkat edilmesi gerekmektedir. İlkelerin ihlâli elkoymanın ve elde edilen delillerin hukuka aykırı olması sonucunu doğuracaktır. Hukuka aykırı olarak elde edilen delil/deliller ise CMK’nun 217 nci maddesinin ikinci fıkrasının; “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir” ve 206 ncı maddesinin ikinci fıkrasının; “Ortaya

¹²⁰ Kunter ve diğerleri, *Muhakeme Hukuku Dahı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 841.

konulması istenen delil aşağıda yazılı hallerde reddolunur; b) delil kanuna aykırı olarak elde edilmişse” hükümleri gereğince yargı organlarınınca değerlendirilmeyecektir.¹²¹

1.3.1. Hukuk Devleti İlkesi

Anayasanın 2 nci maddesinin; “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir” hükmü ile cumhuriyetin nitelikleri sıralanarak hukuk devleti niteliği açık bir şekilde vurgulanmıştır.

Diğer bütün hukuk dallarında olduğu gibi ceza yargılaması hukukunda da hukuk devleti ilkesi en temel ilkedir.¹²² Modern ceza hukukunun, daha doğrusu çağdaş hukuk sisteminin bütününe temelini hukuk devleti ilkesi oluşturur.¹²³

Anayasa Mahkemesi kararlarında hukuk devleti; “her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, kazanılmış haklara saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, bütün eylem ve işlemleri Anayasaya ve hukuk kurallarına uygun ve yargı denetimine açık bulunan, kanunların üstünde kanun koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ile Anayasanın bulunduğu bilincinde olan devlet”¹²⁴ ve “insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, toplum hayatında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzenini kuran ve bu düzeni sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasaya uyan işlem ve eylemleri yargı denetimine tâbi olan devlettir”¹²⁵ şeklinde tanımlanmıştır.

¹²¹ Hukuka aykırı deliller ve sonuçları hakkında geniş açıklamalar için bkz. BİÇAK Vahit, *Suç Muhakemesi Hukuku*, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara: Seçkin Yayınları, 2011 , s. 519-544.

¹²² Aydın, *Arama ve Elkoyma*, s. 21.

¹²³ Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 166.

¹²⁴ Anayasa Mahkemesinin 14.01.2003 tarihli ve E:2001/34, K:2003/2 sayılı kararı. R.G. Tarih-Sayı: 19.11.2003-25294.

¹²⁵ Anayasa Mahkemesinin 29.01.1980 tarihli ve E:1979/38, K:1980/11 sayılı kararı. R.G. Tarih-Sayı: 15.05.1980-16989.

Hukuk devleti en basit ve yalın hali ile tüm işlem ve eylemlerinde hukuka uygun olarak davranan devlet olarak tanımlanabilir.

Hukuk devleti anlayışı bir ülkede yerleşmiş hukuk düzenine yalnız kişilerin değil, yönetimin de uymasını gerektiren bir ilkedir.¹²⁶ İnsan hakları ile ilgili bütün ilkelerin anası, kaynağı durumunda bulunan hukuk devleti ilkesine göre yasama, yürütme ve yargı gücünü, yani egemenlik denilen muazzam gücü millet adına kullanan anayasal organlar bu gücü sadece hukukun genel ilkeleri, anayasa ve kanunlar çerçevesinde insan haysiyetini korumak, insan hakları ile temel hak ve özgürlükleri gerçekleştirmek, adaleti ve hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla kullanabilirler ve bu onların meşruluğunun temelini teşkil eder.¹²⁷

Postada elkoyma koruma tedbiri açısından hukuk devleti ilkesi sayesinde önemi anlaşılan ve sınırlanan özgürlük, haberleşme özgürlüğüdür. Postada elkoyma tedbirinin uygulanış şekline ve elkonulan gönderinin içeriğine göre özel hayatın gizliliği, düşünceyi açıklama ve yayma ile mülkiyet hakkı gibi temel haklara da doğrudan veya dolaylı sınırlamalar getirilebilmektedir. Yapılacak olan bu sınırlamalar Anayasanın 13 ve 22 nci maddeleri uyarınca kanunla öngörülmesi ve hukuk devletini fiilen gerçekleştirme amacına yönelik olmalıdır.

Hukuk devletinde, temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilgili olan postada elkoyma gibi koruma tedbirlerinin tüm teferruatlarının kanun ile düzenlenmesi keyfilikleri önleyerek vatandaşın devlete ve adalete olan güven duygusunu artıracaktır. Bu zorunluluğu gerçekleştirmek için CMK'nun 90 vd. maddelerde koruma tedbirleri, 123 vd. maddelerde elkoyma tedbiri ve haberleşme özgürlüğünün demokratik hayat biçimindeki üstün değeri dolayısıyla genel elkoyma tedbirinden ayrı olarak 129 uncu maddesinde postada elkoyma tedbiri özel olarak düzenlenmiştir.

¹²⁶ Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, 15. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2007, s. 167.

¹²⁷ Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 163, 164.

Hukuk devletinin ölçüsü insan haklarına sadece mevzuatta yer vermek değil, bunları uygulamada da gerçekleştirmektir.¹²⁸ Postada elkoyma işleminin belirtilen mevzuat hükümlerine uygun olarak yapılması hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur. Hukuk devleti ilkesinin gereklerine uyulmadan yapılan elkoyma işlemi geçerli olmayacak ve elde edilen deliller hukuka aykırı delil niteliğini taşıdığından geçerli sayılmayacaktır. Yargılamada maddi gerçeğe ulaşmaya çalışılırken her delil değerli olup bu delillerden bir veya bir kaçının yargılama organlarının hukuka aykırı davranışları ile sakatlanıp kullanılmaz hale gelmesi son derece sakıncalıdır.¹²⁹ Ceza adaletinin etkinliğinin sağlanması yargılama organlarının hukuka uygun hareketleri ile sağlanabilir.¹³⁰

Postada elkoyma tedbirine maruz kalan kişilerin kendileri aleyhine uygulanan kararlara itiraz etme haklarının bulunması hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucudur. CMK'nun 129 uncu maddesinin üçüncü fıkrası gereğince soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar verme ihtimali bulunmadıkça tedbir ilgililere bildirilecektir. Böyle bir zarar ihtimali ile yapılmayan bildirim, bu ihtimalin kalktığı andan itibaren ilgisine mutlaka yapılmalıdır. Bildirim üzerine ilgili, CMK'nun 131 inci maddesi gereği merciinden elkonulan gönderinin iadesini isteyebilecek, isteğin reddi halinde ise bu karara itiraz edebilecektir.

Yargıtay koruma tedbirlerine ilişkin dikkate değer bir kararında; "...Hukuk devleti kişilere huzurlu, onurlu ve özgür bir ortam ve hayat sunmayı garanti eder.

Her koruma tedbiri genel anlamıyla hukuk devletinin sağladığı bu ortam ve hayat alanına bir müdahale niteliğini taşır. Devletin kamu düzenini koruma ve bu çerçevede suçla mücadele görevi bu müdahaleyi bir ölçüde haklı kılmakta ise de, yetki yerinde kullanılmadığında temel hak ve özgürlüklere yapılmış bir saldırı niteliğine bürünür ve dolayısıyla hukuka aykırı olur.

¹²⁸ a.g.e., s. 164.

¹²⁹ Aydın, *Arama ve Elkoyma*, s. 21.

¹³⁰ a.g.e., s. 21.

Hukuk devleti, vatandaşına hiçbir şarta baēlı kalmaksızın her an gözaltına alınabileceēi, sorgulanabileceēi, evinde arama yapılabilceēi kaygısıyla yaşamak duygusu veremez. Devletin bu şekilde hukuka uymazlıēı, vatandaşın tedirginliēine ve giderek Devlete ve hukuka güvensizliēine neden olur...”¹³¹ diyerek koruma tedbirleri aēısından hukuk devleti ilkesinin önemine işaret etmiştir.

1.3.2. İnsan Haysiyetine Uygun İşlem Yapma İlkesi

Alman Anayasası “insan haysiyeti” kavramına en üst deēer olarak birinci maddesinde yer vermiş ve bunu deēerler sisteminin odak noktası yapmıştır.¹³² İnsanlıēın üzerine bir kâbus gibi çöken ve insanı basit bir araç haline getiren Nazi düzenini yaşamış insanların, bu korkunç düzenden kurtulur kurtulmaz yaptıkları anayasa ile böyle bir tepki göstermeleri, Hitler döneminin tüyler ürpertici tecrübelerini yaşamak zorunda kalmamış öteki insanlar bakımından daima hatırdta tutulması gereken çok önemli bir mesajdır.¹³³

Anayasa koyucumuz, Alman Anayasasında olduēu gibi, insan haysiyetini açıkça bir temel hak olarak düzenlememiş ise de diēer birçok demokratik hukuk devleti gibi bu mesajı önemseyerek Anayasanın birçok maddesinde insan haysiyetinin korunmasına ilişkin hükümlere yer vermiştir.

Anayasanın 2 nci maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti insan haklarına sayēılı, sosyal bir hukuk devletidir. İnsan haysiyetinin korunması, ona dokunulamaması ancak bir hukuk devletinde ileri sürülebilir ve bu nedenle hukuk devleti ilkesi insan haysiyeti kavramının zırhını oluşturur.¹³⁴

Anayasanın “Başlangıç” bölümünün altıncı paragrafında “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlıēını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine

¹³¹ YCGK 15.03.2005 tarihli ve E:2005/10-15, K:2005/29 sayılı kararı.

¹³² Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 41.

¹³³ a.g.e., s. 41, 42.

¹³⁴ Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 168.

doğuştan sahip olduğu” belirtilmiş, 5 inci maddesinde de; “insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” devletin temel amaç ve görevleri arasında gösterilmiş, insan haysiyeti yönünden devletin pasif yükümlülüklerinin yanında, aktif yükümlülükleri de anayasal teminat altına alınmıştır.

Anayasanın 17 nci maddesi; “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir... Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz” hükmünü içermektedir. Anayasanın burada “Türk” değil “kimse” demesi önemlidir.¹³⁵ Bu sayede insanlar arasında ırk, dil, din vb. şekillerde hiçbir ayırım yapılmadan herkesin insan haysiyetine sahip olduğu vurgulanmıştır.¹³⁶ Bu yüzden Anayasanın 10 uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi, “insan haysiyeti” kavramının bir unsurudur.¹³⁷ Yani toplumda yaşayan bütün insanlar birbirleri arasında fark olmadan eşit şekilde haysiyetlidir.¹³⁸

Anayasanın 10 uncu maddesinin birinci fıkrasında; “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir” denilmiş; üçüncü fıkrasında, bu ilkenin doğal sonucu olarak “Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz” kuralı öngörülmüştür. Madde gerekçesine göre; İnsanın insan olması dolayısıyla doğuştan bir değeri ve haysiyeti vardır. Bu onun tabii bir hakkıdır. Bu hak dolayısıyla herhangi bir niteliğe veya ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamaz. İnsanlar arasında kanunların uygulanması açısından da hiçbir fark gözetilemez. İnsanlar arasındaki eşitliğin temellerinden birini de böylece kanunlar önünde eşitlik ilkesi sağlar.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, insan haysiyeti kavramı insanın hangi durum ve şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınması ve sayılması olarak ifade edilmiştir.¹³⁹

¹³⁵ Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 41.

¹³⁶ a.g.e., s. 41.

¹³⁷ a.g.e., s. 41.

¹³⁸ a.g.e., s. 41.

¹³⁹ Anayasa Mahkemesinin 04.02.2010 tarihli ve E:2007/98, K:2010/33 sayılı kararı. R.G. Tarih-Sayı: 18.05.2010-27585.

İnsan haysiyeti evrensel hukukun da koruduğu temel kavramların en başında yer almaktadır. Bu nedenle uluslararası sözleşmeler ile de koruma altına alınmıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 5 inci maddesinde “Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayri insani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tâbi tutulamaz” hükmü yer almaktadır. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 7 nci ve AİHS’nin 3 üncü maddesinde de aynı hüküm tekrarlanmıştır.

İnsan haysiyeti kişinin hür iradesinin dış dünyaya yansıması olup, yaşama, kişiliğini geliştirme, kaderini tayin etme, kendisini ve çevresini şekillendirme yeteneğine sahip olma haklarını içine alan, insanın insan olma özelliğinin bir sonucudur. Yasalarda tanımlanmamış olan “insan haysiyeti” kavramı doktrinde “bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruh, manevi güç son tahlilde hür irade” olarak tanımlanmaktadır.¹⁴⁰

İnsan haysiyeti teneffüs ettiğimiz hava gibidir; bulunmadığı zaman varlığını hissederiz; bu nedenle nelerin insan haysiyetine uygun olduğunu değil, nelerin insan haysiyetine uygun olmadığını göstermek daha kolaydır.¹⁴¹ Anayasanın 17 nci maddesinin üçüncü fıkrasında “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz” denilerek, kişiyi başkalarının ya da kendisinin gözünde küçük düşüren, insan haysiyetiyle bağdaşmayan veya onur kırıcı ceza ya da muameleye tâbi tutulamayacağı öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, insan haysiyeti kavramı insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu kavramın gelişmesi ve yerleşmesi çok uzun bir zaman almış, prangabentlik, teşhir, boyunduruk, dayak gibi cezaların kaldırılması bu sayede mümkün olabilmıştır. Bu bağlamda, işlediği bir suç nedeniyle kişinin dayak, teşhir vb. bedensel ceza ya da muamelelere maruz bırakılması insan

¹⁴⁰ Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 168.

¹⁴¹ a.g.e., s. 169.

onuruyla bağdaşmaz. Keza, aleni infaz uygulaması, suçlunun ıslahını hedef alan modern ceza siyaseti anlayışı çerçevesinde demokratik hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmaz.¹⁴²

İnsan haysiyeti ile bağdaşmayan kötü muamele, işkence, usulsüz dinleme, özel hayatın gizliliğini ihlâl vb. surette elde edilen delillere dayanılarak yapılacak olan postada elkoyma işlemi, “zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir” ilkesi gereği insan haklarını ve haysiyetini ihlâl ettiği için hukuka aykırı olacaktır. Bu durumda şüpheliye isnat edilen suçun ağırlığı, toplumsal infial yaratması gibi etkenlerin hiçbir önemi yoktur.

Postada elkoyma koruma tedbirinin uygulanması ile kişilerin, haberleşme, mülkiyet, düşünce ve kanaat özgürlüğü gibi haklarına müdahale edilmektedir. Ancak, bu müdahale anayasa ve kanunlarla düzenlenmiş bir kurala ve amaca dayandığından meşru kabul edilmektedir.

1.3.3. Oranlılık İlkesi

İlk defa idare hukuku alanında ortaya çıkan ve daha sonra hukukun diğer alanlarına da geçerek hukuk devletine hakim olan aşırılık yasağının bir bölümünü oluşturan oranlılık ilkesi; “bir işleminin yapılması ile sağlanması beklenen yarar ve verilmesi imkân dahilinde bulunan zarar arasında bir oranın bulunmasını, aksi halde işlemde vazgeçilmesini”¹⁴³ ifade eder.

Ceza yargılaması işlemleri ile maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amaçlanmaktadır. Ancak bu amaç her şeye rağmen gerçekleştirilecek bir amaç değildir. Gerçeğin araştırılması ile ilgili yürütülen faaliyetler sırasında, bir kısım temel hak ve özgürlükler ihlâl edilebilmekte ve muhataplara zararlar verilebilmektedir. Koruma tedbirlerinin uygulanması ile sağlanacak fayda ve meydana gelen zarar arasında bir oran bulunmalı, beklenen yarardan daha çok bir zararın ortaya çıkma ihtimali var ise tedbire başvurulmamalı veya imkân varsa daha hafif bir tedbire başvurulmalıdır. Bazen bu

¹⁴² Anayasa Mahkemesinin 25.11.2005 tarihli ve E:2000/34, K:2005/91 sayılı kararı. R.G. Tarih-Sayı: 08.11.2006-26340.

¹⁴³ Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 51; Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, s. 202.

ölçüyü kanun koyucu kendisi belirler. Mesela, CMK'nun 100 üncü maddesinin dördüncü fıkrasına göre; sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez.

Ceza yargılaması işlemleri ile temel hak ve özgürlüklere müdahale ancak devletin suçla mücadele bakımından sahip olduğu menfaatlerin sağlanması için gerekli ise haklı kabul edilebilir. Devletin suçla mücadelesinde toplum menfaati ile kişi menfaati çatıştığında, toplum menfaatinin üstün gelmesi, kişilerin temel haklarına müdahaleyi gerekli kılar.¹⁴⁴ Bu sebeple Anayasanın 22 nci maddesinde haberleşme özgürlüğü düzenlenirken, bu hakka hangi şartlar altında müdahale edilebileceği de düzenlenmiştir. Oranlılık ilkesi ile devlet ve kişinin çatışan menfaatleri arasında bir denge sağlanması amaçlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi oranlılık ilkesini, ölçülülük ilkesinin alt ilkesi ve başvurulacak tedbir ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçü olarak kabul etmektedir.¹⁴⁵

AIHM insan haklarının kısıtlanması için Sözleşmenin zorunluluk aradığı hallerde, mutlak bir sosyal ihtiyaç için alınan her tedbir ile haklı amaç arasında orantı olmasını aramaktadır (Müller ve diğerleri davası, Olsson davası, Leander davası gibi).¹⁴⁶

İlke, 2001 yılında 4709 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle Anayasamızın 13 üncü maddesine; “Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve *ölçülülük* ilkesine aykırı olamaz” şeklinde girmiştir. Oranlılık ilkesi tutuklama tedbiri açısından CMK'nun 100 üncü maddesinin birinci fıkrasının; “İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez” hükmü ile belirtilmiş ve sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla

¹⁴⁴ Özbek, *Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 18.

¹⁴⁵ Anayasa Mahkemesinin 14.01.2010 tarihli ve E:2007/68, K:2010/2 sayılı kararı. R.G. Tarih-Sayı : 28.04.2010-27565.

¹⁴⁶ Kunter ve diğerleri, *Muhakeme Hukuku Dahı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 840.

olmayan suçlarda tutuklamanın yasaklanması (CMK madde 100/4) ile ilke pekiştirilmiştir.

Elkoyma koruma tedbirinin uygulanması birçok temel hak ve özgürlüğü ihlâl edebileceğinden, oranlılık ilkesi tüm koruma tedbirlerinde olduğu gibi elkoyma işleminde de özel bir öneme sahiptir. Oranlılık ilkesi elkoyma kararının alınması (emrinin verilmesi) ve uygulanmasında özel bir dikkati gerektirir.¹⁴⁷ Oranlılık ilkesine uygun davranmak için öncelikle elkoymanın amacının ne olduğunun belirlenmesi gerekir.¹⁴⁸ CMK'nun 123 üncü maddesi hükmüne göre elkoyma ya delil elde etmek ya da müsadereye tâbi eşyayı muhafaza altına almak için yapılmaktadır. Elkoyma yargılama için faydalı veya uygun olmalı, delil olan veya müsadereye tâbi eşyayı elde etmeye yönelik olmalıdır. Ayrıca, elkonulması istenen eşyanın karar/emirde mümkün olduğunca açık olarak gösterilerek temel hak ve özgürlüklere müdahale mümkün olduğunca sınırlandırılmalıdır. Genel olarak, oransızlık elkoymanın muhtemel kapsamından ortaya çıkmaktadır.

Postaya verilen basılı eserler söz konusu olduğunda, elkoyma delil elde etmek için yapılıyorsa, basılı eserin sadece bir tanesine elkonulması ile yetinilmesi oranlılık ilkesinin gereğidir. Ancak, söz konusu basılı eserlerin ileride müsadere edilmeleri gerekiyorsa tümüne elkonulacağı tartışmasızdır.

Sonuç olarak; elkoyma tedbirinin temel hak ve özgürlüklere ağır müdahale oluşturduğu bir gerçektir. Bu sebeple temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmesini haklı kılacak veya en azından elde edilecek faydanın ortaya çıkacak zarardan daha fazla olmasını sağlayacak şartların varlığı zorunludur. Tedbirden beklenen amaca daha hafif bir tedbir ile ulaşılması mümkün ise daha ağır olanı tercih edilmemelidir. Örneğin, şüphelinin teminatla salıverilmesi hâlinde kaçma ihtimali ortadan kaldırılıyor ise tutuklama kararı verilmemeli, tedbir kararlarının bir veya birkaç hakkı ihlâl ettiği

¹⁴⁷ Arama koruma tedbirine ilişkin bnzr. görüş için bkz. Özbek, *Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 34.

¹⁴⁸ Aydın, *Arama ve Elkoyma*, s. 146.

gözönünde bulundurularak tedbir ve amacın orantılı olmasına, ihlâlin en az seviyede tutulmasına özen gösterilmelidir.

1.3.4. Dürüst İşlem İlkesi

Hukuk devleti ilkesinin doğal bir sonucu olan dürüst işlem ilkesi ile kastedilen, elkoyma işleminin tüm aşamalarında görev yapan kamu görevlilerinin işlemlerin icrası esnasında hukuka uygun ve dürüst şekilde davranmak zorunda olmalarıdır. Bundan maksat, ceza yargılaması işlemlerinin, kandırma, yanıltma veya zorlama gibi irade serbestisini engelleyen veya savunmayı kısıtlayan yollara sapılmaksızın, hukuk devleti ilkesine uygun olarak, önceden kanunla öngörülmüş bulunan esaslar çerçevesinde yapılmasıdır.¹⁴⁹ Delil toplama esnasında şüpheli ve sanık aleyhine hileli ve dürüst olmayan yöntemlerin önlenmesi, ancak dürüst işlem ilkesine uymakla sağlanabilir.¹⁵⁰

Dürüst işlem ilkesi birçok hak ve ilkeyi içeren geniş bir kavramdır. Kavram, soruşturma evresinde şüpheli ve kovuşturma evresinde sanık haklarını kapsamakta olup temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektiren tedbirlerin, yasal ve makul sebeplere bağlı olarak gerçekleşmesi ile delillerin dürüst ve tarafsızca toplanmasını ifade etmektedir.

Postada elkoyma işleminin gerçekleştirilebilmesi için ilgili kişilerin kandırılması, delil uydurulması, gerçeğe aykırı ihbarlarla postada elkoyma işleminin yapılması için alt yapı hazırlanması, yazılı bir karar ve emir olmamasına rağmen böyle bir karar veya emir varmış gibi işlem yapılması, itiraz hakkının kısıtlanması gibi yollara müracaat edilerek yapılan postada elkoyma işlemi dürüst işlem ilkesine aykırıdır.

İlke, soruşturma makamlarının sanığa ve diğer ilgililere karşı insafı, anlayışlı ve savunmayı kolaylaştırıcı biçimde davranmalarını gerektirmektedir.¹⁵¹ Yasal delil

¹⁴⁹ Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 174.

¹⁵⁰ Özbek, *Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 31.

¹⁵¹ Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 54.

ayrı, dürüst olarak toplanmış delil ayrı şeylerdir.¹⁵² Yasallık toplumsal bir temele oturmuşken, dürüstlük ve doğruluk manevi bir içeriğe sahiptir.¹⁵³

CMK'nun 129 uncu maddesinin üçüncü fıkrasına göre soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar verme ihtimali bulunmadıkça alınmış tedbirler ilgisine bildirilmelidir. Yasal yollara müracaatın temini açısından istisnai durumlar dışında yetkili merci tarafından muhabata mutlaka bu bildirim yapılmalıdır. Aksine davranış dürüst işlem ilkesine aykırıdır. İlke, ceza yargılamasının amacı olan maddi gerçeğin ne pahasına olursa olsun araştırılmasına engel olmaya yönelik bir ilkedir.¹⁵⁴

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda dürüst işlem ilkesi, delillerin toplanmasında başvurulacak işlemlerin ve kullanılan yöntemlerin insan onurunu ve adaletin saygınlığını zedelememesi olarak tanımlanabilir.¹⁵⁵

1.3.5. Özel Hayatın Gizliliği İlkesi

İster teolojik bir yaklaşımla “yaratılmışların en şerefli olanı insan” olsun; ister pozitivist yaklaşımla “en değerli varlık olarak insan” olsun, insanın maddi ve manevi bir varlığı olduğu ve bunun korunması gerektiği konusunda bir tereddüt yoktur.¹⁵⁶ Çünkü insan en değerli varlıktır ve bu değerine uygun muamele görmeyi hak etmektedir.¹⁵⁷ İnsan, sürdürdüğü hayatın bir bölümünü diğer insanlarla birlikte yaşarken bir bölümünü de çok daha az sayıda insanla paylaşmakta ve diğer insanların müdahalesinden korunmasını istemektedir.¹⁵⁸

Gerek insan hakları nazariyesinde ve gerekse ulusal ya da uluslararası belgelerde korunan en önemli insan haklarından birisi de özel hayatın korunması

¹⁵² a.g.e., s. 54.

¹⁵³ a.g.e., s. 54.

¹⁵⁴ Aydın, *Arama ve Elkoyma*, s. 23.

¹⁵⁵ Özbek, *Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 33.

¹⁵⁶ Murat Durmuş, *Özel Hayatın Korunması Hakkı ve Bu Çerçeve İstihbarat Faaliyetleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 7, <http://tez2.yok.gov.tr/> (Erişim tarihi: 01.07.2011)

¹⁵⁷ a.g.e., s. 7.

¹⁵⁸ a.g.e., s. 7.

hakkıdır.¹⁵⁹ İnsanın mutluluğu için büyük önemi olan özel hayata saygı gösterilmesi hakkı onun kişiliği için temel bir hak olup yeteri kadar korunamadığı takdirde kişilerin ve dolayısıyla toplumun kendini huzurlu hissedip güven içinde yaşaması mümkün değildir.¹⁶⁰

Tarihsel açıdan bakıldığında, uluslararası alanda, özel hayat hakkı, bir insan hakkı olarak ilk kez 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ile kabul edilmiştir. 1961 Anayasası özel hayatın gizliliği hakkını Türk Anayasalarında öngören ilk anayasa olduğu gibi dünyada da bu hakka yer veren ilk anayasalardandır. 1982 Anayasanın 20, 21 ve 22 nci maddeleri ile AİHS'nin 8 inci maddesi ve birçok uluslararası sözleşme özel hayatın korunmasına ilişkin özel hükümler içermektedir.¹⁶¹

Özel hayatın Türk Hukuk Sistemi içinde korunduğu en üst norm anayasadır. Anayasanın 17 nci maddesine göre herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Her hukuk devleti vatandaşlarına bu hakları geliştirmeye imkân sağlayacak bir hayat alanı tanır. Devletin müdahalesinden korunmuş bulunan ve kişinin küçük dünyası olarak anılabilecek bu temel hak ve özgürlükler, ülkenin siyasi rejimi bakımından hassas bir gösterge olup, bu alan ne kadar geniş ise, ülkede mevcut olan siyasi rejim o kadar özgürlükçü ve demokratik; ne kadar dar ise o kadar baskıcı ve otoriterdir.¹⁶²

Anayasanın “Özel hayatın gizliliği” başlıklı 20 nci maddesinde, herkesin özel ve aile yaşamına saygı gösterilmesini talep etme hakkı bulunduğu belirtilmiştir. Haklar, özel hukuk aracılığıyla koruma altına alınabileceği gibi, özel hukuk korumasının yeterli

¹⁵⁹ a.g.e., s. 7.

¹⁶⁰ Anayasa Mahkemesinin 31.03.1987 tarihli ve E:1986/24, K:1987/8 sayılı kararı. R.G. Tarih-Sayı: 28.05.1987 -19473.

¹⁶¹ Birleşmiş Milletler Evrensel Bildirisi madde 12; Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme madde 17; Avrupa Birliği Temel Haklar ve Ödevler Bildirisi madde 6; Temel Haklar Şartı madde 7, 8; Amerikan Devletleri Örgütü Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi madde 5; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi madde 11/2; Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı İnsan Boyutu Konferansı Moskova Toplantısı Belgesi madde 24 özel hayat hakkını düzenleyen önde gelen uluslararası belgelerdir.

¹⁶² Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 182.

görülmediği hallerde ceza hukuku aracılığıyla da koruma altına alınır.¹⁶³ Özel hayat hakkı, özel hukuk alanında Medeni Kanunun 24 ve 25 inci maddeleri ile koruma altına alınmış ve Borçlar Kanununun 49 uncu maddesinde bu hakkın saldırıya uğraması durumunda uygulanacak müeyyide gösterilmiştir.

Öğretide, “üç alan teorisi” olarak adlandırılan teoriye göre, kişinin hayatı “gizli hayat alanı”, “özel hayat alanı” ve “kamuya açık hayat alanı” olmak üzere üçe ayrılmaktadır.¹⁶⁴

Sosyal bir varlık olması nedeniyle insan hayatının genel ve özel olarak iki yönünün olduğu kabul edilmekte, hayatın özel yönü de kendi içerisinde “özel hayat” ve “hayatın gizli alanı” olarak ikiye ayrılmaktadır. Kamuya açık -ortak- hayat alanı, kişinin başkalarının bilmesinden rahatsız olmadığı, herkese açık, serbestçe ifşa edilmesinde bir sakınca olmayan olayları ve hareketleri içermekte olup bu alan kural olarak koruma altında değildir.¹⁶⁵ Buna karşılık hayatın özel yanı her hukuk devletinde koruma altına alınmıştır.¹⁶⁶ Hayatın özel yönünde yer alan gizli alan ise aslında özel hayatın bir parçasıdır ve bu alan mutlak koruma altındadır. Özel hayat ve gizli hayat alanı, kapsamı bakımından birbirinden farklı olup hayatın gizli alanı, özel alana göre kişiye daha sıkı bir şekilde bağlıdır ve bu alan sadece kişinin kendisini ilgilendirir. Başka kişilerin ve devletin bu alana müdahale etmeleri düşünülemez.¹⁶⁷ Kişilerin cinsel hayatı, düşünce ve inançları vb. hayatın gizli alanını oluşturur. Özel hayat alanı ise kişinin gizli hayat alanına dâhil olmayan, ailesi, yakınları ve arkadaşları gibi sıkı ilişki içinde bulunduğu sınırlı sayıda insanlarla paylaşmak istediği olayları ve hareketleri kapsar.¹⁶⁸

¹⁶³ Hamide ZAFER, *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m.132-134)*, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 2010, s. 45.

¹⁶⁴ Serap Helvacı, *Türk ve İsviçre Hukukunda Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001, s. 61.

¹⁶⁵ a.g.e., s. 62.

¹⁶⁶ Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 183.

¹⁶⁷ Yargıtay 4.H.D., 21.10.2010 tarihli ve E:2009/13923, K:2010/10697 sayılı kararı; “ Kişinin gizli alanını oluşturan özel yaşamının gizliliğine dokunulamayacağından, sıfatı ve konumu ne olursa olsun, kişinin oluru bulunmadan, özel yaşam alanına ilişkin haberleşme bilgileri kamuoyuna açıklanmaz. Davacının özel yaşam alanına ilişkin olan özel telefon görüşmelerinin yayınlanmasında kamu yararı da bulunmadığından, böyle bir yayın davacının özel yaşamının gizliliğine ve haberleşme özgürlüğüne saldırı niteliği taşır ve onun kişilik haklarına saldırı oluşturur.”

¹⁶⁸ Helvacı, *Türk ve İsviçre Hukukunda Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, s. 62.

Özel hayat alanı müdahalelere karşı koruma altında olmakla birlikte bu koruma hayatın gizli alanındaki korumaya göre daha gevşek durumdadır. Gizli hayat alanı mutlak olarak korunur hatta dokunulmaz sayılırken, özel hayat nispi olarak korunmaktadır¹⁶⁹

Özel hayat, tüketici nitelikte kesin bir tanım vermenin imkânsız olduğu bir kavramdır.¹⁷⁰ AİHM’ne göre de özel hayat bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavramdır.¹⁷¹ Bu nedenle mahkeme kazuistik bir yol izleyerek önüne gelen her somut olayda, olayın özelliklerini değerlendirerek özel hayat kavramına bir içerik kazandırmıştır.¹⁷² Mahkemeye göre özel hayat kavramının kapsamlı bir tanımını yapmak ne mümkün ne de gereklidir. Kesin tanımın olmaması, özel hayata yapılan saldırıların çeşitliliği gözönüne alındığında, hukuki sınırlama tehlikesini bertaraf eden bir fayda sağlamaktadır. Özel hayat kavramının ifadesinde kullanılan “özel” sıfatı, Türkçe’de kullanımına uygun olarak, önüne geldiği kelimeye, genel olmayan, resmi olmayan, kişiye mahsus olan anlamını katmaktadır. Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlüğü’nde, kelime; “Yalnız bir kişiye, bir şeye ait veya ilişkin olan; bir kişiyi ilgilendiren veya kişiye ait olan, hususi, zati; devlete değil, kişiye ait olan, hususi, resmi karşısı” şeklinde, özel hayat ise; “Kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı kendisini ilgilendiren tutum ve davranışı, özel yaşam” olarak tarif edilmektedir.¹⁷³ Kuzey Ülkeleri Hukukçuları Kongresinde “Özel Hayatın Gizliliğine Saygı Hakkı” çerçevesinde özel hayat, bir insanın en ufak bir harici müdahale olmaksızın kendi hayatını dilediği gibi sürdürmekte serbest olması hakkı olarak tanımlanmıştır. Kongrede özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı, “özel ve aile hayatına ve konutuna müdahalelere, beden ve akıl tamlığına, ahlâk ve fikir hürriyetine, şeref ve itibarına karşı her türlü izleme ve gözetleme ve baskı altında kalma hareketlerine, muhaberata elkonulmasına, yazılı ve sözlü özel muhabereleden kötü niyetle faydalanılmasına, meslek sırrı olarak kendisine bildirilen veya kendisinin öğrendiği bilgilerin yazılmasına karşı kişinin güvence altına

¹⁶⁹ Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 183.

¹⁷⁰ Ahmet Sevimli K., *İşinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, İstanbul: Legal Yayınları, 2006, s. 7.

¹⁷¹ Costello Roberts- Birleşik Krallık davası, 25 Mart 1993 tarihli karar. Kilkelly, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, s. 9.

¹⁷² Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 9. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011, s. 330, 334.

¹⁷³ TDK, Türkçe Sözlük, s. 1555.

alınması” olarak belirtilmiştir. Bu açıklamalar doğrultusunda özel hayat; kişinin ailesi ve yakın çevresi ile birlikte geçirdiği, bu nedenle kişinin kendisine yakın olduğu kişilerle müşterek olan ve sadece bunlarla paylaştığı hayat olaylarının paylaşıldığı alan olarak tanımlanabilir.

Anayasa Mahkemesine göre; özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı da kişinin temel haklarından ve bu gizlilik ve dokunulmazlık, kişi hürriyetinin devamıdır.¹⁷⁴ Özel hayatın dokunulmazlığı ilkesi, bir kişinin bedeninin tamamlığına dokunmama, var olan özgürlüğünü engellememe kuralı yanında o kişinin maddi ve manevi alanda sürüp gitmesi demek olan özel hayat ve aile hayatının dokunulmazlığını anlatır. Kişinin mal durumu da özel hayatındandır. Bunun da gizliliğine dokunmamak gerekir. Fakat her temel hak gibi bu temel hak da özüne dokunmamak şartı ile kamu yararı ve kamu düzeni gereği kanun ile sınırlanabilir.¹⁷⁵

Anayasanın özel hayatın gizliliğine ilişkin 20 nci maddesinin gerekçesi şöyledir: “Bu madde ile kişinin özel hayatı korunmaktadır. Kişinin özel hayatı ferdi, özel hayat ve ayrı bir kavram ve bir “bütün” teşkil eden aile hayatından oluştuğu için her ikisi birlikte ifade edilmiştir. Bu anlamda özel hayatın korunması herşeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözlerinin önüne serilmemesi demektir.”¹⁷⁶ Bu cümleden olarak mesela basın özgürlüğü sınırlanabilecek, yani kişinin özel hayatı gazete sayfalarında hikâye edilemeyecektir. Söz konusu gizliliğin korunması, ikinci olarak, kişinin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranmaması ile sağlanacaktır.

¹⁷⁴ Anayasa Mahkemesinin 28.09.1965 tarihli ve E:1963/100, K:1965/48 sayılı kararı. R.G. Tarih-Sayı: 31.12.1965 – 12191.

¹⁷⁵ Anayasa Mahkemesinin 27.09.1967 tarihli ve E:1963/336, K:1967/29 sayılı kararı. R.G. Tarih-Sayı: 19.10.1968 – 13031.

¹⁷⁶ Anayasa Mahkemesinin 31.03.1987 tarihli ve E:1986/24, K:1987/8 sayılı kararına göre; “özel hayatın korunması her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Orada cereyan edenlerin yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini istemek hakkı, kişinin temel haklarından biridir. Bu niteliği sebebiyledir ki, özel hayatın gizliliğine dokunulmaması, insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde korunması istenilmiş, ayrıca tüm demokratik ülke mevzuatında açıkça belirlenen istisnalar dışında bu hak devlet organlarına, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur. İnsanın mutluluğu için büyük önemi olan özel hayata saygı gösterilmesi hakkı onun kişiliği için temel bir hak olup yeterince korunmadığı takdirde kişilerin ve dolayısıyla toplumun kendini huzurlu hissedip güven içinde yaşaması mümkün değildir. Bu nedenle söz konusu gizliliği çeşitli biçimde ihlâl eylemleri suç sayılarak ceza yaptırımlarına bağlanmıştır.”

Özel hayat kavramı ile kişinin aile hayatı, konutu ve haberleşmesi kavramları birlikte anılmaktadır. Anayasanın “Özel hayatın gizliliği ve korunması” ana başlığı altında özel hayat ile birlikte aile hayatı, konut dokunulmazlığı ve haberleşmenin gizliliği güvence altına alınmıştır. AİHS’nin 8 inci maddesinde de özel hayat, aile hayatı, konut dokunulmazlığı ve haberleşme, saygı gösterilmesi gereken haklar olarak sayılmıştır.

Özel hayatın gizliliği, bütün modern demokratik sistemlerde benimsenmiş bir anayasa hukuku ilkesidir. Bu gizliliğin ilke olarak kabulü, mutlak anlamda anlaşılmamalıdır. Demokratik rejimler bakımından da bu alana müdahalenin kaçınılmaz olabileceği kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi bu hususu; “Modern toplumlarda diğer kişi haklarında olduğu gibi özel hayata saygı da sınırsız nitelikte değildir. Bazı hallerde bu haklara da müdahaleler gerekli olmakta ve bazı önemli nedenlerle kişi kimi ihlâllere katlanmak durumunda kalmaktadır”¹⁷⁷ şeklinde vurgulamıştır.

Doktrin, karşılaştırmalı hukuk ve AİHM kararlarına göre özel hayata müdahale gerektirecek faaliyetlerin kanuni dayanağının bulunması zorunludur ve ancak kanunlarla belirlenmiş şartlarla bu alanın sınırlanması mümkündür. Ancak, bu sınırlamalar Anayasadaki düzenlemelere ve AİHS’nin 8 inci maddesine uygun olmak zorundadır. Postada elkoyma koruma tedbirinin uygulanması sonucunda özel hayata bir müdahale ve sınırlama getirilmektedir. Bu ilkenin ve kuralların en önemli yansıması temel hak ve özgürlüklerden olan özel hayatın gizliliğinin ihlâlinin ancak bir kanun hükmü ile gerçekleştirilebilecek olmasıdır.¹⁷⁸

Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise kanunen yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları, eşyası ve konutu aranamaz, bu eşya ile konutta bulunan eşyaya elkonulamaz, haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz (AY 20-22 maddeler).

¹⁷⁷ Anayasa Mahkemesinin 31.03.1987 tarihli ve E:1986/24, K:1987/8 sayılı kararı. R.G. Tarih-Sayı: 28.05.1987- 19473.

¹⁷⁸ Aydın, *Arama ve Elkoyma*, s. 24.

Anayasa Mahkemesi, Ceza Muhakemesi Kanunundaki düzenlemelerin Anayasanın 20 nci maddesine aykırılık oluşturmayaacağı sonucuna varmıştır. Mahkemenin kararına göre: “Özel hayatın gizliliğine ilişkin olarak Anayasanın 20 nci maddesinde getirilmiş bulunan dokunulmazlık ilkesine, adli soruşturma ve kovuşturmanın gerekleri bir istisna teşkil etmektedir. Bu husus 20 nci maddenin içerdiği açık özel bir sınırlama nedenidir. Adli soruşturma ya da kovuşturmanın gerektirmesi halinde özel hayatın gizliliğine dokunulabilecektir.”¹⁷⁹ Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesine göre özel hayata müdahaleyi gerektiren yasal düzenlemeler Anayasa ile güvence altına alınmış “özel hayat” kapsamındaki hakların korunmasına yönelik bir ihlâl oluşturmamaktadır.

İlke postada elkoyma açısından incelediğinde mektup, telgraf ve koli gibi gönderilere elkonulduğunda haberleşme özgürlüğünün engellenerek özel hayatın gizliliğine müdahale edildiğini söylemek mümkündür. Ancak bu müdahale kanuni şartlara uygun olmak kaydıyla hukuki bir müdahaledir.

Yeterli suç şüphesi bulunmadan suçu ortaya çıkarmak maksadıyla haberleşme araçlarının dinlenmesi (postada elkoyma) ya da evde yapılan arama neticesinde, özel hayata ve hayatın gizli alanına ait birçok evrak ve belgeye elkonulması hukuka aykırıdır.¹⁸⁰

1.3.6. Maddi Gerçeğin Araştırılması İlkesi

Ceza yargılaması hukukunun konusu; hukuk düzeninin suç olarak nitelendirdiği fiilleri işlediği iddia edilen kimselerin takip edilmesi, soruşturulması, kovuşturulması, yargılanması ve cezalandırılmasında uyulacak usullerin nelerden ibaret bulunduğunu gösteren hukuk kurallarının incelenmesi, açıklanması, yorumlanması ve analiz edilmesidir.¹⁸¹ Ceza yargılamasında maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılmakta olup şekli gerçeğe yetinilmemektedir. Yargılamanın amacı, hiçbir duraksamaya yer vermeden

¹⁷⁹ Anayasa Mahkemesinin 31.03.1987 tarihli ve E:1986/24, K:1987/8 sayılı kararı. R.G. Tarih-Sayı: 28.05.1987- 19473.

¹⁸⁰ Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 46.

¹⁸¹ Bıçak, *Suç Muhakemesi Hukuku*, s. 45.

maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır, bu araştırmada yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden delillerden veya delillerin bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa bir takım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, ceza yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır. Ceza yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde mahkûmiyetten söz edilemez. Bu ilke evrenseldir.¹⁸²

CMK'nun 160 ıncı maddesinin; “Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür” hükmü ile bu ilkeye işaret edilmiştir.

Yargıtay’a göre; ceza yargılamasının amacı, usul kurallarının öngördüğü ilkeler doğrultusunda somut gerçeğin her türlü kuşkudan uzak bir biçimde saptanmasıdır. Gerek 1412 sayılı, gerekse 5271 sayılı usul kanunlarımız adil, etkin ve hukuka uygun bir yargılama yapılması suretiyle maddi gerçeğe ulaşmayı amaçlamaktadır. Bu nedenle hüküm kesinleşinceye kadar, inceleme imkânı bulunan delillerin ele alınıp değerlendirilmesi gerekir. Diğer bir deyişle, adaletin tam olarak gerçekleşmesi için, öne sürülen ve olaya ışık tutabilecek nitelikteki tüm kanuni delil ve belgelerin araştırılıp tartışılması zorunludur.¹⁸³

Ceza yargılamasında medeni hukuk yargılamasının aksine delil serbestliği ilkesi geçerlidir. Maddi gerçek delillerle ispatlanır ve her türlü delile başvurulabilir. Kısaca her şey her şeyle ispat edilebilir. 5271 sayılı CMK'nun 217 nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, yüklenen suç, hukuka uygun her türlü delille ispat edilebilecektir. Ancak, mahkeme bu delilleri serbestçe değerlendirip takdir edecektir. Bu alanda

¹⁸² YCGK. 19.04.1993 tarihli ve E:6-79, K:108 sayılı kararı. Benzeri karar için bkz. Yargıtay 10 C.D. 23.1.2006 tarihli ve E:2005/1716, K:2006/19 sayılı kararı.

¹⁸³ YCGK. 15.04.2008 tarihli ve E:2008/8-33, K:2008/83 sayılı kararı. YKD, Haziran 2009.

imtiyazlı delil kabul edilmemiştir.¹⁸⁴ Buna ceza yargılamasında delil değerlendirme serbestliği ilkesi denilmektedir. Bu ilke CMK'nun 217 nci maddesinin birinci fıkrasının; “Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir” hükmü ile yasal dayanağını bulmaktadır. CMK, gerçeğe ulaşmak bakımından delillerin serbestliği ilkesini benimsemiş, suçun varlığı ve sanığın sorumluluğunun, kanunun ayrıca hüküm koyduğu haller dışında her türlü delille saptanabileceğini kabul etmiştir. Bu durum Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 36 ve AİHS'nin 6 ncı maddelerinde düzenlenen adil yargılama hakkına aykırılık oluşturmamaktadır.¹⁸⁵

Ancak, delillerin serbestçe değerlendirilmesi keyfilik demek değildir.¹⁸⁶ Maddi gerçeğin bulunması için başvurulabilecek delillerin akla uygun olması, olayla ilgili ve sonuca etkili olması ve en önemlisi de hukuka uygun olması gerekir. Postada elkoyma işlemi de ceza yargılaması hukukunda maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve delil elde etmek için başvuru araçlarından biridir.

Hukuk devletinde maddi gerçeğin her ne pahasına olursa olsun araştırılması kabul edilmemekte; delil yasakları ile bu ilkeye bazı sınırlamalar getirilmektedir.¹⁸⁷ Anayasanın 38 inci maddesinin yedinci fıkrasının; “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez” ve CMK'nun 206 ncı maddesinin ikinci fıkrasının; “Ortaya konulması istenilen bir delil aşağıda yazılı hallerde reddolunur: a) Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse” düzenlemeleri ile kanuna aykırı delillerin kabul edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.¹⁸⁸

Bazı delillerin özünde hukuka aykırılık vardır. Örneğin, kişinin hayatının gizli alanına ilişkin deliller, avukat ile müvekkili arasında avukat-müvekkil ilişkisinden kaynaklanan belge ve yazışmalar elkonulamayacak delil ve belgeler olduğundan, bunlar yargılamada delil olarak değerlendirilemez. Bu sebeple, bu tür delillerin ele geçirilmeleri

¹⁸⁴ Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 172.

¹⁸⁵ YCGK. 03.07.2007 tarihli ve E:2007/5-23, K:2007/157 sayılı kararı.

¹⁸⁶ Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 172.

¹⁸⁷ Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 187.

¹⁸⁸ YCGK. 03.07.2007 tarihli ve E:2007/5-23, K:2007/167 sayılı kararı; Yasa dışı elde edilen bir delilin ise soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına imkân bulunmamaktadır.

amacıyla postada elkoyma işlemine de konu edilemezler. Bazen de, delilin ele geçirilmesi usulü nedeniyle hukuka aykırı delilden söz edilebilir. Örneğin, işkence sonucu alınan bilgi hukuka aykırı bir delil olduğu gibi, bu bilgiye dayanılarak yapılan elkoymada ele geçen deliller de hukuka aykırı olur.

İKİNCİ BÖLÜM

TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER VE POSTADA ELKOYMA

2.1. GENEL OLARAK

Koruma tedbirlerinin uygulanması sonucunda Anayasa ile güvence altına alınmış olan kişinin dokunulmazlığı, kişi hürriyeti ve güvenliği, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü ve mülkiyet hakkı gibi birçok temel hakka müdahale edilmekte ve kullanımlarına doğrudan veya dolaylı sınırlamalar getirilmektedir. Postada elkoyma tedbirinin uygulanış şekline ve elkonulan gönderinin içeriğine göre özel hayatın gizliliği, düşüncüyü açıklama ve yayma ile mülkiyet hakkı gibi bir çok temel hak ve özgürlüğe müdahale edilebilmektedir. Ancak, postada elkoyma koruma tedbirinin uygulanması sonucu müdahale edilen ve sınırlanan asıl özgürlük haberleşme özgürlüğüdür.

2.2. HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE POSTADA ELKOYMA

Haber; birisine veya birilerine gelen bilgi, bir olayın kısa veya uzun anlatımı, bilinmeyen bir hususun açıklanması, başka bir yerde olup bitenin nakledilmesi, bilinmesi veya öğrenilmesi gibi çok yönlü anlamlar içeren bir kelimedir.¹⁸⁹

Haberleşme ise Latince bir kelime olan *communis* yani *ortak* kelimesinden gelmektedir.¹⁹⁰ Kanuni bir tanımı bulunmayan kavram doktrinde; bilgi, düşünce ve tutumların ortak semboller sistemi aracılığı ile kişiler ve gruplar arasında değiş-tokuş edildiği süreç olarak tanımlanmaktadır.¹⁹¹ Diğer bir söyleyişle haberleşme, en az iki kişi arasında bir vasıta aracılığıyla gerçekleştirilen iletişimi ifade etmektedir ve haberleşmeden bahsedebilmek için en az iki kişinin bulunması zorunludur.¹⁹²

¹⁸⁹ Girgin, *Uluslararası İlişkiler Modern İstihbarat ve Türkiye*, s. 122.

¹⁹⁰ İçel ve Ünver, *Kitle İletişim Hukuku*, s. 3.

¹⁹¹ a.g.e., s. 4.

¹⁹² Zafer, *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması*, s. 92, 93.

Haberleşme, bir yanda haberi veren (kaynak), diğer yanda haberi alan ve bir de haberi simgeleyen mesaj olmak üzere üç öğeden oluşur.¹⁹³

Haberleşme kişinin özel hayatının yaşandığı en önemli alan ve bu alana giren faaliyetleri olup haberleşme özgürlüğü Anayasanın 22 nci maddesinde özel hayata saygı hakkından bağımsız olarak korunmaktadır.¹⁹⁴

AİHS'nin 8 inci maddesi anlamında haberleşme kavramının içerisine mektup, telgraf ve e-posta gibi çeşitli iletişim araçlarıyla yapılan her türlü yazılı ve sözlü gönderi girmektedir. AİHM telefon konuşmalarının da bu kavram altında ele alınması gerektiğini kabul etmektedir.¹⁹⁵ Kişiler paket ve koli gibi posta gönderileri ile bilgi, düşünce, duygu ve tutumlarını değişik tokuş etmediklerinden paket ve koli içeriğinin haberleşme kavramı kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Ancak, bu tür gönderiler postada elkoyma koruma tedbirinin konusu olabilmektedir.

İki veya daha fazla kişi arasında yüz yüze olmayan her türlü bilgi alışverişi ve yöntemi haberleşme kavramının kapsamına girmektedir.¹⁹⁶ Sınırlı olmamakla beraber haberleşmenin korunması hakkının kapsamına;

- a) Posta yolu ile gönderilen her türlü ileti,
- b) Telefon haberleşmeleri,
- c) Teleks ve faks haberleşmeleri,
- d) E-posta ve SMS haberleşmeleri ile diğer haberleşme yöntemlerinin girdiği kabul edilmektedir.¹⁹⁷

Haberleşme özgürlüğü¹⁹⁸ ise, hak öznesinin dilediği kimselerle, dilediği biçimde haberleşmesinin engellenememesini ve bu haberleşmenin ilgililerin izin ve

¹⁹³ İçel ve Ünver, *Kitle İletişim Hukuku*, s. 4.

¹⁹⁴ Zafer, *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması*, s. 43, 88.

¹⁹⁵ Tezcan ve diğerleri, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 237.

¹⁹⁶ Zafer, *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması*, s. 88.

¹⁹⁷ Mustafa Çolaker, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Sekizinci Maddesi ve Türkiye Uygulaması, Adalet Dergisi*, Sayı; 36, Ocak 2010, s. 150, 151.

¹⁹⁸ Doktrinde; mektup, telefon ve telgraf gibi araçlarla yapılan haberleşme alanında söz konusu olan “özel haberleşme gizliliğinin” kitle haberleşmesine ilişkin özgürlükle ilişkisinin bulunmadığı, Anayasanın 22

onayı olmadıkça, üçüncü kişilerin algı ve müdahalesinden korunmasını ifade etmektedir.¹⁹⁹

Anayasa Mahkemesine göre haberleşme özgürlüğü, kişinin kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkı olup, bu özgürlük çok daha geniş bir alanı kaplayan “özel hayatın” özel bir yönünü oluşturmaktadır.²⁰⁰ Haberleşmenin gizliliği, haberleşen tarafların başkalarının haberleşme içeriği hakkında bilgi sahibi olmayacağı yönünde bir inanç ve iradeye sahip olmalarını ifade etmektedir.²⁰¹

AİHM ise haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkını, “kesintiye ve sansüre uğramadan başkaları ile iletişim kurma hakkı”²⁰² şeklinde yorumlamakta ve her türlü yazılı ve sözlü gönderinin bu kavramın kapsamına girdiğini kabul etmektedir.

Demokratik toplumlarda kişilerin serbestçe haberleşmesi, insan şahsiyetinin bir sonucu olarak görülmektedir.²⁰³ Bu bağlamda haberleşme özgürlüğüne müdahalenin hukuki çerçevesinin çizilmesi, haberleşme hakkının kullanımının sağlanması ve gizliliğinin korunması ile insan hakları korunmaktadır.²⁰⁴

Haberleşme hakkı; bir bilginin, düşünce ve kanaatin kişisel haberleşme yoluyla paylaşılabilmesini sağladığından, insanların doğal ihtiyacını karşılamakta, manevi varlıklarını koruma ve geliştirmelerine hizmet etmektedir.²⁰⁵ Ayrıca haberleşme hakkı, kişilerin her türlü düşünce ve kanaatlerini kişisel olarak paylaşmalarına aracılık etmek

nci maddesinde “haberleşme hürriyeti” kenar başlığı ile düzenlenen ve gerçekte “posta dokunulmazlığını” ifade eden bu kavramın haberleşme özgürlüğü içinde incelenmesinin doğru olmadığı yönündeki görüş için bkz. İçel ve Ünver, *Kitle İletişim Hukuku*, s. 24. Tezimiz boyunca haberleşme hürriyeti/özgürlüğü kavramı Anayasa düzenlemesine uygun olarak özel haberleşmenin gizliliği anlamında kullanılmıştır.

¹⁹⁹ Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 155.

²⁰⁰ Anayasa Mahkemesinin 18.05.2011 tarihli ve E:2009/1, K:2011/82 sayılı kararı. R.G. Tarih-Sayı: 18.02.2012-28208.

²⁰¹ Zafer, *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması*, s. 98.

²⁰² Kilkelly, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, s. 19.

²⁰³ Çetin Özek, Türk Ceza Kanunu'na Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri, *İÜHF*, CXXIX, s. 965.

²⁰⁴ Handan Yokuş Sevik, “Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Dinlenmesi”, *TBB Dergisi*, Sayı: 69, Mart/Nisan 2007, s. 98.

²⁰⁵ Zafer, *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması*, s. 84.

suretiyle düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılmasına, özel olarak dini düşüncelerini paylaşmalarını sağlayarak da din ve vicdan özgürlüğünün kullanılmasına aracılık etmektedir. Görüldüğü üzere haberleşme hakkı, birçok hakkın kullanılmasının aracını oluşturmaktadır.²⁰⁶

Haberleşme özgürlüğü temel bir insan hakkı olup, bu özelliği nedeniyle diğer temel haklarda olduğu gibi kendisinden yoksunluk bütün haklara karşı bir tehdit oluşturacaktır. Özel hayat hakkı ve bunun özelleşmiş bir hali olarak haberleşme hakkı; yaşama hakkı, mülkiyet hakkı gibi diğer geleneksel haklardan farklı olarak modernleşme ve teknolojiye ilerlemelere paralel bir şekilde değişen ve gelişen bir haktır. Teknolojik gelişmeler kişinin haberleşme hakkına müdahale edilmesini kolaylaştırdıkça, kişilerin bu haklarının korunmasını isteme talepleri artmaktadır. Bu sebeple haberleşme kavramı, gelişen teknolojiye değişen tüm iletişim yöntemlerine ayak uyduracak tarzda yorumlanmalıdır.²⁰⁷ Haberleşme özgürlüğünün sağlanması açısından iletişim sisteminin doğrudan devlet tarafından mı yoksa devletin gözetim ve denetimi altında özel kuruluşlar tarafından mı sağlandığı herhangi bir önem taşımamaktadır.²⁰⁸

Haberleşme özgürlüğü, gerek AİHS'nin 8 inci maddesinde²⁰⁹ gerekse Anayasamızın “Haberleşme hürriyeti” başlıklı 22 nci maddesinde²¹⁰ herkesin haberleşme özgürlüğüne ve haberleşmesine saygı gösterilmesini talep etme hakkına sahip olduğu belirtilerek güvence altına alınmıştır.

²⁰⁶ a.g.e., s. 84.

²⁰⁷ Kilkelly, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, s. 20.

²⁰⁸ Tezcan ve diğerleri, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 237.

²⁰⁹ AİHS. 8. madde; “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak şartıyla söz konusu olabilir.”

²¹⁰ Anayasa 22. madde; “Herkes haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya bir kaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş bir hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emri bulunmadıkça haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili mercinin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde karar kendiliğinden kalkar.”

Anayasanın 90 ıncı maddesinin son fıkrasına göre Türk Hukuk Sisteminin bir parçası olan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 12 nci²¹¹ maddesi ile Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 17 nci²¹² maddesi de kişinin özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemeyeceği ve kişinin onur veya itibarının hukuka aykırı müdahalelere maruz bırakılamayacağı; herkesin bu tür saldırı veya müdahalelere karşı hukuken korunma hakkına sahip olduğu hükmünü taşımaktadır.

AİHS ve Anayasanın haberleşme özgürlüğüne ilişkin hükümleri iki kısımdan oluşmakta, düzenlemelerin ilk fıkralarında devletin teminat altına aldığı hak/haklar belirtilmekte, ikinci fıkralarında ise bu haklara hangi şartlar altında müdahale etmenin mümkün olacağı belirtilmektedir. Maddelerin içeriğinden bu hakların mutlak haklar olmadığı anlaşılmaktadır.²¹³

Anayasamız, haberleşme özgürlüğünü “özel hayatın gizliliği ve korunması” başlığı altında ve daha geniş kapsama sahip olan bu kavramın özel bir hali olarak düzenlemiştir. Düzenlemenin amacı, kişiler arasındaki özel haberleşmeyi mümkün kılmak suretiyle özel hayatın gizliliğini sağlamaktır. Haberleşme özgürlüğünün korunması hem haberleşme hakkının hem de haberleşmenin gizliliğinin korunmasını gerektirir.²¹⁴

Yargıtay; “Kişinin gizli alanını oluşturan özel yaşamının gizliliğine dokunulamayacağından, sıfatı ve konumu ne olursa olsun, kişinin oluru bulunmadan, özel yaşam alanına ilişkin haberleşme bilgileri kamuoyuna açıklanamaz. Davacının özel yaşam alanına ilişkin olan özel telefon görüşmelerinin yayınlanmasında kamu yararı da

²¹¹ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 12. madde; “Kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışamaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır.”

²¹² Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi 17. madde; “Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir.”

²¹³ Mutlak hak kavramından, hak sahibi tarafından herkese karşı ileri sürülebilen, herkesin uymak ve ihlâl etmemekle yükümlü olduğu sınırlandırılması mümkün olmayan haklar anlaşılmaktadır.

²¹⁴ Yokuş Sevrük, “Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Dinlenmesi”, s. 97.

bulunmadığından, böyle bir yayın davacının özel yaşamının gizliliğine ve haberleşme özgürlüğüne saldırı niteliği taşır ve onun kişilik haklarına saldırı oluşturur”²¹⁵ diyerek haberleşme özgürlüğü ile kişinin özel yaşam alanı arasındaki ilişkiye vurgu yapmış ve bu alana yapılan saldırının kişilik haklarının ihlâli olduğuna hükmetmiştir.

AIHM’de İtalya’ya karşı Craxi 2 davasında, yolsuzluk ve sözleşme yapma özgürlüğünün ihlâli nedeniyle hakkında kamu davası açılan İtalya’nın eski başbakanı olan Craxi’nin karar için önem taşımayan özel nitelikteki konuşmalarının yayınlanmaması yönünde bir yasak getirilmemesinin 8 inci maddenin ihlâlini oluşturduğu sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre 8 inci madde ile garanti altına alınan özel yaşama ve mektupla haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkı, telefon görüşmelerini de kapsamakta olup gizli dinlemeye alınan telefon konuşmalarının bir bölümünün duruşmada okunması ve basına verilmesi bu hakka bir müdahaledir. Kamuoyunun gözü önünde bulunan kişiler de başka kişiler gibi Sözleşmenin korumasından aynı ölçüde yararlanmalıdır. Bu yüzden kamuoyunun bilgi edinmeye yönelik menfaati ancak başvurucuya yönelik olarak başlatılan dava ile doğrudan bir bağlantısı varsa haklı sayılabilecektir. Basında bu konuşmaların yayınlanması için acil bir toplumsal ihtiyaç bulunmadığından Sözleşmenin 8 inci maddesine yönelik müdahale, izlenen haklı amaçla orantılı ve bu yüzden de demokratik bir toplumda zorunlu değildir.²¹⁶

Günümüz ceza yargılaması hukukuna egemen olan temel strateji, sosyal düzenin korunması ile bireyin temel hak ve özgürlüklerine saygı arasında bir denge kurulması suretiyle gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamaktır.²¹⁷ Haberleşme özgürlüğü açısından AIHS taraf devletlere, yalnızca “müdahale etmeme” gibi negatif bir mükellefiyet yüklemekle yetinmemekte, aynı zamanda koruma altına alınan hak ve özgürlüklere saygıyı sağlama, yani bu hakların fiilen ve gerçekten kullanılmasına imkân verecek tedbirleri alma pozitif görevini de yüklemektedir.²¹⁸ İnsanın temel haklarının

²¹⁵ 4. HD. 21.10.2010 tarihli ve E:2009/13923, K:2010/10697 sayılı kararı.

²¹⁶ Craxi 2-İtalya davası, 17.07.2003 tarihli karar, Tezcan ve diğerleri, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 239.

²¹⁷ Bıçak, *Suç Muhakemesi Hukuku*, s. 73.

²¹⁸ Gözübüyük ve Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 332; Kilkelly, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, s. 20, 21.

diğer kişiler tarafından ihlal edilmesini önlemek, devletin görevleri arasındadır.²¹⁹ Taraf devletler; özel hayata saygı gösterilmesini teşvik edici, bu hakka saldırıları suç olarak tanımlayan kanuni düzenlemeler de dâhil olmak üzere düzenlemeler yapmak, mevcut olan kanunları kaldırmak veya değiştirmek ya da uygulamayı değiştirmek ve hakkın kullanılmasını sağlayacak önlemleri almakla yükümlüdürler.²²⁰ AİHM’ne göre pozitif bir yükümlülüğün olup olmadığını belirlemek için devlet, toplumun genel çıkarları ve kişinin çıkarları arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığına bakmalıdır.²²¹ Sözleşmeye göre taraf devletin, kişinin haberleşme hakkını etkin bir şekilde kullanabilmesini sağlamak için kişilerin ve kamu görevlilerinin bu hakka kanuna aykırı müdahalelerini etkin bir şekilde cezalandıran kanuni düzenlemeler yapması onun Sözleşmenin 8 inci maddesinden doğan pozitif yükümlülüğünün bir gereğidir.²²² Bu yükümlülüğün sonucu olarak Anayasa ile tanınan haberleşme özgürlüğünün etkin bir şekilde kullanılması ve korunması için bu özgürlüğe yönelik saldırılar ceza yaptırımına bağlanmış; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) 124 üncü maddesinde haberleşmenin engellenmesi, 132 nci maddesinde ise haberleşmenin gizliliğinin ihlâli suç olarak düzenlenmiştir. Ceza Kanunu açısından haberleşme kavramının kapsamına telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim ile mektup, telgraf veya elektromanyetik araçlarla gönderilmiş bilgileri içeren yazı, belge veya diğer her türlü gönderi girmektedir.

Ayrıca 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 24²²³ ve 25 inci²²⁴ maddeleri ile kişilik hakları hukuki olarak koruma altına alınmış; bu hakların saldırıya uğramasının müeyyidesi ise Borçlar Kanununun 49 uncu²²⁵ maddesinde düzenlenmiştir.

²¹⁹ Bıçak, *Suç Muhakemesi Hukuku*, s. 73.

²²⁰ Zafer, *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması*, s. 30.

²²¹ Çolaker, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Sekizinci Maddesi ve Türkiye Uygulaması”, s. 151.

²²² Zafer, *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması*, s. 86.

²²³ Madde 24- Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.

²²⁴ Madde 25- Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.

Haberleşmenin gizliliği 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanununun 7 nci maddesinde de vurgulanmıştır. Buna göre; hizmet sağlayıcıları ile posta hizmetlerinde çalışanlar veya herhangi bir şekilde posta hizmetleri ile ilgili bilgiye sahip olanların, bu bilgileri ve posta hizmetleri ile ilgili ilişkileri açığa vurmaları, gönderileri açmaları, içlerinde ne olduğunu araştırmaları, üçüncü kişilere bilgi vermeleri veya herhangi birinin bunları yapmasına neden olmaları, gönderileri zapt veya yok etmeleri yasaktır. Hizmet sağlayıcıları, yürüttüğü hizmetlerle ilgili olarak gerekli güvenlik önlemlerini almakla yükümlüdür. Posta gönderileri, kanunla yetkili kılınan merciler dışındaki kişilerce alıkonulamaz, açılmaz ve içeriği araştırılmaz.

Haberleşme özgürlüğü mutlak olmayıp, bazı hallerde sınırlanabilir ki bu sınırlama Anayasanın 13 üncü maddesine göre; temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ancak kanunla ve Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenine ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamamak üzere yapılabilir. Haberleşme özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin hükümler genel olarak 5271 sayılı CMK ile 5275 sayılı CGTİHK’da yer almaktadır.

2.3. HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASI

Hak öznesinin dilediği kimselerle, dilediği biçimde haberleşmesinin engellenememesi ve bu haberleşmenin ilgililerin izin ve onayı olmadıkça, üçüncü kişilerin algı ve müdahalesinden korunmasını ifade eden haberleşme hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan ve herkese karşı ileri sürülebilen haklardandır. Ancak, bu hak sınırsız ve mutlak

Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.

Davacının, maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.

Manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.

Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir.

²²⁵ Madde 49 - Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlâka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

olmayıp, bazı şartlarda devletin bu hakka müdahale etmesi mümkündür. Modern toplumlarda diğer kişi haklarında olduğu gibi haberleşme özgürlüğü de sınırsız bir hak niteliğinde olmayıp, bazı hallerde bu hakka da müdahale edilmesi gerekebilmekte, kişiler de önemli nedenlerle yapılan bu müdahalelere katlanmak durumunda kalmaktadırlar.²²⁶

Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hale getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, şartları, sebebi, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnai olarak ve ancak özüne dokunmamak şartıyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler.²²⁷

Kural olarak, en üst norm olarak Anayasa, özgürlükleri tanır ve onların sınırlandırılma nedenlerini belirterek koruma altına alır.²²⁸ Ceza kanunları, Anayasada tanınan hak ve özgürlüklere yönelik saldırıları ceza yaptırımına bağlayarak, hak ve özgürlüğün etkin bir şekilde korunmasını ve kullanılmasını sağlar.²²⁹ Ceza usul kanunları ise genellikle koruma tedbiri adı altında bu hak ve özgürlüklere devletin müdahale şeklini belirler.²³⁰

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

²²⁶ Anayasa Mahkemesinin 18.05.2011 tarihli ve E:2009/1, K:2011/82 sayılı kararı.

²²⁷ Anayasa Mahkemesinin 18.05.2011 tarihli ve E:2009/1, K:2011/82 sayılı kararı.

²²⁸ Zafer, *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması*, s. 46.

²²⁹ Zafer, *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması*, s. 47.

²³⁰ a.g.e., s. 47.

şartlara bağlanması gerekir.²³¹ Ancak, bu durumda keyfilikler önlenebilir ve etkili bir korumadan söz edilebilir.

AIHM telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine ilişkin olarak verdiği kararlarında; istisnai olarak da olsa ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suçların önlenmesi için haberleşmenin denetlenmesine imkân veren kanunların varlığını, tedbirin niteliği, kapsamı, süresi, tedbire başvurulmasını gerektiren sebepler, tedbirle ilgili emri veren, uygulayan ve denetleyen yetkili makamlar ve iç hukuk yollarının tanınması gibi konularda yeterli güvenceler içermeleri şartıyla, demokratik bir toplumda zorunlu olabileceğini ve haberleşme özgürlüğünün sınırlanabileceğini kabul etmektedir.

AIHS'nin 8 inci maddesinin ikinci fıkrasının; “Bu hakların kullanılmasına ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun ve düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın 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” hükmü ile haberleşme özgürlüğüne yapılabilecek meşru müdahale nedenleri açık ve sınırlı olarak sayılmıştır.

Sözleşmenin bu maddesinde koruma altına alınan haklara şu şartlarda müdahale edilebilecektir:

- 1) Müdahale kanunlara uygun olmalıdır.
 - a) Müdahalenin kanuni dayanağının olması,
 - b) Kanunun yeterince açık ve ulaşılabilir olması,
 - c) Devlet otoritesinin müdahalelerine karşı yeterli ve koruyucu önlemler içeriyor olması.
- 2) Müdahalenin meşru bir amacı olmalıdır.
 - a) Ulusal güvenlik ve kamu emniyetinin korunması,

²³¹ Yokuş Sevrük, “Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Dinlenmesi”, s. 101.

- b) Ülkenin ekonomik refahının korunması,
 - c) Dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi,
 - d) Sağlığın ve ahlâkın korunması,
 - e) Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması.
- 3) Müdahale demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır.
- 4) Müdahale orantılı olmalıdır.²³²

Anayasamız, AİHS’nde öngörülen sınırlama sebeplerine paralel bir düzenleme ile haberleşme özgürlüğünü güvence altına almıştır. Anayasanın 22 nci maddesine göre; haberleşmenin sınırlanması, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden birine veya bir kaçına bağlı olarak hâkim kararıyla, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emriyle mümkündür. Yetkili mercinin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Maddenin içeriği incelendiğinde, haberleşme özgürlüğüne ancak belirtilen sınırlı sebeplerle ve hâkim kararını veya onayını zorunlu kılan kanuni düzenlemelerle müdahale edileceği görülür. Anayasanın 90 ıncı maddesinin son fıkrası gereğince usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler kanun hükmünde olup, bunlardan temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda öncelikle uluslararası sözleşme hükümleri uygulanmalıdır.

Haberleşme özgürlüğüne kamu makamlarınca yapılacak müdahale, bir başka deyişle haberleşmenin denetimi AİHS ve Anayasada belirtilen sebeplerle ve kanuni dayanağı olduğu sürece mümkündür. Bu sebeplerin ve kanunun varlığı tek başına haberleşmeye müdahale için yeterli olmayıp, müdahalenin demokratik toplum gereklerine uygun olmasına, yani müdahale ile elde edilecek amaç ile müdahale arasındaki orantılılığa, hakkın mümkün olduğunca az kısıtlanmasına, kısıtlamanın keyfi ve hakkaniyete aykırı olmamasına da dikkat edilmelidir. Bu bağlamda haberleşme

²³² Konuya ilişkin geniş açıklamalar için bkz. ÇOLAKER, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Sekizinci Maddesi ve Türkiye Uygulaması”, Kilkelly, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8.Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, s. 25 vd.

özgürlüğü belirtilen gerekçelerle sınırlanırken gerekli olan şartlar kanunda tüm ayrıntıları ile düzenlenmeli ve sınırlamaların kötü niyetli kullanılmaları ihtimaline karşı etkili ve caydırıcı tedbirler alınmalıdır.

2.4. 1412 SAYILI KANUNDA HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASI

Haberleşme özgürlüğü, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 91 ila 93 üncü maddelerinde düzenlenen postada elkoymaya ilişkin;

“Maznuna gönderilen mektuplar vesair mersule ve telgrafların posta ve telgrafhanede zaptı caizdir.

Maznun tarafından veya ona hitaben gönderildiği bazı hallerden anlaşılan ve tahkikat noktai nazarından münderecatının ehemmiyeti haiz olduğu tayin edilen mektuplar vesair mersule ve telgrafların dahi bu yerlerde zaptı caizdir (Madde 91).

Bundan evvelki maddede yazılı olan zabıt muamelesi ancak hâkim tarafından yapılabilir.

Tehirinde mazarrat umulan ve münhasıran kabahatlere müteallik bulunmayan hallerde bu muamelenin icrasına Cumhuriyet Müddeiumumîleri dahi salahiyetlidir.

Şu kadar ki müddeiumumîler kendilerine verilen şeyleri ve bilhassa mektuplar vesair posta mersulelerini açmaksızın derhal hâkime tevdi etmek mecburiyetindedirler.

Cumhuriyet Müddeiumumîsi tarafından emrolunan zabıt muamelesi eşya henüz teslim edilmemiş olsa bile üç gün içinde hâkim tarafından tasdik olunmadığı takdirde hükümsüzdür.

Cumhuriyet Müddeiumumîsinin verdiği emir üzerine yapılan, zabıt muamelesiyle mektup vesair posta mersulelerinin açılması hakkında karar itası 90 ncı madde mucibince salahiyetli hâkimindir (Madde 92).

Tahkikatın gayesine hâlel vermek ihtimali olmadıkça 91 ve 92 nci maddelere göre alınacak tedbirler alakadarlara bildirilir.

Açılmasına karar verilmemiş olan mektup ve mersuleler derhal alakadarlara teslim olunur. Açılıpta alıkonulması icabetmeyenler hakkında da bu yolda muamele edilir.

Alıkonulan bir mektubun tahkikat için gizli tutulmasında fayda görülmeyen kısımlarının sureti mürselünileyhe gönderilir (Madde 93)”

hükümleri ile sınırlanmıştır.

Bu bölümde, kısaca ve genel hatları ile 1412 sayılı Kanundaki düzenlemelere değinilecek, 5271 sayılı Kanunda yapılan düzenlemeler ile karşılaştırmalar gerektiğinde ilgili bölümlerde yapılacaktır.

CMUK’nun 91 inci maddesinde maznun tarafından veya ona hitaben gönderildiği anlaşılan postanın elkoyma konusu yapılabileceği belirtilerek, elkoymanın öznesi olarak şüpheli belirlenmiştir.

Kanun metninde de anlaşılabileceği üzere postada elkoyma sadece resmi kurumlarda yani “posta ve telgrafhanede” yapılabilecektir.

Postada elkoyma yetkisi hâkimin olup, bu yetki gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından da kullanılabilir. Ancak, Cumhuriyet savcısınca emrolunan elkoyma işlemi eşya henüz teslim edilmemiş olsa bile üç gün içinde hâkim tarafından onaylanmadığı takdirde hükümsüzdür. Ayrıca, Cumhuriyet savcılarının kendilerine verilen şeyleri ve bilhassa mektuplar vesair posta mersulelerini inceleme yetkileri bulunmamaktadır. Cumhuriyet savcıları elkonulan postayı açmaksızın derhal hâkime tevdi etmek mecburiyetindedir.

5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesinde düzenlenen iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması hükmüne benzer bir düzenleme 1412 sayılı Kanunda bulunmamaktadır. Uygulamada CMUK’nun 91 inci maddesinde yer alan “sanığa gönderilen mektuplar ve sair mersule” nin zapt edileceğine ilişkin hükmün kıyasen uygulanması suretiyle haberleşmeler denetlenmiş ise de bu şekilde elde edilen deliller doktrinde ve uygulamada yoğun eleştirilere uğramıştır.

AIHM 06.12.2005 tarihli ve 27310/95 sayılı Ağaoğlu/Türkiye kararında, 1991 yılında hâkim kararına ile dinlenen kişiden elde edilen telefon kayıtlarının, iç hukukta

bu konuda yazılı hiçbir düzenleme bulunmaması nedeniyle ceza yargılamasında²³³ delil olarak kullanılamayacağını, bu durumun Sözleşmenin 8 inci maddesinin ikinci fıkrasına aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir.

Haberleşmenin dinlenmesine ilişkin ilk kanuni düzenleme 01.08.1999 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun 2 nci maddesinde²³⁴ iletişimin dinlenmesi veya tespiti başlığıyla yer almıştır.²³⁵ AİHM’nin iletişimin dinlenmesi hususunda aradığı en önemli şart, bu konudaki düzenlemelerin eksiksiz olmasıdır.²³⁶ 5271 sayılı Kanunla yapılan düzenleme ile iletişimin dinlenmesi, tespiti ve kayda alınması konusunda mevzuatımızdaki büyük bir eksiklik giderilmiştir.

²³³ Doktrinde sıkça ceza muhakemesi ve ceza usulü şeklinde kullanılan kavram yazım birliği sağlanması açısından tezimiz de ceza yargılaması olarak kullanılacaktır. Muhakemenin konusunun “ceza” değil “suç” olması nedeniyle doktrinde “Ceza Muhakemesi Hukuku” kavramı yerine “Suç Muhakemesi Hukuku” kavramı da kullanılmaktadır. Bknz. Bıçak, *Suç Muhakemesi Hukuku*.

²³⁴ Madde 2 - Bu Kanunda öngörülen suçları işleme veya bunlara iştirak yahut işlendikten sonra faille her ne suretle olursa olsun yardım veya aracılık veya yataklık etme kuşkusu altında bulunan kimselerin kullandıkları telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri ve diğer nitelikteki bilgileri dinlenebilir veya tespit edilebilir. Tespit edilenler mühürlenerek yetkililerce zapta bağlanır.

İletişimin dinlenmesine veya tespitine ilişkin kararlar, ancak kuvvetli belirtilerin varlığı halinde verilebilir.

Başka bir tedbir ile failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesi mümkün ise, iletişimin dinlenmesine veya tespitine karar verilemez.

Resmi veya özel her türlü iletişim kuruluşlarının tuttukları, iletişimin içeriği dışında kalan kayıtlar hakkında da yukarıdaki hükümler uygulanır.

Dinleme veya tespiti veya kayıtların incelenmesine hâkim karar verir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı da bu hususlarda yetkilidir. Hâkim kararı olmaksızın yapılan bu gibi işlemlerin yirmidört saat içinde hâkim kararına bağlanması şarttır. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır.

Dinleme ve tespit kararları en çok üç ay için verilebilir, bu süre en çok iki defa üçer aydan fazla olmamak üzere uzatılabilir.

İletişimin dinlenmesi ve tespiti sırasında bu Kanunda öngörülen suçların işlendiğine ilişkin şüphe ortadan kalkarsa, tedbir Cumhuriyet savcısının tarafından kaldırılır. Bu gibi hallerde tedbir uygulaması sonucu elde edilen veriler, Cumhuriyet savcısının denetimi altında derhal ve nihayet on gün içinde yok edilir ve durum bir tutanakla belirlenir.

Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği kolluk mensubu, iletişim kurum ve kuruluşlarında görevli veya böyle bir hizmeti vermeye yetkili olanlardan, dinleme ve kayda alma işlemlerinin yapılmasını ve bu amaçla cihazların kurulmasını istediğinde, bu istem derhal yerine getirilir ve işlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat bir tutanakla saptanır.

²³⁵ 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanununda düzenlenen postada elkoyma müessesesi ve iletişimin dinlenmesi konusuna ilişkin geniş açıklamalar için Bknz. Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 172 vd.

²³⁶ Anayasa Mahkemesinin 31.03.1987 tarihli ve E:1986/24, K:1987/8 sayılı kararı. R.G. Tarih-Sayı: 28.05.1987 - 19473.

2.5. 5271 SAYILI KANUNDA HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASI

Ceza Muhakemesi Kanununda hem postada elkoyma hem de telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin usul ve esasları düzenlenerek haberleşme özgürlüğüne müdahalenin sınırları, bir başka deyişle haberleşmenin denetiminin usul ve esasları belirtilmiştir.²³⁷

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 129 uncu maddesinin;

“(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 resmi veya özel kuruluştaki bulunan gönderilere, hâkimin veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararı ile elkonulabilir.

(2) Hâkim kararının veya Cumhuriyet savcısının emrinin kendilerine bildirilmesi üzerine elkoyma işlemini yerine getiren kolluk memurları, birinci fıkrada belirtilen gönderilerin içinde bulunduğu zarfları veya paketleri açamazlar. Elkonulan gönderiler, ilgili posta görevlilerinin huzuru ile mühür altına alınıp derhâl elkoyma 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”

hükmü ile postada elkoyma,

Aynı Kanunun 135 inci maddesinin;

²³⁷ Yokuş Sevük, “Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Dinlenmesi”, s. 101.

“(1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır.

(2) Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleştikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.

(3) Birinci fıkra hükmüne göre 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. Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

(4) Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok üç ay için yapılabilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir.

(5) Bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur.

(6) Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),
2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),
3. İşkence (madde 94, 95),

4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),
5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),
6. 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 mal varlığı 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 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.

(7) Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz.”

hükmü ile de iletişimin denetlenmesinin usul ve esasları düzenlenerek haberleşme özgürlüğüne adli sebeplerle yapılacak olan müdahalelerin kanuni sınırları belirlenmiştir.

1412 sayılı CMUK’nda telefon vb. iletişim araçları yoluyla yapılan haberleşmenin denetlenmesine ilişkin bir hüküm bulunmadığı için, postada elkoymayı düzenleyen 91 inci maddede yer alan “sair mersule” kavramının genişletici yoruma tâbi

tutulması suretiyle bu araçlarla yapılan iletişimin denetlenmesi zorunlu hale gelmiş, ancak 1999 yılında çıkarılan Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununda bu tedbire ilişkin sınırlı bir düzenleme öngörülmüştür.²³⁸

14.2.2007 tarihli ve 26434 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’in 4 üncü maddesine göre;

“Telekomünikasyon: İşaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması,

İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması: Telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemler,

İletişimin tespiti: İletişimin içeriğine müdahale etmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemler,

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi: İletişimin içeriğine müdahale niteliğinde olmayıp yetkili makamdan alınan karar kapsamında sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemleri” olarak tanımlanmıştır.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi araya vasıta koymak suretiyle gerçekleştirilen her türlü haberleşmenin gizlice dinlenmesi ve

²³⁸ Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunundaki düzenlemelerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Şafak, *Suç Organizasyonu ve Kovuşturma Usulü*, Ankara: T.C. Emniyet Genel Müdürlüğü Polis Akademisi Başkanlığı Yayınları, 2003, s. 92 vd.

gerektiğinde kayda alınmasını içerir.²³⁹ Bu denetim AİHS'nin 8 inci maddesinin ikinci fıkrası anlamında “kamusal güç ile ihlâl” olup, kişiye tanınan haberleşme özgürlüğüne müdahale teşkil etmesi sebebiyle, sözleşmede belirlenen meşru amaçlardan birini gütmeye, demokratik bir toplumda gerekmediği ve amaçla oranlı olmadığı sürece Sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir.

CMK'nun 135 inci maddesi ile yapılan düzenleme ile Anayasanın 13 ve 22 nci maddelerindeki nedenler dışında haberleşmenin engellenemeyeceğine, gizliliğine dokunulamayacağına ve sınırlamanın ancak kanunla yapılabileceğine ilişkin hükümler çerçevesinde haberleşme özgürlüğüne müdahale niteliğindeki bu tedbirin hukuki nitelik ve şartları belirlenerek, Anayasa ve İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile ortaya konulan ilkelere uygun olarak mevzuattaki büyük bir hukuki boşluk doldurulmuştur.

2.6. 5275 SAYILI KANUNDA HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASI

Haberleşme özgürlüğü herkes gibi tutuklu ve hükümlüler için de tanınmış bir haktır. Anayasanın 22 nci maddesinin son fıkrası; “İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir” hükmünü içermekte olup, bu kurumların biri de ceza infaz kurumlarıdır.

Hükümlülerin telefon ile haberleşme hakları 5275 sayılı CGTİHK'un 66 ncı; mektup, faks ve telgrafları alma ve gönderme hakları ise 68 inci maddelerinde düzenlenmiştir.

Hükümlüler 66 ncı maddede belirlenen kısıtlamalar dışında, kendilerine gönderilen mektup, faks ve telgrafları alma ve ücretleri kendilerince karşılanmak şartıyla, gönderme hakkına sahiptirler. Hükümlüler tarafından gönderilen ve kendilerine gelen mektup, faks ve telgraflar; mektup okuma komisyonu bulunan kurumlarda bu komisyon, olmayanlarda kurumun en üst amirince denetlenir. Kurumun asayiş ve

²³⁹ Mustafa Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2001, s. 99.

güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yöneltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakareti içeren mektup, faks ve telgraflar hükümlülere verilmez. Hükümlüler tarafından yazılmış ise gönderilmez. Hükümlüler tarafından resmi makamlara veya savunması için avukatına gönderilen mektup, faks ve telgraflar denetime tâbi değildir. Bu husus, CMK'nun 154 üncü maddesinde düzenlenen şüpheli veya sanığın vekâletname aranmaksızın müdafisi ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duymayacağı bir ortamda görüşebilmesi ve bu kişilerin müdafisi ile yaptığı yazışmalarının denetime tâbi tutulamaması hükmünün infaz kanununa yansımasıdır.

Kapalı ceza infaz kurumlarındaki hükümlüler, tüzükte belirlenen esas ve usullere göre idarenin kontrolündeki ücretli telefonlar ile görüşme yapabilirler.²⁴⁰

²⁴⁰ Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük Madde 88 – (1) Kapalı kurumda bulunan hükümlüler, belgelendirmeleri koşuluyla eş, üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ve vasisi ile telefon görüşmesi yapabilir.

(2) Telefonla görüşmeleri aşağıda belirtilen esaslara göre yapılır:

a) Hükümlüler, haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakılma veya kısıtlama cezası ile hücreye koyma cezasının infazı sırasında olmamak koşuluyla, idarenin kontrolünde bulunan ve kurumun uygun yerlerine yerleştirilen telefonlardan yararlandırılır,

b) Disiplin cezaları olsa bile, anne, baba, eş, çocuk ve kardeşlerin ölüm veya ağır hastalıkları veya doğal afet hâllerinde, hükümlülerin telefon görüşme hakları hiçbir şekilde engellenemez,

c) Açık ve kapalı kurumlardaki hükümlüler; altsoy, üstsoy, eş ve kardeşlerinin ölüm, ağır hastalık veya doğal afet hâllerinde, kuruma ait telefon ve faks cihazından derhâl yararlandırılır. Bu hâlde, yapılan telefon konuşmaları o haftaya ait konuşma hakkından sayılmaz. Görüşmeler, tutanak ile belgelenir ve tutanaklar özel bir dosyada saklanır,

d) Kurum personeli hükümlülere tahsis edilen telefonları kullanamaz,

e) Hükümlüler, telefon görüşmesi hakkına sahip oldukları konusunda bilgilendirilir,

f) Hükümlülerin telefonla görüşme gün ve saatleri, kurumda bulunan telefon adedi, başvuru sırası, kurumun asayiş ve güvenliği dikkate alınarak idare tarafından belirlenir. Hükümlüler görüşebilecekleri yakınlarından bir veya birden fazla kişi ile haftada bir kez ve bir telefon numarasıyla bağlantı kurarak kesintisiz görüşme yapabilir. Herhangi bir nedenle görüşme gerçekleşmemişse daha önceden bildirilen numaralardan bir diğeriyle görüşebilir. Konuşma süresi görüşme başladığı andan itibaren on dakikayı geçemez. Ancak tehlikeli hükümlü oldukları idare ve gözlem kurulu tarafından belirlenen hükümlüler onbeş günde bir kez olmak ve on dakikayı geçmemek üzere sadece eş, çocukları, annesi ve babası ile görüşebilir,

g) Hükümlünün, kurumun güvenliğini tehlikeye düşüren, suç oluşturan veya bir suça azmettirme ya da yardım etme sonucunu doğurabilecek konuşmalarda bulunduğu dinleme sırasında belirlendiğinde, görüşme derhâl kesilir. Bu hâlde hükümlü hakkında adli veya idari soruşturmaya esas olacak işlemler kurum en üst amiri tarafından yapılır,

h) Suç işlemek amacıyla kurulan silahlı örgütün yöneticiliğini yapmaya devam eden, bu konuda herhangi bir yöntemle, kurum içi veya dışındaki kişilere talimat veya mesaj veren hükümlülere idare ve gözlem kurulu kararıyla telefon görüşmesi hiçbir şekilde yaptırılmaz,

1) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası alan hükümlüler, idare ve gözlem kurulunun uygun gördüğü hâllerde ve onbeş günde bir olmak üzere eşi, altsoy ve üstsoy, kardeşleri ve vasisi ile on dakikayı geçmemek üzere görüşebilir,

j) Telefonla görüşme ücreti, görüşmeyi yapan hükümlü tarafından karşılanır. Görüşme için kullanılan telefon kartları kurum kantininde satılır. Müdürü bulunmayan kurumlarda telefon kartları, ücreti hükümlülerden alınmak koşuluyla görevli memurlar tarafından temin edilir,

k) Hükümlü bu maddede belirtilen telefonla görüşme hakkını kullanabilmek için "Telefon Görüşme Formu" doldurur. Bu formda; telefon görüşmesi yapmak istediği kişiler ve bunlarla olan yakınlık derecesini, görüşme yapmak istediği sabit, cep telefon numaraları ile yurtdışı telefon numarasını, telefon görüşmesi yapacağı yakınlarının açık adreslerini belirtir ve gerekli belgeler eklendikten sonra idareye verir. İdare gerekli gördüğü takdirde gideri hükümlüden alınmak koşuluyla formdaki bilgilerin doğruluğunu araştırabilir. Telefon görüşme formunda yer alan bilgilerde değişiklik olması halinde hükümlü yeni bir form düzenleyerek idareye bildirir. Hükümlü tarafından formda gösterilmemiş olan kişilerle telefon görüşmesi yaptırılmaz,

l) Hükümlünün formda belirttiği bilgiler varsa değişiklikler deftere kaydedilir. Bu deftere, ayrıca telefon görüşmesi yapmak isteyen hükümlünün haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakılma veya kısıtlama cezası olup olmadığı ve varsa hücreye koyma cezasının infazına başlanıp başlanmadığı yazılır. Defter, bu işle görevlendirilmiş ikinci müdürün kontrolünde güvenlik ve gözetim servisi tarafından tutulur. Defterin sayfaları numaralanır ve mühürlenir; kaç sayfadan ibaret olduğu kurum müdürü tarafından tasdik olunur. Defterler, her an denetime hazır hâlde bulundurulur,

m) Telefonla konuşmak isteyen hükümlüler, "Telefon Görüşme İstek Formu" doldurarak idareye verir. Bu formlar, hükümlü telefon görüşme defteri ile karşılaştırılır. Telefonla görüşmeye engel hâlleri bulunmayan hükümlülerin isim listesi bu işle görevli ikinci müdür tarafından kontrol ve tasdik edilerek infaz ve koruma başmemurluğuna verilir. Müdürü bulunmayan kurumlarda bu işlem infaz ve koruma başmemuru tarafından yapılır. Telefon görüşmesi yapmak isteyen hükümlünün bu görüşmeyi yapmasına engel bir hâli bulunması hâlinde bunun sebepleri gerekçelendirilmek suretiyle tutanağa yazılır ve bu tutanağın içeriği hükümlüye bildirilerek dosyasına konulur,

n) Konuşma sırası gelen hükümlünün kurum içindeki tehlikelilik durumu da dikkate alınarak gerekli güvenlik önlemleri alınmak suretiyle telefon görüşmesi yapılacak yere getirilir. Hükümlü, öncelikle konuşmasına kendi adını ve soyadını söyleyerek başlar. Görüştüğü karşıdaki kişiye, adını, soyadını ve telefon numarasını tekrar etmesini isteyerek konuşmasına devam eder. Bu işlemin yapılması zorunlu olup, konuşma bittikten sonra, telefon görüşme istek formunun konuşmanın yapıldığına ilişkin bölümü doldurulur, konuşmayı yapan hükümlü ve görevli memur tarafından imzalanır. Bu formdaki bilgiler, deftere kaydedilmek üzere güvenlik ve gözetim servisine verilir,

o) Hükümlülere dışarıdan telefon açılmak suretiyle görüşme yaptırılmaz,

p) Telefon görüşmeleri Türkçe yapılır. Ancak hükümlünün, kendisinin veya görüşeceğini bildirdiği kişinin Türkçe bilmediğini beyan etmesi hâlinde, konuşmanın yapılmasına izin verilir ve konuşma kayda alınır. Kayıtların incelenmesi sonucu, konuşmanın suç teşkil etme ihtimali olan faaliyetler için kullanıldığının anlaşılması durumunda, hükümlünün bir daha aynı kişiyle Türkçeden başka bir dille konuşmasına izin verilmez,

r) Yabancı uyruklu hükümlülerin görüşmeleri için bildirdiği telefon numaralarının, bildirilen kişilere ait olup olmadığı, ayrıca; görüşmek istenen kişinin, belirtilen kişi olmadığı yönünde bir şüphe bulunması hâlinde, ilgili konsolosluk makamlarından bilgi istenir. Görüşme yapılması talep edilen telefon numaralarının kime ait olduğunu gösteren, yetkili makamlarca düzenlenmiş resmi evrakın Türkçe tercümesi, hükümlünün yasal temsilcisi veya yakınları tarafından da ibraz edilebilir.

(3) Açık kurumlar ile çocuk eğitimevlerinde bulunan hükümlüler, ücretli telefonlarla serbestçe görüşme yapabilirler. Çocuk hükümlülerin telefonla konuşması hiçbir şekilde kısıtlanamaz ve engellenemez.

(4) Kapalı kurumlarda bulunan hükümlülerin, bu maddede belirtilen yakınları ile yaptığı telefon görüşmeleri, idare tarafından dinlenir ve elektronik aletler ile kayda alınır.

(5) Hükümlüler, açık ve kapalı kurumlarda, çocuk eğitimevlerinde araç telefonu, telsiz telefon veya cep telefonu ve benzeri iletişim araçlarını bulunduramaz ve kullanamaz.

Telefon görüşmesi yaptırılmayacak hâller

Madde 89 - (1) Hükümlülere tanınan telefonla görüşme hakkı;

Telefon görüşmesi idarece dinlenir ve kayıt altına alınır. Bu hak, tehlikeli hâlde bulunan ve örgüt mensubu hükümlüler bakımından kısıtlanabilir. Açık ceza infaz kurumları ile çocuk eğitimevlerinde hükümlüler, ücretli telefonlarla serbestçe görüşme yapabilirler. Açık ve kapalı ceza infaz kurumlarındaki hükümlüler altsoy, üstsoy, eş ve kardeşlerinin ölüm, ağır hastalık veya doğal afet hâllerinde, kuruma ait telefon ve faks cihazından derhâl yararlandırılırlar. Görüşmeler, tutanak ile belgelenir ve tutanaklar özel bir dosyada saklanır. Hükümlüler açık ve kapalı ceza infaz kurumlarında, çocuk eğitimevlerinde araç telefonu, telsiz telefon veya cep telefonu ve benzeri iletişim araçlarını bulunduramaz ve kullanamazlar.

CGTİHK'un 116 ncı maddesi gereğince, Kanunun hükümlülerin telefonla haberleşme hakkını düzenleyen 66 ncı ve mektup, faks ve telgrafları alma ve gönderme haklarını düzenleyen 68 inci maddeleri tutuklular hakkında da uygulanabilir. Kanunun 114 üncü maddesinin üçüncü fıkrası gereğince tutukluların yazılı haberleşmeleri ile telefonla görüşmeleri, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemesince kısıtlanabilecektir. Ancak, tutuklunun müdafî ile olan haberleşmesine ve kurum düzeni çerçevesinde temas ve görüşmelerine hiçbir suretle engel olunmayacak ve kısıtlamalar konulamayacaktır.

AIHM, ceza ve tutukevi hayatının bizatihi kısıtlı ve sınırlı bir hayat olmasının, buradaki kişilerin haberleşme özgürlüğü ve hakkına (haberleşmenin gizliliği de dahil olmak üzere) müdahaleyi meşru kılmadığını, mahpus kişinin özel durumu da gözönünde tutulmak şartıyla, müdahalenin meşruluğunun Sözleşmenin 8 inci maddesinin ikinci fıkrası açısından irdelenmesi gerektiğini ifade etmektedir.²⁴¹ Mahkeme, birçok kararında kurumun düzeninin sağlanması zorunluluğu ile bağlantılı sınırlamalara yer

a) Genel ve kısmi aramalar sırasında,

b) Yemek dağıtım saatlerinde,

c) Kurum asayiş ve güvenliğini bozucu her türlü bireysel veya toplu olaylar sırasında, kullanırlmaz.

²⁴¹ Gözübüyük ve Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 342.

verilebileceğini ve bu bağlamda tutukluların yazışmasının denetime tâbi tutulabileceğini açıkça belirtmektedir.²⁴²

2.7. 5237 SAYILI KANUNDA HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KORUNMASI

Haberleşme özgürlüğünü düzenleyen Anayasanın 22 nci maddesi ve uluslararası metinlerin incelenmesinden, haberleşme özgürlüğünün sağlanabilmesi için devletin birtakım yükümlülüklerinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Devletin, kişiler arasındaki haberleşmelere müdahale etmemek şeklindeki negatif yükümlülüğün yanında haberleşme özgürlüğünün tam olarak kullanılmasını sağlamak için gerekli olan düzenlemeleri yapma ve gerekli tedbirleri alma şeklinde pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin ulusal ve uluslararası metinlerde düzenlenmesi yeterli olmayıp, bu hakların kullanılmasının her türlü saldırıya karşı korunması için gerekli düzenlemelerin yapılması da zorunludur.

26.09.2004 tarihinde TBMM tarafından kabul edilen 5237 sayılı Kanunla²⁴³ 01.03.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu yerini yeni Türk Ceza Kanununa bırakmıştır. Haberleşmenin engellenmesi 5237 sayılı TCK’nun Özel Hükümler Kitabının Kişilere Karşı Suçlar başlıklı ikinci kısmının Hürriyete Karşı Suçlar başlıklı yedinci bölümünün 124 üncü maddesinde; haberleşme özgürlüğüne karşı işlenebilecek ihlaller ise aynı kısmın dokuzuncu bölümünde Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar başlığı altında 132 nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler mülga Türk Ceza Kanununun Hürriyet Aleyhinde Cürümler başlıklı ikinci babında yer alan Sırrın Masuniyeti Aleyhine Cürümler başlığı altında düzenlenmiş suçlar ile kısmen çakışmaktadır.²⁴⁴

²⁴² Yokuş Sevik, “Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Dinlenmesi”, s. 121.

²⁴³ 12.10.2004 tarihli ve 25611 sayılı R.G.

²⁴⁴ Mehmet Burçin Çetinkaya, *Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 33, <http://tez2.yok.gov.tr/> (Erişim tarihi: 01.07.2011).

Mülga TCK yapıldığı dönemin şartlarına göre haberleşme özgürlüğünü oldukça geniş bir tarzda himayesi altına almış ise de teknolojik gelişmeler karşısında haberleşme özgürlüğüne yapılabilecek müdahaleler konusunda yetersiz hale gelmiştir. Gerek bu yetersizliğin gerekse devletin haberleşme özgürlüğünü korumaya yönelik pozitif yükümlülüğünün zorunlu bir sonucu olarak 5237 sayılı TCK'nun 124 üncü maddesinde haberleşmenin engellenmesi, 132 nci maddesinde ise kişilerin haberleşme özgürlüğüne yönelik saldırılar suç olarak sayılmış ve yaptırımları düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu aracılığıyla özel hayatın korunması doğrudan ve dolaylı olabilmektedir.²⁴⁵ Dolaylı koruma getiren düzenlemelere; tehdit (madde 106), şantaj (madde 107), hakaret ve sövme (madde 125), kişilerin huzur ve sükûnunu bozma (madde 123) gibi suçlar örnek olarak gösterilebilir. TCK'nda özel hayat hakkına doğrudan doğruya koruma getiren hükümler 132 ilâ 140 ıncı maddeler arasında düzenlenmiştir. Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar başlığı altında düzenlenen bu suçlar; haberleşmenin gizliliğini ihlâl (madde 132), kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (madde 133), özel hayatın gizliliğini ihlâl (madde 134), kişisel verilerin kaydedilmesi (madde 135), verileri hukuka aykırı olarak verme ve ele geçirme (madde 136) ve verileri yok etmeme (madde 137) suçlarıdır.

765 sayılı TCK'nun 390 ıncı maddesinde düzenlenen haberleşmenin engellenmesi 5237 sayılı TCK'nun 124 üncü maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre;

(1) Kişiler arasındaki haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesi hâlinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

(2) Kamu kurumları arasındaki haberleşmeyi hukuka aykırı olarak engelleyen kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Her türlü basın ve yayın organının yayınının hukuka aykırı bir şekilde engellenmesi hâlinde, ikinci fıkra hükmüne göre cezaya hükmolunur.

²⁴⁵ Zafer, *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması*, s. 54.

Maddenin birinci fıkrasında kişiler arasındaki haberleşmenin, ikinci fıkrasında kamu kurumları arasındaki haberleşmenin, üçüncü fıkrasında ise her türlü basın ve yayın organının yayınının engellenmesi suç olarak düzenlenmiştir. Madde metninde suçun oluşması için engellemelerin hukuka aykırı olması gerektiği özellikle vurgulanmıştır. Anayasa ve kanunlarda belirlenen şartlara ve hukukun genel ilkelerine uygun olarak yapılacak engellemeler ve uygulanacak koruma veya güvenlik tedbirleri suç oluşturmayacaktır.

Mülga TCK'nun Sırrın Masuniyeti Aleyhinde Cürümler faslının 195 ve devamı maddelerinde haberleşme hürriyeti aleyhine suçlar düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nun 132 nci maddesi bu suçların kapsamını genişleterek tek madde halinde düzenlemiştir.

5237 sayılı TCK'nun 132 nci maddesi uyarınca;

(1) Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlâl eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlâli haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(4) Kişiler arasındaki haberleşmelerin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlanması hâlinde, ceza yarı oranında artırılır.

Madde ile korunmak istenen yarar kuşkusuz kişilerin haberleşme özgürlüğüdür. Haberleşmenin gizliliğini ihlâl suçunun oluşabilmesi için haberleşmenin niteliğinin ve ne şekilde yapıldığının bir önemi yoktur. Haberleşme mektupla, telefonla, telgrafla veya elektronik posta yolu ile yapılabilir. Suç açısından önemli olan bu haberleşmenin kişiler arasında yapılmasıdır. Suç herkes tarafından işlenebilir. Dolayısıyla herkes bu suçun şüphelisi olabilir. Ancak üçüncü fıkrada düzenlenen suç sadece haberleşmenin

taraflarınca işlenebilir. Mülga Ceza Kanununda suçun maddi konusunu oluşturan haberleşme araçları “mektup veya telgraf veya kapalı bir zarf” olarak belirtilmiş olup maddi konu yeni düzenlemede “haberleşmenin gizliliği” ve “haberleşmenin içeriği” biçiminde genel ve daha kapsayıcı ifadelerle belirlenmiştir.²⁴⁶

²⁴⁶ Konuya ilişkin geniş açıklamalar için bkz. Çetinkaya, *Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZA MUHALEMESİ KANUNUNDA POSTADA ELKOYMA, DÜZENLEMENİN AMACI, KONUSU VE ŞARTLARI

3.1. CEZA MUHALEMESİ KANUNUNDA POSTADA ELKOYMA

“Bir yere gelen veya bir yerden gönderilen mektup ve emanetlerin tümü ve bu emanetleri toplayan ve dağıtan kuruluş ve bu kuruluşun bulunduğu yer”²⁴⁷ olarak tanımlanan posta, insanların birbirleri ile haberleşmesini sağlayan vasıtalardan birisidir. İnsanlar, posta aracılığı ile birbirlerine mektup, yazı, belge, eşya vb. gönderirler.

Postada elkoyma, niteliği bakımından haberleşme özgürlüğünün bir sınırlaması ve gizliliğe bir müdahaledir.²⁴⁸ Kişilerin temel hak ve özgürlükleri kapsamında yer alan haberleşme özgürlüğüne yapılacak müdahalelerin, kanunla öngörülmesi ve keyfiligi önleyici mekanizmaları kapsamı gerekir.²⁴⁹ Bu sebeple ve haberleşme özgürlüğünün demokratik hayat biçimindeki üstün değeri dolayısıyla posta elkoyma, genel elkoyma tedbirinden ayrı olarak CMK’nun 129 uncu maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre;

“Suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu sayılıp, posta hizmeti veren her türlü resmi veya özel kuruluştaki bulunan gönderilere, hâkimin veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararı ile elkonulabilir.

Hâkim kararının veya Cumhuriyet savcısının emrinin kendilerine bildirilmesi üzerine elkoyma işlemini yerine getiren kolluk memurları, birinci fıkrada belirtilen gönderilerin içinde bulunduğu zarfları veya paketleri açamazlar, Elkonulan gönderiler, ilgili posta görevlilerinin huzuru ile mühür altına alınıp derhal elkoyma kararını veya emrini veren hâkim veya Cumhuriyet savcısına teslim edilir.

²⁴⁷ TDK, Türkçe Sözlük, s. 1621.

²⁴⁸ Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1993, s. 343.

²⁴⁹ Çolak ve Taşkın, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, s. 586.

Soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar vermek olasılığı bulunmadıkça, alınmış tedbirler ilgililere bildirilir.

Açılmamasına veya açılıp da içeriği bakımından adliyenin eli altında tutulmasına gerek bulunmadığına karar verilen gönderiler, hemen ilgililerine teslim olunur.”

129 uncu maddede; postada bulunan gönderilere, gönderi henüz alıcısına ulaşmadan önce posta işlemini yapan kişi veya kuruluşun elinde bulunduğu sırada elkonulmasına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Postada elkoyma, genel elkoymanın nitelikli bir hali olup, diğer elkoyma hallerinden farkını tedbirin niteliği ve kapsamı oluşturmaktadır. Postada elkoyma, posta hizmeti veren her türlü resmi veya özel kuruluştaki bulunan gönderilerden ispata yarayacak nitelikte olanların adliyenin eli altına alınmasıdır.²⁵⁰ Gönderiden, resmi ya da özel posta hizmeti gören kurumlardaki maddi varlığa sahip her şey anlaşılmalıdır.²⁵¹

Haberleşme ise postadan daha geniş bir kavram olup “duygu, düşünce veya bilgilerin akla gelebilecek her türlü yolla başkalarına aktarılması”²⁵² olarak tanımlanmaktadır. Posta yolu ile yapılan haberleşmeye konu gönderilere el konulması söz konusu olduğunda CMK’nun 129 uncu, telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin denetlenmesi söz konusu olduğunda ise 135 inci maddesi uygulanacaktır.

5271 sayılı CMK ve 1412 sayılı CMUK’nun postada elkoymaya ilişkin hükümleri karşılaştırıldığında belli başlı yenilikler dikkati çekmektedir. 5271 sayılı Kanunun gerekçesine göre; 1412 sayılı CMUK’nun 91 inci maddesinde iki ayrı fıkrada düzenlenen sanığa gönderilen veya sanık tarafından gönderilen mektuplara ait hükümler birleştirilerek tek fıkrada ele alınmıştır. Posta ile gönderilen bilgi kavramı açıklanmış ve elektromanyetik araçlar ile gönderilenler de buna dâhil edilmiştir. Yapılan diğer bir yenilik 1412 sayılı Kanunun 91 ila 93 üncü maddelerinin birleştirilmesinden oluşmaktadır. Böylece birbirleri ile ilgili olan maddelerin bir araya toplanması yolu ile

²⁵⁰ Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 257.

²⁵¹ a.g.e., s. 258.

²⁵² TDK, *Türkçe Sözlük*, s. 954.

daha sistemli bir kanun elde etme amacı güdülmüştür. Madde, postada elkoyma konusunu haberleşme özgürlüğünün demokratik hayat biçimindeki çok önemli üstün değeri dolayısıyla ayrıca düzenlenmiş bulunmaktadır.

5271 sayılı CMK ile yapılan düzenleme sonucunda postada elkoymanın kapsamı genişletilmiştir. 1412 sayılı CMUK’na göre sadece resmi kurumlardaki mektup, telgraf ve sair mersule tedbire konu olabilirken, CMK posta hizmeti veren özel kuruluşlardaki gönderileri de postada elkoymanın kapsamına almıştır. Bu anlamda mektup, telgraf tedbire konu olabileceği gibi; bir kargo şirketi tarafından bir yerden başka bir yere gönderilen gönderiler de artık postada elkoymaya konu olabilecektir.²⁵³

Telsiz ile haberleşmeler 2831 sayılı Telsiz Kanunu hükümlerine göre yapılmaktadır ve postada elkoymanın kapsamında değerlendirilmemektedir. Bu yolla yapılan iletişimin tespitinin CMK’nun 135 inci maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Postada elkoyma, gönderinin sadece posta hizmeti veren resmi ve özel kuruluştaki bulunduğu sırada yapılan elkoyma olup, böyle bir hizmet vermeyen diğer gerçek veya tüzel kişilerin eline geçmiş gönderilere elkonulması, bu maddeye göre değil, CMK’nun 123 üncü maddesine göre yapılacaktır.

1412 sayılı CMUK’ndaki düzenlemeye göre postada elkoyma kavramı, hem mektup, paket, koli gibi maddi bir varlığı olan eşyaya elkoymanın hem de telgraf, telefon, teleks vb. araçlar ile yapılan haberleşmenin denetlenmesini ifade etmektedir.²⁵⁴ Kanunun yürürlükte olduğu süre içerisinde 91 inci maddede yer alan “ve sair mersule” kavramının telefon haberleşmelerini de kapsadığı kıyas yolu ile kabul edilmiştir. Ancak, hukuk devletinde, haberleşme özgürlüğü açısından telefonla yapılan görüşmelerin denetlenmesi ayrı bir öneme sahip olup, telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşmenin denetlenmesi daha sıkı şartlara bağlanmıştır. Tüm bu nedenlerle 5271 sayılı CMK’nda iletişimin denetlenmesi, ayrı bir maddede özel olarak düzenlenmiştir.

²⁵³ Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 258.

²⁵⁴ Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 7, 169.

3.2. POSTADA ELKOYMANIN AMACI

CMK'nun 129 uncu maddesinin birinci fıkrasında postada elkoymanın amacı, “suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu” gönderilere el konulması olarak açıklanmış ve koruma tedbirlerinin amacına paralel bir düzenleme öngörülmüştür. Maddenin ifade tarzından da anlaşılacağı üzere postada elkoymanın amacı gerçeğin ortaya çıkarılması için delil elde etmektir.

Genel elkoymanın amacının delil elde etmek ve ileride müsadere edilebilecek eşya hakkında verilmesi muhtemel müsadere kararının infazını sağlamak olduğu bilinen bir husustur. Genel elkoymanın amaçlarından birisi olan ileride verilmesi muhtemel müsadere kararının infazını sağlamaya yönelik bir düzenleme postada elkoymayı düzenleyen CMK'nun 129 uncu maddesinde bulunmamaktadır. Madde bu haliyle uygulama farklılıklarına ve karışıklıklara sebep olabilecek bir nitelik taşımaktadır. Bizatihi suç teşkil eden ve suçta kullanılan eşya, aynı zamanda delil niteliğini haiz olduğundan bu tür eşyalara postada elkonulması her zaman için mümkündür. Ancak, suçtan elde edilen kazançtan dönüştürülen ve bizatihi suç teşkil etmeyen TCK'nun 55 inci maddesi uyarınca kazanç müsaderesine konu olabilecek eşyanın posta ile gönderiliyor olması halinde bu eşyaya postada elkonulması maddenin yazılış tarzına göre mümkün gözükmemekte, kazanç müsaderesine ilişkin ceza kanunu ve elkoymaya ilişkin usul kanunu hükümlerine paralel bir düzenleme yapılmamış olması ciddi bir eksiklik gibi gözükmemekte ise de, TCK'nun 55 inci maddesinde belirtilen şartların oluşması durumunda müsadere kararı verilmesi zorunludur.

Konuyu bir örnekle açıklamaya çalışırsak; şüphelinin gerçekleştirdiği yağma suçu sonucunda elde ettiği nakit para ile değerli bir eşya satın alarak bu eşyayı kargo veya posta ile arkadaşına göndermesi halinde, bu durumu haber alan soruşturma makamları bu eşyaya postada iken elkoyabilecekler midir? Söz konusu eşya bizatihi suç teşkil etmemekte ve meydana gelen suçu ispata yarayan bir delil olma vasfı da bulunmamaktadır. Ancak, bu eşyanın TCK'nun 55 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca müsaderesi gereklidir. CMK'nun 129 uncu maddesinde postada elkoyma

işleminin müsadere kararına konu olabilecek eşyalar hakkında uygulanabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmaması karşısında istisnai nitelik taşıyan, kişi hak ve özgürlüklerine müdahale içeren bu düzenleme geniş yoruma ve kıyasa tâbi tutularak böyle bir elkoyma mümkün görülebilecek midir? Doktrinde CMK'nun 129 uncu maddesinde bu konuda bir düzenleme bulunmaması karşısında istisnai ve kişi hak ve özgürlüklerine müdahale içeren bu düzenlemenin geniş yoruma ve kıyasa tâbi tutulamayacağı, söz konusu gönderinin alıcısına ulaşmasından sonra CMK'nun 123 ve 124 üncü maddeleri hükümlerine göre el konulmasının daha uygun olacağı yönünde görüşler bulunmaktadır.²⁵⁵ Ceza yargılaması hukukunda istisna durumlar dışında kıyas serbestisi bulunmakla, kanımızca elkoyma tedbiri hakkındaki hükümlerin postada elkoyma tedbiri hakkında kıyas yolu ile uygulanarak bu tür gönderilere postada iken elkonulması mümkündür. Postada elkoymanın, genel elkoymanın nitelikli hâli olduğu gözönüne alındığında, kanundaki bu boşluğun kıyas yolu ile giderilmesi daha doğru ve sağlıklı olacaktır.

Ceza yargılamasında öngörülen koruma tedbirlerinden bir tanesi olarak postada elkoyma yargılamanın amaçlarına hizmet etmekte olup postada elkoyma açısından bu amaçlardan olan gerçeğin ortayı çıkarılmasının daha ağır bastığını söylemek mümkündür.

3.3. POSTADA ELKOYMANIN KONUSU

Postada elkoyma işleminin konusunu posta hizmeti veren her türlü resmi ve özel kuruluşta bulunan gönderiler oluşturmaktadır.

Gönderi kavramı; “mektup postası gönderilerini, değer konulmuş mektup ve kutuları ve kolileri”²⁵⁶, “göndericinin bizzat kendisi veya talimatıyla, üzerinde belirtilen yer ve adrese gönderi türüne ve özel hizmetine göre teslim edilen haberleşme gönderileri ile kitap, katalog, gazete ve süreli yayınları, görme engellilere özgü yazıları, ticari değeri

²⁵⁵ Aydın, *Arama ve Elkoyma*, s. 170, 171.

²⁵⁶ 5584 sayılı Posta Kanununun uygulanmasına dair esasları düzenleyen Posta Tüzüğü'nün 2 nci maddesi R. G.Tarih-Sayı: 12/4/1973, No : 14505.

olsun veya eşya içeren posta maddesi ile posta kolisi veya kargosunu”²⁵⁷ ifade eder. Kısaca gönderiden posta yoluyla bir yerden bir yere gönderilen mektup, yazı, belge, kutu, koli, paket, kargo gibi bütün eşyalar anlaşılmalıdır.

Eşya kelimesi Arapça kökenli olup günlük dilde sıkça kullandığımız “şey” kelimesinin çoğuludur. İnceleme konumuz yönünden “şey” canlı varlığın karşısı olarak, cansız varlık, madde, nesne anlamına gelmekte, bazen müşahhas bazen de mücerret bir muhtevaya sahip olmaktadır.²⁵⁸ Çeşitli amaçlarla kullanılan insan yapısı, taşınabilir cansız nesnelerin bütünü²⁵⁹ anlamına gelmektedir. Hukuk düzeninin eşya kavramı ile fiziki eşya kavramı her zaman birbirine uymadığından eşya kavramı çeşitli hukuk düzenlerinde farklı şekillerde belirlenmiş bulunmaktadır.²⁶⁰ Doktrinde eşya; “maddi bir varlığa sahip olup üzerinde hâkimiyet kurulması mümkün olan, sınırlanabilen, insan dışı, ekonomik değer taşıyan her türlü nesne”,²⁶¹ “belli bir ağırlığı, hacmi ve ekonomik değeri olan ve üzerinde hâkimiyet kurulması mümkün her türlü varlık”²⁶² ve “üzerinde kişisel hâkimiyet sağlanabilecek, ekonomik bir değer taşıyan kişi ve hayvanlar dışındaki cismani varlıklar”²⁶³ şekillerinde tanımlanmaktadır. Doktrinde hukuki anlamda eşyanın özellikleri;

- 1-Maddi varlığı olması,
- 2-Sınırlanabilir olması,
- 3-Hukuki hâkimiyete elverişli olması,
- 4-Kişisel olmaması (İnsan dışı olması),
- 5-Ekonomik değer taşıması,

olarak kabul edilmektedir.

²⁵⁷ 09.05.2013 tarihli 6475 sayılı Posta hizmetleri Kanununun 3 üncü maddesinin (u) bendi.

²⁵⁸ Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 76.

²⁵⁹ TDK, *Türkçe Sözlük*, s. 659.

²⁶⁰ M.Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Özdemir Oktay, *Eşya Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2009, s. 6.

²⁶¹ Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 76.

²⁶² Ölmez, *5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Elkoyma*, s. 19.

²⁶³ Oğuzman ve diğerleri, *Eşya Hukuku*, s. 6.

Tüm bu tanımlardan anlaşılacağı üzere bizatihi insan vücudu hukuken eşya kavramının dışındadır.²⁶⁴

Eşya hukuku, medeni hukukun kişilerin eşya (mallar) üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyetinden doğan meseleleri düzenleyen kısmıdır.²⁶⁵ Eşya hukukunda eşya; maddi - maddi olmayan, menkul - gayrimenkul, basit - birleşik, misli - gayri misli, tüketime tâbi olan - tüketime tâbi olmayan, bölünebilen - bölünemeyen, özel mülkiyete tâbi olabilen ve olamayan, sahipli - sahipsiz eşya gibi ayrımlara tâbi tutulmaktadır. Konumuz açısından bu ayrımların bir önemi bulunmayıp, maddi olmayan eşyalara ve gayrimenkullere elkoymanın CMK'nun 128 inci maddesinde düzenlenen taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma hükümlerine göre yapılacağını belirtmekte fayda vardır.

Postada elkoymanın konusu, posta hizmeti veren her türlü resmi veya özel kuruluştaki bulunan gönderiler, yani eşyalardır. Önemli olan husus eşyaların delil değerinin bulunması olup, eşyanın türünün, ekonomik bir değer taşıyıp taşıyamamasının veya şüpheli/sanığın leh veya aleyhinde olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Fiili olarak elkonulması mümkün olan her türlü eşyaya postada iken elkonulabilir. Eşyanın özelliklerinde de belirtildiği üzere insan vücudu eşya değildir. Bu sebeple elkoymanın konusunu teşkil etmez. Ancak insan vücudunun bir parçası vücuttan ayrıldıktan sonra (örneğin, kesilen saç, tırnak, diş, vücuttan alınan kan gibi) bunlara elkonulması mümkündür. Bu tür delillere elkonulduğunda inceleme yaptırılması esnasında CMK'nun 78 ve 79 uncu maddeleri gözönünde bulundurulmalıdır.²⁶⁶ Delil olan her şey (eşya) postada elkoymanın konusunu teşkil edebilecektir.

²⁶⁴ Oğuzman, ve diğerleri, *Eşya Hukuku*, a.g.e., s. 6.

²⁶⁵ a.g.e., s. 1.

²⁶⁶ Madde 78 - (1) 75 ve 76 ncı maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, soy bağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması halinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir. Alınan örnekler üzerinde bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaktır.

(2) Birinci fıkra uyarınca yapılabilen incelemeler, bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de yapılabilir. Birinci fıkranın ikinci cümlesi, bu halde de uygulanır.

Madde 79 - (1) 78 inci Madde uyarınca moleküler genetik incelemeler yapılmasına sadece hâkim karar verebilir. Kararda inceleme ile görevlendirilen bilirkişi de gösterilir.

(2) Yapılacak incelemeler için resmen atanan veya bilirkişilikle yükümlü olan ya da soruşturma veya kovuşturmayı yürüten makama mensup olmayan veya bu makamın soruşturma veya kovuşturmayı yürüten

Postada elkoyma, gönderinin posta hizmeti veren resmi veya özel kuruluştaki bulunduğu sırada yapılabilir. Posta hizmeti veren kuruluşun kamu veya özel sektör olmasının bir önemi bulunmadığından, posta ve kargo hizmeti veren özel şirketlerdeki gönderilere de bu madde kapsamında elkonulabilecektir. 1412 sayılı CMUK'ndan farklı olarak 5271 sayılı CMK'na göre, elkonulacak gönderinin posta hizmeti veren resmi bir kuruluştaki bulunması zorunlu değildir. Bu anlamda mektup, telgraf tedbire konu olabileceği gibi; bir kargo şirketi tarafından bir yerden başka bir yere gönderilen gönderiler de artık postada elkoymaya konu olabilecektir.²⁶⁷ Posta hizmetleri uzun yıllar 02.03.1950 tarihli ve 5584 sayılı Posta Kanunu hükümleri çerçevesinde kanunen yetkili kılınmış tek kuruluş olarak bir kamu iktisadi teşebbüsü olan T.C. Posta ve Telgraf Teşkilatı (PTT) Genel Müdürlüğü tarafından yerine getirilmiş ise de 23.05.2013 tarihli 28655 sayılı R.G.'de yayımlanarak yürürlüğe giren 09.05.2013 tarihli ve 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu hükümleri ile; ülke genelinde posta hizmetlerinin kaliteli, sürekli, tüm kullanıcılar için karşılanabilir bir ücretle, etkin, rekabete dayalı esaslar çerçevesinde sunulmasını sağlamak üzere posta sektörünün serbestleştirilmesi öngörülmüş ve hizmet sağlayıcılarına²⁶⁸ posta sektöründe faaliyette bulunma imkânı tanınarak, PTT'nin bu alanda yıllarca süren tekeline son verilmiştir. Ancak, aynı kanun ile PTT'nin evrensel posta hizmeti sağlayıcısı olarak sahip olacağı tekelin ağırlık ve ücretini belirleme yetkisi Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun önerisi Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının teklifi ile Bakanlar Kuruluna verilmiştir. Eskiden haberleşme niteliğine göre belirlenmiş olan tekel hakkı²⁶⁹ açıklanan usule göre saptanacak olan ağırlık ölçüsüne göre belirlenecektir. Günümüzde posta ve kargo hizmetleri özel kişiler tarafından da yerine getirilebilmekte, posta hizmet sağlayıcıları ile kargo ve lojistik firmaları bu tür hizmetler sunabilmektedir. Delil değeri olan

dairesinden teşkilât yapısı itibarıyla ve objektif olarak ayrı bir birimine mensup olan görevliler, bilirkişi olarak görevlendirilebilirler. Bu kişiler, teknik ve teşkilât bakımından uygun tedbirlerle yasak moleküler genetik incelemelerin yapılmasını ve yetkisiz üçüncü kişilerin bilgi edinmesini önlemekle yükümlüdürler. İncelenecek bulgu, bilirkişiye ilgilinin adı ve soyadı, adresi, doğum tarihi bildirilmeksizin verilir.

²⁶⁷ Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 258.

²⁶⁸ Hizmet sağlayıcısı: PTT'yi ve 6475 sayılı Kanun hükümlerine göre posta sektöründe faaliyet göstermek üzere yetkilendirilmiş 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 124 üncü maddesinin ikinci fıkrasında sayılan sermaye şirketlerini ifade etmektedir.

²⁶⁹ 5584 sayılı Posta Kanununun 2 nci maddesine göre; P.T.T. İdaresinin tekeli altında olan maddeler şunlardır: Açık ve kapalı mektuplar, üzerlerinde haberleşme mahiyetinde yazı bulunan kartlar.

gönderinin bu hizmeti veren resmi veya özel kuruluş veya kişide olması postada elkoyma işleminin yapılmasını ve kapsamını etkilemeyecektir. Öğretide savunulan bir görüşe göre otobüs seyahat firmalarına teslim edilerek gönderilen şeylere de postada elkoyma hükümlerine göre elkonulabilecektir.²⁷⁰ Özel bir kişiye teslim edilen eşyanın gönderi kapsamında kabul edilerek postada elkoyma hükümlerine göre elkonulması mümkün değildir.

Postada elkoyma, gönderinin posta hizmeti veren resmi veya özel kuruluştaki bulunduğu süre içerisinde yapılabilir. Gönderinin postaya verilmesinden önce veya ilgisine tesliminden sonra postada elkoyma hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Bu durumlarda CMK'nun 123 üncü maddesi hükmüne göre elkoyma işlemi gerçekleştirilmelidir. Postada elkoyma kural olarak posta hizmeti veren kuruluşlara ait binalarda yapılır. Ancak, gönderinin bu kuruluşların, nakil ve dağıtım araçları ile dağıtıcılarında bulunduğu zamanlarda da gönderi postada kabul edilmelidir. Kısaca, postada elkoyma, gönderinin posta hizmeti sağlayıcısına tesliminden ilgisine teslimine kadar geçecek olan zaman aralığında ve bu zaman aralığında gönderinin bulunduğu yerlerde uygulanabilir.

3.4. POSTADA ELKOYMANIN ŞARTLARI

3.4.1. Şüphe

Arapça bir sözcük olan şüphe (kuşku); “bir şeyle, bir olguyla ilgili gerçeğin ne olduğunu tam olarak bilememekten, kestirememekten doğan kararsızlık, güvensizlik duygusu”,²⁷¹ “zihnin çeşitli alternatifler arasında seçme yapma konusunda tereddüt etmesi, hangisinin doğru olduğunu kestirememesi”,²⁷² ve “kuşku, bir olguyla ilgili gerçeğin ne olduğunu kestirememekten doğan kararsızlık, kuruntu, işkil, acaba”²⁷³ biçimlerinde

²⁷⁰ Hakeri, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Elkoyma Koruma Tedbiri”, s. 99.

²⁷¹ Ali Püsküllüoğlu, *Türkçe Sözlük*, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul: Doğan Kitap, 1995, s. 1030.

²⁷² Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 66.

²⁷³ TDK, *Türkçe Sözlük*, s. 1270.

açıklanmaktadır. Ceza yargılamasında ise şüphe, doğruluğu delillerle ispat edilmeye muhtaç bir iddia ve tahmini ifade etmektedir.²⁷⁴

Amacı maddi gerçeğe ulaşarak adaleti sağlamak, faili cezalandırmak, kamu düzeninin bozulmasını önlemek ve bozulan kamu düzenini yeniden sağlamak olan ceza yargılaması, şüphelinin bir suç işlediği yönünde, hakkında kamu davası açılmasını gerektirir yeterlilikte şüphe bulunup bulunmadığının tespit edildiği soruşturma evresi ile başlar ve yasada belirtilen hükümlerden birinin verilmesi ve bu hükmün kesinleşmesi ile sona erer.²⁷⁵ Şüphe, ceza yargılaması sürecinin başlatılabilmesi ve devamı için bulunması gereken temel bir olgudur.²⁷⁶ Araştırma mecburiyeti ilkesi²⁷⁷ gereği bir suçun işlendiği izlenimini haber alan yetkili makamlarca derhal soruşturmaya başlanır. İzlenim, bir suçun işlendiği konusunda duyulan şüpheyi ifade etmektedir. CMK'nun 160 ncı maddesinin; "Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar" hükmü bu ilkenin kanuna yansımaları olup, yetkili makamları bu şekilde bir araştırmaya zorlayan esas sebep ise bir suç şüphesidir. Bu şüphe sonucunda başlanılan soruşturmada iddia ve tahminler delillerle desteklenerek bir suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturduğunda Cumhuriyet savcısı tarafından kamu davası açılacaktır.

Ceza yargılamasında şüphe ise, soruşturmanın başında yetkililerin delillere dayanan bir tahmininden ibaret iken, soruşturmanın daha sonraki devrelerinde ve kovuşturma evresinde iddiayı destekleyen delillerin yetkililere eşit değerde görünmesinden ve yetkililerin bu yüzden savunma ve iddia lehinde veya aleyhinde net

²⁷⁴ Eryılmaz, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, s. 43.

²⁷⁵ YCGK. 17.05.2011 tarihli ve E:2011/9-93, K:2011/95 sayılı kararı.

²⁷⁶ Eryılmaz, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, s. 43.

²⁷⁷ Bir fiilin işlendiği haberinin alınması üzerine, bu fiillerin takibe yetkili makamlar tarafından derhal soruşturma evresine başlanmasını; bunun neticesinde, ceza ve emniyet tedbiri takibini gerektirecek hususlarda fiilin ve failin belli olması, yeterli emareler teşkil edecek vakıaların bulunması, yani şüphelerin ciddi olduğunun tespit edilmesi ve dava şartlarının gerçekleşmiş olması durumunda yetkili makam tarafından kamu davası açılmasını; nihayet, açılan kamu davasının, muhakeme sonuçlanıncaya kadar savcılıkça yürütülmesini ifade eden ilkeye kovuşturma mecburiyeti ilkesi denir. Bu ilke; araştırma, kamu davasını açma ve kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkelerinden oluşmaktadır. Bknz. Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 191, 192.

bir kanıya varamamalarından ibarettir.²⁷⁸ Ceza yargılaması aslında, bu şüphenin bir biçimde yenilmesi, gerçeğin araştırılması amacıyla yapılmaktadır.²⁷⁹

Şüphe, belirli vakıaların varlığını gerektirir ve bu vakıalar şüpheyi, herhangi bir emareye dayanmayan yalın tahminden ayırır.²⁸⁰ Demek oluyor ki, hukuk devleti esasları çerçevesinde yapılan bir ceza yargılamasında delil olmadan şüpheden söz edilemez; o hâlde delil olmadan ceza yargılamasının çarkları dönmeye başlayamaz; hiçbir ceza yargılaması işlemi yapılamaz. Çünkü bir ceza yargılaması yapılmasının varlık sebebi suç şüphesidir.²⁸¹

CMK’nda; şüphe,²⁸² kuvvetli şüphe,²⁸³ makul şüphe²⁸⁴ ve yeterli şüphe²⁸⁵ şeklinde kullanılan kavramın kanunda tanımı yapılmamıştır. Esasen net ve pratik kriterler içeren bir tanım vermekte imkânsız olup muhtemelen kanun koyucu bu sebeple şüphe kavramını tanımlama yoluna gitmemiştir.²⁸⁶

Şüphenin ulaştığı yoğunluk derecesine göre, durdurma, arama, elkoyma, iletişimin denetlenmesi, gizli izleme, kayıt ve verilerin incelenmesi, yakalama ve tutuklama tedbirlerine başvurulabilecek ve başvurulabilecek koruma tedbirinin kişinin hayatında meydana getireceği sınırlamanın etkisi arttıkça, şüphenin kuvvetlilik derecesi de artacaktır.²⁸⁷ Önemli olan husus koruma tedbirine başvurulurken keyfi şekilde hareket edilmediğini gösterecek düzeyde şüphenin varlığıdır.

²⁷⁸ Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 494.

²⁷⁹ Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, s. 26.

²⁸⁰ a.g.e., s. 19.

²⁸¹ Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 495.

²⁸² Bknz. CMK’nun 2, 100, 121, 128, 129, 138 ve 147 nci maddelerinde, şüphe, suç şüphesi, kuvvetli suç şüphesi.

²⁸³ Bknz. CMK’nun 74, 100, 133, 135, 139, 140 ve 147 nci maddeleri.

²⁸⁴ Bknz. CMK’nun 116 ncı maddesi.

²⁸⁵ Bknz. CMK’nun 170, 171 ve 172 nci maddeleri.

²⁸⁶ Eryılmaz, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, s. 54.

²⁸⁷ a.g.e., s. 43.

3.4.1.1. Şüphe Türleri

Kanunda tanımı yapılmayan şüphe, ceza yargılamasında elde edilen delillerin çokluğuna ve kuvvetine göre doktrinde basit (başlangıç) şüphe, yeterli şüphe ve kuvvetli şüphe olmak üzere üçe ayrılıp incelenmektedir.²⁸⁸ Eryılmaz’a göre ise kanun koyucu şüpheyi, kuvvetlilik veya yoğunluk derecesine göre basit, makul, kuvvetli ve yeterli şüphe olarak sınıflandırmıştır.²⁸⁹ Tanımının bulunmaması sebebiyle şüphe ve dereceleri somut olayın özellikleri gözetilerek uygulayıcılar tarafından takdir edilecektir.

3.4.1.1.1. Basit (başlangıç) Şüphe

Basit şüphe, soruşturmanın başlatılabilmesi için gerekli görülen şüphedir.²⁹⁰ Şüphenin derecesinin belirlenmesinde eldeki deliller belirleyicidir. Basit şüphe, dayandığı deliller basit, yetersiz ve sayıca az olan şüphenin en hafif hâlidir. Somut bir olaya, belirti²⁹¹ şeklinde de olsa bir delile dayanmayan ve sadece tahminden ibaret olan şüphe soruşturma işlemlerinin yapılabilmesi için yeterli değildir. Soruşturmaya başlanabilmesi için, belli ve yaşanmış somut olayların, en azından belirti şeklinde ortada bulunan delillerin belli bir suçun işlendiği yolunda bir şüphe ortaya koyması şarttır.²⁹²

Basit şüpheyne örnek olarak CMK’nun 160 ıncı maddesinin; “Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar” hükmü ile ifade edilen, soruşturma makamlarının harekete geçebilmeleri için gerekli olan suç şüphesi gösterilebilir.

²⁸⁸ Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 66-70; Öztürk ve Erdem ise şüpheyi önce basit ve yoğun şüphe olarak ayrıma tâbi tutmakta, yoğun şüpheyi kendi içinde yeterli ve kuvvetli şüphe olarak alt tasnife tâbi tutmaktadır. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 494-496.

²⁸⁹ Eryılmaz, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, s. 43. Benzeri görüş için bkz. Bıçak, *Suç Muhakemesi Hukuku*, s. 329.

²⁹⁰ Eryılmaz, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, s. 44. Benzeri ayrım için bkz. Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 76-79.

²⁹¹ İspat edilecek olayın dolaylı olarak aydınlatılmasına yardımcı olan vakalara belirti (emare) denir.

²⁹² Öztürk ve Erdem, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 495.

3.4.1.1.2. Makul Şüphe

5271 sayılı CMK ile makul şüphe kavramı da şüphenin bir derecesi olarak ceza muhakemesi hukukuna girmiştir.²⁹³

01.06.2005 tarihli ve 25382 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 6 ncı maddesinde makul şüphe; “hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphe” olarak tanımlanmıştır.

CMK’nun 116 ncı maddesinin; “Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir” hükmü bu tür şüpheyne örnektir.

3.4.1.1.3. Yeterli Şüphe

Eldeki delillere nazaran, yapılacak bir duruşmada sanığın mahkûm olması ihtimali beraat etmesi ihtimalinden daha kuvvetli ise yeterli şüphenin varlığı kabul edilir.²⁹⁴

CMK’nun 170 inci maddesinin ikinci fıkrasının; “Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler” hükmü ile kamu davası açılabilmesi için yeterli şüphenin mevcudiyeti aranmıştır.²⁹⁵

3.4.1.1.4. Kuvvetli Şüphe

Kuvvetli suç şüphesi, şüpheli veya sanığın suçu işlediği hususunda yüksek bir ihtimali gerektirir.²⁹⁶ Kuvvetli şüphe, kamu davasının açılması için gerekli olan yeterli şüpheden

²⁹³ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 78.

²⁹⁴ Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 69; Öztürk ve Erdem, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 495.

²⁹⁵ YCGK. 17.05.2011 tarihli ve E:2011/9-93, K:2011/95 sayılı ilâmına göre; 5271 sayılı CYY’nin 170.maddesi uyarınca, Cumhuriyet savcısı; soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa iddianame düzenlemekle yükümlüdür. Bu hüküm uyarınca iddianame düzenlenebilmesi yeterli delil elde edilmiş olmasına bağlıdır.

²⁹⁶ Bıçak, *Suç Muhakemesi Hukuku*, s. 586.

daha yoğun bir şüphedir.²⁹⁷ Eldeki delillere nazaran, yapılacak bir duruşmada sanığın mahkûm olması kuvvetle muhtemel ise kuvvetli şüphe var demektir.²⁹⁸

CMK'nun 74 üncü maddesinin; “Fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunan şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun, kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak için...”; 100 üncü maddesinin; “Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir”, 133 üncü maddesinin; “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”, 135 inci maddesinin; “Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir”, 139 uncu maddesinin; “Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı kararı ile kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir” ve 140 ncı maddesinin; “Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir” hükümleri ile işaret olunan şüphe bu tür şüphedir.

²⁹⁷ BİÇAK, *Suç Muhakemesi Hukuku*, s. 586.

²⁹⁸ Öztürk ve Erdem, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 496; Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, s. 221.

3.4.1.2. Postada Elkoyma Kararı İçin Gerekli Olan Şüphe

Posta elkoyma işleminin yapılabilmesi için soruşturma konusu suçun işlendiğine dair yukarıda izah edilen tarzda suç şüphesinin bulunması adeta bir ön şarttır. Soruşturma konusu suçun işlendiğine dair şüphe yoksa postada elkoyma tedbiri uygulanamaz.

Suçun işlendiğine dair şüphenin bulunması tek başına yeterli olmayıp, postada el konulacak gönderinin suçun delil, iz, eser ve emarelerini oluşturduğundan da şüphe edilmelidir. Gönderinin delil olma vasfı ve ihtimali yoksa postada elkoyma işlemine konu olmayacaktır.

5271 sayılı CMK'nun gözlem altına alınmayı düzenleyen 74 üncü, tutuklama nedenlerini düzenleyen 100 üncü, şirket yönetimi için kayyım tayinini düzenleyen 133 üncü, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasını düzenleyen 135 inci, gizli soruşturmacı görevlendirilmesini düzenleyen 139 uncu ve teknik araçlarla izlemeyi düzenleyen 140 ıncı maddelerinde bu tedbirlerin uygulanması için gerekli şüphenin derecesi belirtilmiş ve kuvvetli şüphe bulunması gerektiği düzenlenmiş ise de postada elkoymayı düzenleyen 129 uncu maddesinde tedbirin uygulanabilmesi için gerekli olan şüphenin derecesi belirtilmemiştir. Genel elkoymayı düzenleyen 123 üncü madde için de aynı durum söz konusudur.

Birçok temel hak ve özgürlüğe müdahale sonucu doğuran postada elkoyma tedbirinin uygulanabilmesi için basit şüphenin yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Ayrıca, kanun koyucu bu tedbir kararının verilebilmesi için kuvvetli şüphe şartını aramış olsaydı CMK'nun 74, 100, 133, 135, 139 ve 140 ıncı maddelerinde yaptığı gibi bu hususta açıkça bir düzenleme yapardı. Gökçen'e göre postada elkoyma koruma tedbirine müracaat edebilmek için kural olarak yeterli şüphe gereklidir.²⁹⁹ Kanımızca postada elkoyma tedbirine başvurmak için makul şüphenin bulunması yeterlidir. Ancak, istisnai olarak delil elde etme imkânının ve ispatın son derece zor olduğu durumlarda, örneğin, çıkar amaçlı suç veya terör örgütlerine yönelik olarak yürütülen soruşturmalar ve

²⁹⁹ Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 177.

kovuşturmalarda basit şüphe ile yetinilebilmelidir.³⁰⁰ Postada elkoyma işlemi için gerekli şüphenin derecesini tayin ve takdir soruşturma ve yargılama makamlarına ait olup; suçun vasıf ve mahiyetine, işleniş şekline, işlendiği yer ve zamana göre yargı denetimine açık olmak üzere onlar tarafından takdir edilmelidir.

3.4.2. Postada Elkoymanın Madde Bakımından Şartları

Koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için bir suç şüphesinin mevcudiyeti şarttır ve bu şart postada elkoyma için de geçerlidir. Suç şüphesi bütün koruma tedbirleri için ortak olmakla birlikte, her koruma tedbiri her suç için uygulanabilir değildir. Kanun koyucu bazı koruma tedbirlerinin uygulanmasını sadece belli suçlara hasretmiş ve ilgili hükümlerde buna ilişkin kataloglar düzenlemiştir.

Karşılaştırmalı hukukta koruma tedbirlerine başvurulabilecek suçlar bakımından üç farklı yöntem belirlendiği görülmektedir. Bunlar;

- a. Belirli suçları içine alan bir suç kataloğu oluşturup bu fiillere göre,
- b. Failin işlediği suç dikkate alınarak, verilmesi imkân dahilinde olan cezaya göre,
- c. Fiilin ağırlığına bakılarak,

koruma tedbirlerinin uygulanmasının sağlanmasıdır.

Suç kataloğu modelinde, koruma tedbirleri kanunda sayılan suçlar açısından uygulanabilir ve söz konusu suçlardan meydana gelen listeye “suç kataloğu” adı verilir. Örneğin; CMK’nun 133, 135, 139 ve 140 ıncı maddelerinde düzenlenen koruma tedbirleri gibi.

İşlenen suçun çarptırılması muhtemel cezaya göre yapılan düzenlemede ise belli bir limitin üzerindeki cezayı gerektiren suçlarda koruma tedbirlerinin uygulanması öngörülmektedir.

³⁰⁰ Benzeri görüş için bkz. Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 178.

Üçüncü model ise kovuşturulan fiilin belirli bir ağırlıkta olması kriteridir. Çok da açık olmayan bu kriterin uygulanması belirsiz oluşu nedeniyle yoğun bir şekilde eleştirilmektedir.

Kanunumuz postada elkoyma koruma tedbirinin uygulanabilmesi için herhangi bir suç grubu (katalog) veya ceza miktarı belirtmemiştir. Bu durumda; gönderinin suçun delil, iz, eser ve emarelerini oluşturduğundan şüphe edilen her suç için postada elkoyma tedbiri uygulanabilecektir. Suçun nev'inin, kasten veya taksirle işlenmiş olmasının da sonuca bir etkisi yoktur.

3.4.3. Postada Elkoymanın Kişi Bakımından Şartları

3.4.3.1. Postada Elkoymaya Yetkili Olanlar

3.4.3.1.1. Hâkim Kararı

Postada elkoyma, temel hak ve özgürlüklerin en önemlilerinden biri olan haberleşme özgürlüğüne etkisi nedeniyle Anayasamızda ve birçok uluslararası sözleşmede yer almıştır. Belirtilen üst normlarla düzenleme kanuna bırakılmış, 5271 sayılı Kanunla da postada elkoyma için hâkim kararı kural, yetkili merci emri istisna olarak kabul edilmiştir.

1982 Anayasasının 03.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunun 7 nci maddesi ile değişik “Haberleşme hürriyeti” başlıklı 22 nci maddesine göre; “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.”

Görüldüğü üzere, Anayasa haberleşme özgürlüğünün engellenmesi veya gizliliğine dokunulabilmesi için kural olarak bağımsızlığı ve tarafsızlığı anayasal teminata bağlanmış hâkim kararını, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise sonradan hâkim onayına sunulmak şartıyla kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emrini aramaktadır.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK’nda da Anayasa hükmüne paralel düzenlemeler yapılmış; postada elkoyma işleminin yapılması kural olarak hâkim kararına bağlanmıştır (CMK madde 129/1). Bu kuralın amacı postada elkoyma işleminin temel hak ve özgürlüklere bir müdahale oluşturması sebebi ile vatandaşa hukuki güvence sağlamaktır. Postada elkoymaya karar verme yetkisi soruşturma aşamasında işlemin yapılacağı yerdeki sulh ceza hâkimine (CMK madde 162), kovuşturma aşamasında ise davanın görüldüğü mahkemeye aittir (CMK madde 192).

Suç şüphesine ilişkin ihbar kolluğa yapılmış ise, kolluk, postada elkoyma kararı alınması için, şüphe sebeplerini ve postada elkonulacak gönderinin niteliğini içeren ayrıntılı ve gerekçeli bir rapor hazırlayarak Cumhuriyet savcısına başvurur. Cumhuriyet savcısı kolluğun talebini yerinde görürse, postada elkoyma kararı almak için hâkime başvuracaktır.

Hâkim talebi yerinde görürse postada elkoyma kararını dosya üzerinden verir. Hâkimin verdiği bu karara itiraz edilebilir (CMK madde 267). İtiraz edilmiş olması, kural olarak postada elkoyma işlemini durdurmaz (CMK madde 269/1). Ancak, kararına itiraz edilen makam veya kararı inceleyecek merci, postada elkoyma işleminin geri bırakılmasına karar verebilir (CMK madde 269/2). Postada elkoymaya mahkeme tarafından karar verilmiş ise, mahkeme kararlarına karşı itiraz yolu kapalı olduğundan, bu karara karşı ancak son kararla birlikte temyiz yoluna başvurulabilir.

Hâkimin, Cumhuriyet savcısının talebini reddetmesi halinde, Cumhuriyet savcısı herhangi bir düşünce ile kendisi postada elkoyma işlemi yapamayacağı gibi emir

vererek de elkoyma işlemi yaptıramaz. Ancak, redde uğrayan postada elkoyma kararı talebinden sonra yeni vakıa ve emarelerin elde edilmesi halinde, bu vakıa ve emarelere dayanılarak tekrar hâkimden elkoyma kararı isteyebilir.³⁰¹

Elkoymaya ve postada elkoymaya ilişkin düzenlemelerde elkoyma kararı veya emrinde bulunması gereken hususlar açıkça belirtilmemiştir. Doktrinde; ceza yargılaması hukukunda kural olarak kıyasın serbest olmasına ve CMK'nun aramaya ilişkin 119 uncu³⁰² maddesinin yasağın söz konusu olduğu istisnai ve sınırlayıcı hüküm niteliğinde bulunmamasına binaen madde hükmünün kıyasen elkoymalar için de uygulanabileceği belirtilmektedir.³⁰³ Bu durumda arama kararında bulunması gerekli unsurlar postada elkoyma kararında (emrinde) da bulunmalıdır. Karar; Anayasanın 141 ve CMK'nun 34 üncü maddeleri gereğince mutlaka gerekçeli olmalı; olayın kısa açıklaması ile birlikte elkonulacak eşyayı tereddüde düşürmeyecek şekilde açık ve net bir şekilde tanımlamalı ve elkonulacak eşyanın delil olma durumunu ve önemini içerecek şekilde yazılmalıdır.

3.4.3.1.2. Cumhuriyet Savcısının Yazılı Emri

Postada elkoyma işlemi için hâkim kararının bulunması mutlak bir zorunluluk değildir. Hâkim kararı olmadan da postada elkoyma işleminin yapılması mümkündür. 5271 sayılı CMK'nun 129 uncu maddesine göre, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının emri ile postada elkoyma işlemi yapılabilecektir. Anayasanın 22 nci maddesi de benzer bir hüküm içermektedir.

³⁰¹ “Arama” ile ilgili olarak benzer görüşler için bkz. Mesut Bedri Eryılmaz, *Türk ve İngiliz Hukukunda Durdurma ve Arama*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003, s. 151.

³⁰² Madde 119- (1) (Değişik : 25/5/2005 – 5353/15 md.) Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılmadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir.

(2) Arama karar veya emrinde;

a) Aramanın nedenini oluşturan fiil,

b) Aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya,

c) Karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi, açıkça gösterilir.

³⁰³ Benzer görüş için bkz. Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 247.

Postada elkoyma emri verme yetkisi CMK'nun 12 vd. maddelerinde düzenlenen yetki kurallarına göre belirlenecek olan, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısına aittir. Yetkili Cumhuriyet savcısının yürütmekte olduğu soruşturma ile ilgili olarak, mensup olduğu mahkemenin yargı çevresi dışında postada elkoyma işlemi yapmak zorunluluğu ortaya çıktığında, o yer Cumhuriyet savcısına işlemi havale ederek söz konusu postada elkoyma işleminin yapılmasını CMK'nun 161 inci³⁰⁴ maddesine göre isteyebilir.

Kendisine başka bir yargı çevresinden gelen postada elkoyma talebini alan Cumhuriyet savcısı, gecikmesinde sakınca olan bir durum yoksa mensup olduğu mahkemeden istenen postada elkoyma işlemi için gerekli kararı alarak, gecikmesinde sakınca olan bir durum söz konusu ise mensup olduğu mahkemenin onayını almak üzere yazılı emir vererek bu talebi yerine getirecektir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hâl kavramının Kanunda tanımı yapılmamıştır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 4 üncü maddesinde bu kavram adli ve önleme aramaları için ayrı ayrı tanımlanmış olup, buna göre; adli aramalar açısından gecikmesinde sakınca bulunan hâl, 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 hâlini; önleme aramaları bakımından ise; derhâl işlem yapılmadığı takdirde, milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini ifade etmektedir.

Yargıtay'a göre ise; gecikmesinde sakınca bulunulan hâlden söz edebilmek için, ilgilinin hâkime başvurup karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi hâlinde

³⁰⁴ Madde 161 - (1) Cumhuriyet savcısı, doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabilir; yukarıdaki Maddede yazılı sonuçlara varmak için bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilir. Cumhuriyet savcısı, adli görevi gereğince nezdinde görev yaptığı mahkemenin yargı çevresi dışında bir işlem yapmak ihtiyacı ortaya çıkınca, bu hususta o yer Cumhuriyet savcısından söz konusu işlemi yapmasını ister.

o tedbirin uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması hâlinde dahi beklenen faydayı vermemesi söz konusu olmalıdır.³⁰⁵

Postada elkoyma açısından da; somut olaya göre hâkimden karar alınmasının beklenmesi veya derhal postada elkoyma işlemi yapılmadığı takdirde suçun iz, emare ve delillerinin kaybolması, gönderinin alıcıya ulaşarak ele geçirilememesi ve suça ilişkin delillerin yok edilebilmesi veya karar almak için vakit bulunmaması gibi durumlarda gecikmesinde sakınca bulunan hâlin mevcut olduğu kabul edilmelidir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hâl bulunmamasına rağmen Cumhuriyet savcısının emri ile yapılan postada elkoyma işlemi hukuka aykırı olup hükme esas alınamayacaktır.³⁰⁶

Devletin suçla mücadelesinde herhangi bir aksaklık yaratmamak açısından Cumhuriyet savcısına postada elkoymaya emir verme yetkisinin tanınması gerekli ve zorunludur. Bununla birlikte, postada elkoyma işlemi hâkim kararına dayandırılabilirdiği oranda temel hak ve özgürlükler daha etkin olarak korunacak ve keyfi uygulamalarda azalacaktır. Genel elkoymadan farklı olarak, gecikmesinde sakınca bulunan hâl gerekçesi ile kolluk amirlerine, postada elkoyma emri verme yetkisi tanınmamıştır.³⁰⁷ Anayasamız ve kanunumuzun açık düzenlemesi karşısında hâkim ve kısıtlı olarak savcının dışında kimse postada el koyma kararı (emri) veremez ve uygulatamaz.³⁰⁸

CMK'nun 129 uncu maddesinin birinci fıkrasında Cumhuriyet savcısının kararı kavramına yer verilmiştir.³⁰⁹ Oysa CMK'nun 33 üncü maddesi³¹⁰ kapsamında karardan;

³⁰⁵ YCGK. 17.11.2009 tarihli ve E:2009/7-160, K:2009/264 sayılı kararı.

³⁰⁶ Yargıtay 7. C.D. 19.03.2009 tarihli ve E:2006/8913, K:2009/4357 sayılı kararı: "... Buna göre somut olay değerlendirildiğinde; alınan ihbar üzerine suç tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nun 97 nci maddesi uyarınca hâkimden alınacak arama kararı ile ya da gecikmesinde sakınca varsa bu husus belirtilerek yetkili merciin yazılı veya sözlü arama emri ile sanığın işyerinde arama yapılması gerekirken, ilçe merkezinde, gecikmesinde ne gibi sakınca olduğu da belirtilmeden, hâkim kararı da olmaksızın hukuka aykırı bir şekilde arama sonucu elde edilen delile dayanılarak mahkûmiyet kararı verilmesi yasaya aykırıdır." Konuya ilişkin olarak ayrıca bkzn. YCGK. 29.11.2005 tarihli ve E:2005/7-144, K:2005/150 sayılı ve 7. C.D. 29.01.2007 tarihli ve E:2004/17257, K:2007/305 sayılı kararları.

³⁰⁷ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 385.

³⁰⁸ Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 183.

³⁰⁹ Aydın, *Arama ve Elkoyma*, s. 172.

“hâkimlerin yargılama sırasında davayı sonuçlandırmayan, hükme götüren tedbir veya usul işlemleri”³¹¹ ve “genellikle duruşmasız ve evrak üzerinden verilen kararlar”³¹² anlaşılmakta olup, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının kararından değil, kolluk birimlerine verdiği emirden söz edilebilir. Nitekim aynı maddenin ikinci fıkrasında, “hâkim kararının veya Cumhuriyet savcısının emrinin kendilerine bildirilmesinden sonra” denilerek bu yanılgıdan dönülmüş, ancak kanun yazımı sırasında ilk fıkradaki husus düzeltilmemiştir.³¹³ Kısaca, postada elkoymaya hâkim tarafından hükmedilmesi durumunda “postada elkoyma kararı”ndan, Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilmesi durumunda ise “postada elkoyma emri”nden bahsedilmelidir.

Maddede Cumhuriyet savcısının kararından (emrinden) bahsedilmiş ve fakat bu kararın (emrin) şekli belirtilmemiştir.³¹⁴ Maddenin yazımındaki bu eksikliğe rağmen Cumhuriyet savcısının postada elkoyma işlemine yönelik emri yazılı olmak zorundadır. CMK’nun 161 inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Cumhuriyet savcısının kolluk görevlilerine emirlerini yazılı, acele hallerde sözlü olarak verebileceğine ilişkin hüküm burada uygulanamaz.³¹⁵ Zira, Anayasanın elkoymaya ilişkin kuralları içeren 20, 21 ve 22 nci maddelerinde, genel elkoymayı düzenleyen CMK’nun 127 nci maddesinde Cumhuriyet savcısının emrinin yazılı olarak verilmesi gerektiği söylendikten sonra genel elkoymadan daha ağır bir koruma tedbiri olan postada elkoymanın sözlü emirle yapılabileceği söylenemez.³¹⁶ CMK’nun 129 uncu maddesinde emrin yazılı olarak verilmesi gerektiğine ilişkin düzenleme olmaması kanunun hazırlanması sırasında yapılan bir unutkanlık olarak görülmelidir.³¹⁷

³¹⁰ Madde 33- (1) Duruşmada verilecek kararlar, Cumhuriyet savcısı, duruşmada hazır bulunan müdafî, vekil ve diğer ilgililer dinlendikten; duruşma dışındaki kararlar, Cumhuriyet savcısının yazılı veya sözlü görüşü alındıktan sonra verilir.

³¹¹ Mustafa ALBAYRAK, *Ceza Muhakemesi Kanunu Öz Kitap*, Geliştirilmiş 6. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s. 68.

³¹² Çolak ve Taşkın, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, s. 192.

³¹³ Aydın, *Arama ve Elkoyma*, s. 172.

³¹⁴ a.g.e., s. 172.

³¹⁵ a.g.e., s. 172.

³¹⁶ a.g.e., s. 172.

³¹⁷ a.g.e., s. 172, 173.

Gecikmesinde sakınca bulunan hâl sebebiyle Cumhuriyet savcısı tarafından verilecek olan postada elkoymaya ilişkin emrin yazılı olması gerekli ve zorunludur. Sonradan yazı ile teyit edilmesi sözlü olarak verilen emrin Anayasaya ve kanuna aykırılığını ortadan kaldırmayacaktır.

1412 sayılı CMUK'nun aksine (madde 92/4) 5271 sayılı CMK'nda Cumhuriyet savcısı tarafından verilen emrin hâkim tarafından onaylanmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak elkoymayı düzenleyen CMK'nun 127 nci maddesinin üçüncü fıkrasında hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işleminin 24 saat içinde hâkim onayına sunulacağı, hâkimin elkoymadan itibaren 48 saat içinde kararını açıklayacağı, aksi halde elkoymanın kendiliğinden kalkacağı hükme bağlanmıştır. Anayasanın 22 inci maddesinin ikinci fıkrasının yetkili merci emrinin hâkim onayına sunulmasını öngören hükmü ve CMK'nun 127 nci maddesinin üçüncü fıkrası gereğince Cumhuriyet savcısının elkoyma işleminde hâkim onayı zorunludur.³¹⁸

Onaya sunma için öngörülen 24 saatlik süre eşyaya postada fiilen elkonulduğu andan itibaren başlayacaktır. Postada elkoyma CMK'nda özel olarak düzenlendiğine göre, hâkim onayının aranacağı da 129 uncu maddede açıkça düzenlenmeliydi.³¹⁹ Onaya sunulacak hâkim ile kastedilen postada elkoyma işleminin uygulandığı yerdeki sulh ceza hâkimidir. Sulh ceza hâkimi;

(1) Postada elkoyma emrinin yetkili makamca (Cumhuriyet savcısı) ve yazılı olarak verilip verilmediği,

(2) Somut olay açısından gecikmesinde sakınca bulunan bir halin bulunup bulunmadığı,

(3) Elkoymayı haklı kılan suç şüphesinin bulunup bulunmadığı, hususlarında değerlendirme yaparak onay hususunda evrak üzerinden “postada elkoyma işleminin

³¹⁸ Yokuş Sevik, “Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Dinlenmesi”, s. 103.

³¹⁹ a.g.m., s. 103, 104.

onaylanmasına” veya “postada elkoyma işleminin onaylanmasına dair talebin reddine” karar verecektir.³²⁰

Süresi içerisinde onaya sunulmayan veya süre geçtikten sonra onaya sunulan elkoyma işlemi kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Başka bir ifadeyle, Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile gerçekleştirilen postada elkoyma işlemi, hâkim onayına sunulacağı süre zarfında ve hâkimin bu konuda karar verme sürecinde hukuka uygundur. Buna karşılık, hâkim onayına sunma süresi geçirildiği andan itibaren yoklukla malul hale gelir ve işlem kendiliğinden sona erer. Aynı şekilde, onaya sunulan postada elkoyma işlemi ile ilgili olarak hâkim 48 saat içinde bir karar vermediği takdirde elkoyma yok hükmündedir. Bu süre geçtikten sonra hâkimin bir karar vermiş olması, postada elkoyma işlemini yeniden diriltmez ve hukuka uygun hale getirmez. Tüm bu hallerde postada elkonulan eşya ilgisine ayrı bir karara gerek duyulmaksızın iade edilmelidir. Hâkim 48 saatlik süre içerisinde, işlemin hukuka aykırı olduğuna karar vermek suretiyle de elkoymayı ortadan kaldırabilir.³²¹

Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile ve hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işleminin 24 saat içinde hâkim onayına sunulacağı, hâkimin elkoymadan itibaren 48 saat içinde kararını açıklayacağı belirtilmiş ise de bu sürelerin başlangıcı konusunda kanunda açık bir hüküm yoktur. Yetkili mercinin kararı elkoyma işleminden itibaren 24 saat içinde onaya sunulmalı ve hâkim onaya sunma anından itibaren 48 saat içerisinde kararını açıklamalıdır.

Kolluk görevlileri sadece hâkim kararını veya Cumhuriyet savcısının emrini yerine getireceklerdir. Kolluk görevlileri elkonulan zarf veya paketleri hiçbir suretle açamazlar. Resmi veya özel kuruluş görevlilerinin huzuru ile zarf veya paketleri tutanakla teslim alarak, açmadan mühür altına alıp derhal ilgili hâkim veya Cumhuriyet savcısına teslim edeceklerdir.

³²⁰ Elkoyma konusunda benzer görüş için bkz. Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, s. 217.

³²¹ Elkoyma koruma tedbiri için benzer görüş için bkz. Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, s. 251.

Mülga CMUK'nun 92 nci maddesinin üçüncü fıkrası; “Şu kadar ki müddeiumumiler kendilerine verilen şeyleri ve bilhassa mektuplar vesair posta mersulelerini açmaksızın derhal hâkime tevdi etmek mecburiyetindedirler” hükmü ile Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile postada elkoyma işlemi yapılması durumunda elkonulan mektup vesair posta mersulelerinin açılmaksızın derhal hâkime tevdiini öngörmüş, bir başka ifade ile Cumhuriyet savcısına gönderileri açma ve inceleme yetkisi vermemiştir. CMK'nun 129 uncu maddesinde konuya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile postada elkoyma işlemi gerçekleştiğinde elkonulan gönderilerin Cumhuriyet savcısı tarafından açılıp incelenmesine kanuni bir engel bulunmamaktadır.³²²

Kendisine teslim edilen mühür altındaki şeylerin açılıp açılmayacağına ve elkonulan gönderinin ilgisine iade edilip edilmeyeceğine ilişkin karar, hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilir.

Soruşturma veya kovuşturma sırasında elde edilmiş bilgi ve belgelerin delil olarak duruşmada kullanılabilmesi için, soruşturma ve kovuşturma organları tarafından hukuka uygun olarak elde edilmiş olmaları zorunludur. Bu sebeple postada elkoyma tedbirinin uygulanması sonucu elde edilen gönderilerin delil olarak değerlendirilebilmesi için, öncelikle usulüne uygun olarak verilmiş bir tedbir kararının veya merciince verilerek hâkim tarafından onaylanmış yazılı bir emrin olması ve kararın/emrin uygulanması neticesinde karara/emre konu suç ve kişilere ilişkin olarak elde edilen bir delilin bulunması gereklidir. Bu hususlara uyulmadan elkonulan gönderilerin delil olarak kullanılması mümkün değildir. Ancak, usulüne uygun olarak, yetkili ve görevli soruşturma/kovuşturma makamlarınca verilen postada elkoyma kararı/emri, devletin özel hayatın gizli alanına girmesine izin verir.

3.4.3.2. Postada Elkoymaya Maruz Kalanlar

Posta hizmeti veren her türlü resmi veya özel kuruluştaki bulunan gönderilere, bunlarda suç delillerinin bulunduğu şüphe edilmesi ve gerçeğin ortaya çıkarılması için

³²² Aykırı görüş için bkz. Aydın, *Arama ve Elkoyma*, s. 190.

adliyenin eli altında olması zorunlu ise elkonulabilecektir. Postada elkoyma şüpheli veya sanık hakkında uygulanabilen bir koruma tedbiri olduğu gibi, şartları olduğu takdirde bu kapsama girmeyen üçüncü kişiler hakkında da uygulanabilir.

5271 sayılı CMK'nun 2 nci maddesine göre şüpheli, soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişiyi, sanık ise, kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade etmektedir.³²³ Üçüncü kişi ise; “suçu işlemeyen, suça iştirak etmeyen, suçun işlenmesine yardım etmemiş olan, suçun işlenmesinden sonra faile yardım etmemiş olan, yargılamaya engel olamamış olan, hükmün infazını akamete uğratmamış olan, suç eşyasını satın almamış olan veya saklamayan”³²⁴ “sanık dışındaki kişiler ile bir suç işlemek veya buna yataklık etmek şüphesi altında bulunmayan”³²⁵ kişidir.

Postada elkoymaya, soruşturma aşamasında şüpheli, kovuşturma aşamasında sanık ve her iki aşamada üçüncü kişiler hakkında suç delillerinin tespiti ve müsadereye tâbi eşyanın ele geçirilebilmesi amacıyla başvurulacaktır.

Ceza yargılama yasaları, yürürlükte bulundukları sürece bir suçun soruşturma ve kovuşturmasıyla ilgili olan tüm kişilere (şüpheli/sanık, tanık, bilirkişi, mağdur) uygulanır.³²⁶ Ancak, bazı hukuki statü ve görevde bulunanlar hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması Anayasa ve tâbi oldukları kanunlar gereği özel usullere tâbidir. Örneğin; Cumhurbaşkanı için Anayasanın 105, TBMM üyeleri için Anayasanın 83 ve hâkim ve savcılar için 2802 sayılı Kanunun 88 inci maddeleri özel soruşturma usulleri öngörmektedir. Koruma tedbirleri uygulanırken bu hükümler ve özel usuller her zaman için gözönünde bulundurulmalıdır.

Anayasanın 104 üncü maddesine göre Devletin başı olan ve bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletini temsil eden Cumhurbaşkanı tüm parlamenter

³²³ Soruşturma, Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi; kovuşturma, iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade eder (bkz. CMK madde 2).

³²⁴ Eryılmaz, *Türk ve İngiliz Hukukunda Durdurma ve Arama*, s. 145.

³²⁵ Özbek, *Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 86.

³²⁶ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 59.

sistemlerde olduğu gibi anayasal sistemimizde de siyasi, hukuki ve cezai olarak sorumsuzdur. 1982 Anayasasının 105 inci maddesi; “Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur. Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dâhil yargı mercilerine başvurulamaz. Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır” hükmünü ihtiva etmektedir. Devletin başı sıfatıyla Cumhurbaşkanına tanınan yetkiler Cumhurbaşkanınca tek başına kullanılmakta olup bu karar ve işlemlerden dolayı Anayasa Mahkemesi dâhil, hiçbir yargı merciine başvurulamaması Anayasanın açık hükmünün bir sonucudur. Yürütmenin başı sıfatıyla kullanılan yetkilere ilişkin olarak da Cumhurbaşkanlığı/Cumhurbaşkanı aleyhine yargı yoluna müracaat edilemez. Karşı imza kuralı gereğince Cumhurbaşkanının yürütmenin başı sıfatıyla imzaladığı kararlardan ve bu kararlar sonucu yapılan işlemlerden ötürü sorumluluk bu kararları imzalayan başbakana ve bakanlara ait olup hukuk yollarına müracaat edilecekse onlar aleyhine müracaat edilmelidir. Cumhurbaşkanı sadece siyasi ve hukuki anlamda değil cezai anlamda da sorumsuzdur. Anayasanın 105 inci maddesi gereğince vatana ihanet suçu dışında, Cumhurbaşkanının görevinden kaynaklanan suçlar sebebiyle cezai sorumluluğundan bahsedilemez. Bu sorumsuzluk dolayısıyla hakkında ceza soruşturması ve kovuşturması yapılması ve bu esnada herhangi bir koruma tedbirine müracaat edilmesi mümkün değildir. Anayasada açık hüküm bulunmadığından doktrinde Cumhurbaşkanının ferdi suçları bakımından her sanık gibi arama ve elkoymaya maruz kalabileceğini³²⁷ düşünenler olduğu gibi Cumhurbaşkanının sahip olduğu yüce makam dolayısı ile vatana ihanet fiili dışında hakkında soruşturma yapılması ve koruma tedbirine başvurulmasının mümkün olamayacağı³²⁸ görüşünde olanlar da vardır.

³²⁷ Gökcen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 136.

³²⁸ Özbek, *Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 89.

Anayasanın 83 üncü maddesi gereği; seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır. Bu dokunulmazlık dışarıdan atanan bakanlar için de geçerlidir (AY madde 112/son). Doktrinde milletvekili dokunulmazlığının Anayasanın saydığı tutulma, sorguya çekilme, tutuklanma ve yargılanma işlemleri ile sınırlı olduğu, Anayasanın diğer işlem ve tedbirleri kastetseydi bunu açıkça düzenleyebileceği, bu sebeple, sayılanlar dışındaki tüm koruma tedbirlerinin uygulanabileceği görüşü ileri sürülmektedir.³²⁹ Aksi görüşü savunanlara göre ise her ne kadar Anayasada sarahaten belirtilmemiş ise de milletvekili nezdinde arama ve elkoyma mümkün olmayıp sarahaten düzenlenmemişse de arama ve elkoymaya nazaran daha hafif durumda olan “sorguya çekme”yi yasaklamaktan bu sonuca ulaşılmalıdır.³³⁰

Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri dışında suç işlediği ileri sürülen hâkim ve savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz, sorguya çekilemez. Ancak, durum Adalet Bakanlığına derhal bildirilir (HSK madde 88). Ağır cezayı gerektiren suçüstü hâli haricinde, suç işledikleri gerekçesi ile hâkim ve savcılarının üst ve evlerinin aranması ve buradaki eşyaya elkonulması mümkün değildir. Bunun için önce ilgili dairenin teklifi üzerine, HSYK Başkanının izninin alınması gerekir. Buna aykırı hareket eden kolluk kuvvetleri amir ve memurları hakkında yetkili Cumhuriyet savcısı tarafından genel hükümlere göre doğrudan doğruya soruşturma ve kovuşturma yapılır.

Ayrıca Yargıtay ve Danıştay üyelerinin, avukatların, noterlerin, asker ve diplomatik dokunulmazlığı bulunan kişilerin özel kanunlardan ve uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan dokunulmazlıkları ve yargılama usulleri bulunmakta olup

³²⁹ Özbek, *Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 89; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 64; Kunter ve diğerleri, *Muhakeme Hukuku Dahı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 683-686; Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, s. 47.

³³⁰ Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 136.

uygulayıcıların soruşturma/kovuşturma aşamalarında koruma tedbirlerini uygularken bu özel hükümlere dikkat etmesi zorunludur.³³¹

Anayasamızda teminat altına alınmış olan ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin bir sonucu ve suç ve ceza politikasının gereği olarak ancak ve sadece gerçek kişiler suç faili olabilir ve haklarında ceza yaptırımına hükmedilebilir. Bu nedenle tüzel kişilerin şüpheli veya sanık olmaları düşünülemez. Ancak, tüzel kişiler de organ veya temsilcileri vasıtasıyla suç işleyebilirler.³³² Tüzel kişiler bu organ ve/veya temsilcileri vasıtasıyla faaliyette bulunduklarından cezai sorumluluk bu organları oluşturan gerçek kişilere aittir. Ancak, işlenen suç dolayısıyla özel hukuk tüzel kişileri hakkında güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlara hükmedilebilecektir.³³³ Tüzel kişilere gönderilen veya tüzel kişilerce postaya verilen gönderilere elkonulması her zaman için mümkündür. Ancak hakkında postada elkoyma işleminin gerçekleştirilmiş olması tüzel kişinin sanık veya şüpheli olarak isimlendirilmesini gerektirmeyecektir.

Özetle; 5271 sayılı CMK postada elkoymayı genelleştirerek, şüpheli veya sanıktan soyutlayarak, “gönderinin kendisini” hedef alan bir düzenleme ile “suçun delilini oluşturduğundan şüphe edilen” ve “gerçeğin ortaya çıkarılması için zorunlu olma” ölçütlerini kullanarak herkesin gönderisine elkoymanın yolunu açmıştır.³³⁴ Postada elkoyma koruma tedbirine maruz kalanlar sadece şüpheli veya sanık olmayıp, üçüncü kişilere ait gönderiler de postada elkoymaya konu olabileceklerdir. Postada elkoyma bakımından gerçek ya da tüzelkişi, gerçek kişiye, küçük çocuk, reşit olmasının veya sağlam, akıl hastası, uyuşturucu müptelası bulunmasının bir önemi yoktur.³³⁵

³³¹ Dokunulmazlık ve bağışıklıklara ilişkin geniş açıklamalar için bkz. Bıçak, *Suç Muhakemesi Hukuku*, s. 386-399; Eryılmaz, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, s. 349-356, Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 135-141; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 60-71; Kunter ve diğerleri, *Muhakeme Hukuku Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 683-693; Özbek, *Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 88-94.

³³² Bıçak, *Suç Muhakemesi Hukuku*, s. 66.

³³³ Yargıtay 10. C.D. 19.01.2009 tarihli ve E:2007/7796, K:2009/21 sayılı kararı: “ 5237 sayılı TCK’nın 5, 20/2 ve 60 maddeleri ile 5252 sayılı Kanunun geçici 1. maddesi uyarınca tüzel kişiler hakkında yaptırım uygulanmasına imkân bulunmamaktadır.” YKD, Nisan-2009, s. 788.

³³⁴ Kunter ve diğerleri, *Muhakeme Hukuku Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 1133.

³³⁵ Elkoymaya yönelik aynı görüş için bkz. Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 134.

Önemli olan gönderinin suçun delilini oluşturduğundan şüphe edilmesi ve gerçeğin ortaya çıkarılması için adliyenin eli altında olmasının zorunlu sayılmasıdır.

3.5. ADLİYENİN ELİ ALTINDA BULUNMASININ ZORUNLU OLMASI

CMK'nun 129 uncu maddesinin birinci fıkrası uyarınca posta yolu ile gönderilen ve postada iken elkonulması düşünülen gönderinin adliyenin eli altında bulunması zorunlu olmalıdır.³³⁶ Adliyenin eli altında bulunmadan kasıt, posta yolu ile gönderilen mektup veya koli gibi gönderilerin suçun işlendiğine dair delil oluşturduğu kanaati ile soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında istendiğinde temin edilmesini ifade eder.³³⁷ Bu husus madde metninde ayrıca belirtilmese de oranlılık ilkesinin tabii bir sonucudur. Zira, diğer tüm koruma tedbirlerinde olduğu gibi genel elkoyma tedbirinde de, postada elkoyma tedbirinde de, söz konusu işlemin yapılması zorunlu değil ise, yani bir başka şekilde amaca ulaşıyor ise o işlem yapılamaz.³³⁸ Ancak postada elkoyma koruma tedbirinin uygulanması sonucunda birçok temel hak ve özgürlük ihlâl edilebileceğinden önemi nedeniyle özellikle bu husus maddede ayrıca vurgulanmıştır.

³³⁶ Aydın, *Arama ve Elkoyma*, s. 172.

³³⁷ Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, s. 247.

³³⁸ Aydın, *Arama ve Elkoyma*, s. 172.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

POSTADA ELKOYMANIN YERİNE GETİRİLMESİ, GÖNDERİLERİN MUHAFAZASI, POSTADA ELKOYMA NEDENİYLE TAZMİNAT, ANAYASAYA AYKIRILIĞIN KAPSAMININ BELİRLENMESİ VE CMK 129 UNCU MADDENİN ANAYASAYA UYGUNLUĞU SORUNU

4.1. POSTADA ELKOYMA İŞLEMİNİN YERİNE GETİRİLMESİ VE İLGİLİLERE BİLDİRİLMESİ

CMK'nun 129 uncu maddesinin ikinci fıkrası, “Hâkim kararının veya Cumhuriyet savcısının emrinin kendilerine bildirilmesi üzerine elkoyma işlemini yerine getiren kolluk memurları, birinci fıkrada belirtilen gönderilerin içinde bulunduğu zarfları veya paketleri açamazlar. Elkonulan gönderiler, ilgili posta görevlilerinin huzuru ile mühür altına alınıp derhâl elkoyma kararını veya emrini veren hâkim veya Cumhuriyet savcısına teslim edilir” hükmünü içermektedir. Maddede sadece kolluk ifadesi kullanılmış olup bu durumda yönetmelik³³⁹ gereği öncelikle adli kolluk görevlileri elkoyma işlemini yerine getirecek, adli kolluk görevlilerinin yetersiz kalması hâlinde savcının talimatı ile diğer kolluk görevlileri de elkoyma işlemini gerçekleştirebilecektir.³⁴⁰ Bu durum CMK'nun 164 üncü maddesinin ikinci fıkrasının, “Soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adli kolluğa yaptırılır” ve 165 inci maddesinin, “Gerektiğinde veya Cumhuriyet savcısının talebi halinde, diğer kolluk birimleri de adli kolluk görevini yerine getirmekle görevlidir” hükümlerinin doğal bir sonucudur.

Postada elkoyma işlemi, kolluk ve posta hizmeti veren kuruluşun görevlileri tarafından birlikte yerine getirilir. Gönderilere postada iken elkonulmasına ilişkin hâkim kararının veya Cumhuriyet savcısı emrinin kolluğa bildirilmesi üzerine kolluk görevlileri elkonulacak gönderileri posta görevlilerinin huzuru ile açmaksızın mühür altına alıp,

³³⁹ Adli Kolluk Yönetmeliği, Kabul Tarihi: 01.06.2005, R.G. Tarih-No: 01.06.2005- 25832.

³⁴⁰ Çolak ve Taşkın, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, s. 565.

postada elkoymaya dair bir tutanak düzenler³⁴¹ ve derhal elkoyma kararını veya emrini veren hâkim veya Cumhuriyet savcısına teslim ederler. Elkoyma tutanağına; elkonulan gönderinin cinsi, miktarı, üzerindeki işaret, yazı ve numaraları, tür, marka, model ve ölçü gibi benzerlerinden ayırt etmeye elverişli bütün nitelikleri, takdir ettirilen değeri, hangi suçtan dolayı kimden, nereden ve ne suretle alınmış olduğu, soruşturma evrakı numarası, varsa hazır olan mağdur, suçtan zarar gören, şüpheli veya sanık ile bunların vekil ya da müdafinin, bilirkişi ve tanıklar ile huzurda bulunan diğer kişilerin (konumuz açısından posta veya kargo görevlilerinin) ve elkoyma işlemini yapan kolluk görevlilerinin³⁴² açık kimlikleri, işlemin yeri, tarihi ve saati yazılır; ilgililerin imzası, imza bilmeyenlerin parmak izi alınır; okuma ve yazma bilen şahısların ad, soyad ve adresleri kendi el yazıları ile yazdırılır, bu şekilde düzenlenen tutanak, soruşturma evrakına eklenir (SEY madde 5/2).

CMK'nun 122 nci maddesinde arama sonunda elde edilen belgeleri inceleme yetkisinin Cumhuriyet savcısı veya hâkime ait olduğu, kolluk görevlilerinin inceleme yetkisinin olmadığı belirtilmiş, aynı paralelde, postada elkoyma işlemine konu olan gönderilerin de Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından incelenmesi gerektiği kabul edilmiştir.³⁴³

Postadaki gönderilere kolluk tarafından hâkim kararı üzerine elkonulduğunda haberleşmenin gizliliği tahdit edileceğinden ilgilisinin bu gibi durumlarda devlete karşı bir dava açması söz konusu olabilir.³⁴⁴ Bu nedenle soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar vermek ihtimali bulunmadıkça, alınmış tedbirler ilgililere bildirilir (CMK madde 129/3). Soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar verme ihtimali Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından takdir edilecektir. Bildirim postada elkoyma işleminin infazından sonra yapılmalıdır. Zira, kanun alınmış tedbirlerin ilgililere bildirilmesinden bahsetmektedir. Bildirim süresi hakkında Kanunda hüküm bulunmamakla birlikte, 127

³⁴¹ Suç Eşyası Yönetmeliği Madde 5 - Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hâllerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile elkoyma işlemini yapan kolluk görevlilerince, *suç eşyasına elkonulduğuna dair bir tutanak* düzenlenir.

³⁴² Terörle Mücadele Kanunu kapsamında yürütülen soruşturmalarda kolluk görevlisinin açık kimliği yerine sicil numarasının yazılması ile yetinilir (TMK madde 10/1-ç).

³⁴³ Çolak ve Taşkın, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, s. 589, 590.

³⁴⁴ Kunter ve diğerleri, *Muhakeme Hukuku Dahil olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 1134.

nci maddenin beşinci fıkrasındaki elkoymanın suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilmesine ilişkin hüküm kıyas yoluyla uygulanarak, aynı bildirim eşyanın zilyedine de gecikmeksizin yapılmalıdır. Çünkü suçtan zarar gören mağdura bildirim ile soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar verme ihtimali kalmadığı kabul edilmiş olmaktadır. Bildirimin soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar verme ihtimali nedeniyle yapılmaması durumunda; hukuka uygunluk denetimini sağlamak için ilgiliye neden bildirimin yapılmadığı gerekçelendirilmelidir. İlgililere bildirim yapılması, bu tedbirin kanun hükümlerine uygun olarak yapılmasının sağlanması bakımından bir denetim olacağı gibi, özel hayatlarına yapılan müdahalenin haksız olduğunu düşünen ilgililerin haklarını aramalarına imkân vermek bakımından da önemlidir. Postada elkonulan gönderi hiç açılmadan veya açılıp incelendikten sonra adliyenin eli altında bulunmasına gerek görülmeyerek ilgisine teslim edilse bile, elkoymadan ilgili haberdar edilmelidir. Cumhuriyet savcısı soruşturma sonunda suçla ilgili bulunmadığını saptadığı şeyleri bir tutanak düzenleyerek ilgisine teslim edecektir. Bütün bu hükümler Anayasada öngörülen özel hayatın gizliliğini korumaya yöneliktir.

4.2. POSTADA ELKOYMA TEDBİRİNİN SONA ERMESİ

Postada elkoyma tedbiri diğer tüm koruma tedbirleri gibi geçici olup açılmamasına veya açılıp da içeriği bakımından adliyenin eli altında tutulmasına gerek bulunmadığına karar verilen gönderiler, hemen ilgililerine teslim olunur (CMK madde 129/4). Madde metninden de anlaşılacağı üzere, burada iki ihtimal söz konusudur. İlk ihtimalde, kolluk tarafından kendisine teslim edilen gönderiyi alan hâkim veya Cumhuriyet savcısı bu gönderinin açılmamasına karar verebilir. Açmama kararı verildiğinde, gönderi hemen ilgisine teslim olunur. İkinci ihtimal, gönderinin açılıp incelenmesi sonucunda, adliyenin eli altında tutulmasına gerek bulunmadığının anlaşılmasıdır. Böyle bir sonuca varıldığında da gönderiler hemen ilgisine teslim edilecektir.

Benzer hüküm CMK'nun 131 inci maddesinde bulunmaktadır. Buna göre; şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşyanın, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tâbi tutulmayacağını anlaşılması halinde, resen veya talep üzerine geri verilmesine

Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından karar verilir. Talebin reddine dair kararlara itiraz edilebilecektir.

Gerçekten elkonulan gönderi elkoymanın amaçlarını gerçekleştirmeyecekse yani ispata faydalı olmayacaksa yahut müsadereye tâbi tutulmayacaksa geri verilecektir.³⁴⁵ İade resen veya talep üzerine savcı, hâkim veya mahkeme tarafından verilecek bir karar ile yapılır. İade talebinin reddine ilişkin kararlara karşı itiraz yolu açıktır. Hüküm şüpheliye ait eşya hakkında uygulanabileceği gibi sanığa ve üçüncü kişilere ait eşya hakkında da uygulanabilir.³⁴⁶

Koruma tedbiri kural olarak hüküm kesinleşinceye kadar anlam ve hüküm ifade eder. Ceza mahkemesi, esas hakkındaki son kararı ile birlikte elkonulan gönderinin müsaderesine, dosya içinde delil olarak saklanmasına veya sahibine iadesine karar verir.

Suç Eşyası Yönetmeliğinde elkonulan eşyaların elden çıkarılması, iadesi, müsaderesi ve imhasına ilişkin işlemlerin yapılmasında uyulacak usul ve esasları tüm ayrıntıları ile düzenlenmiştir. Buna göre;

a) Hükümün kesinleşmesinden önce iadesine veya elden çıkarılmasına karar verilen suç eşyasına ilişkin işlemler (SEY madde 14);

Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından emanet eşyasının iadesine veya elden çıkarılmasına ilişkin verilen kararlar, dosyadaki emanet makbuzu ile birlikte en geç iki gün içerisinde Cumhuriyet başsavcılığına tevdi edilir. Cumhuriyet başsavcılığınca bu kararlar, suç eşyasının iadesi ya da elden çıkarılmasını temin amacıyla emanet memurluğuna gönderilir. Suç eşyasının iadesine veya elden çıkarılmasına, teminat ya da rayiç değerinin ödenmesi karşılığında karar verilmiş ise, bunun mahallin en büyük mal memurluğuna yatırıldığına dair makbuz ya da belge evraka eklenir. Emanet memuru, bu kararların tarih ve numaraları ile niteliklerini suç eşyası esas defterindeki özel sütunlarına işler ve kararları kartonlarında saklar.

³⁴⁵ Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 250.

³⁴⁶ a.g.e., s. 250.

b) Müsaderesine veya sahibine iadesine karar verilmiş suç eşyasına ilişkin işlemler (SEY madde 15);

Mahkemelerce, emanet eşyasının müsaderesine veya sahibine iadesine ilişkin kesinleşen karar örneklerinden biri, dosyadaki emanet makbuzu ile birlikte bir hafta içerisinde Cumhuriyet başsavcılığına tevdi edilir. Müteakip işlemler suç eşyasının tasfiyesinin gerçekleştirilmesi amacıyla 14 üncü maddenin ikinci ve dördüncü fıkraları gereğince yerine getirilir.

c) Tedavül etmeyen paralarla suç eşyası ve kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan mal varlığı değerleri hakkında verilen müsadere ve iade kararlarının yerine getirilmesine ilişkin işlemler (SEY madde 16);

Tedavül etmeyen paralarla suç eşyası ve mal varlığı değerleri hakkında verilen müsadere ve iade kararları aşağıdaki şekilde yerine getirilir:

a) Sahibine iadesine karar verilen eşya, kimliğini ispatlamaya yeterli bir belgeye dayanılarak suç eşyası esas defterindeki kayıt hanesine, imza, mühür veya parmak izi alınmak suretiyle sahibine, yasal temsilcisine veya vekiline teslim olunur.

b) Bu işlemler, Cumhuriyet savcısının huzurunda yerine getirilir ve esas defterine Cumhuriyet savcısı, emanet memurunun imzaları ile şerh verilir.

c) Eşyanın verileceği yer resmi bir kuruluş ise, yazı ile o dairenin amirine yahut yetkili memuruna alındı karşılığında teslim edilir.

d) İadesine karar verilen suç eşyası, yabancı uyruklu bir kimseye ait ise, müracaatı hâlinde kendisine veya yabancının uyruğu bulunduğu devletin sefaret veya konsolosluklarına gönderilir. Belgesi kartonunda saklanır.

e) Emanete alınmakla birlikte mahiyetleri itibarıyla müsadereye konu edilemeyen eşyalar, yargılama sonunda verilen bu yöndeki karar doğrultusunda, ilgili dosyasında delil olarak muhafaza edilmek üzere mahkemesine gönderilir. Mahkemeden alınacak alındı yazısının gün ve sayısı suç eşyası esas defterine işlenmek suretiyle, kaydı kapatıldıktan sonra alındı yazısı kartonda saklanır.

f) Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulmadığı veya merciine teslim edilmediği hâllerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine ilişkin verilen kesinleşmiş karar örneği mahkemesince doğrudan bulunduğu yerin en büyük mal memurluğuna gönderilir. Bu kararların infazı, 21.07.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun hükümlerine göre yapılır.

g) Müsaderesine karar verilen uyuşturucu maddelerle ilgili işlemler, 21.11.1982 tarihli ve 17875 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkındaki Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik ve 4.5.1988 tarihli ve 19804 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Haşhaşın Ekimi, Kontrolü, Toplanması, Değerlendirilmesi, İmhası, Satın alınması, Satılması, İhracı ve İthali Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre yapılır.

h) Müsaderesine karar verilen ve bu Yönetmeliğin 10 uncu maddesinde sayılan eşyalar hakkında, 15/2/1984 tarihli ve 18313 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Mahkemelerce Zoralmına Karar Verilen veya Güvenlik Kuvvetlerince Herhangi Bir Şekilde Ele Geçirilen Ateşli Silah, Mermi, Her Türlü Patlayıcı Madde, Bıçak, Kesici ve Öldürücü Alet İle Benzerlerinin Milli Savunma Bakanlığına Teslimi İşlerine Ait Yönetmelik hükümlerine göre işlem yapılır.

ı) Müsaderesine karar verilen diğer bilumum eşya, mahallin en büyük mal memurluğuna veya ilgileri dolayısıyla ait olduğu dairelere gönderilir.

Bu maddeye göre yapılacak teslim işlemleri sonucunda, ilgili merci ve dairelerden alınacak alındı yazısının gün ve sayıları suç eşyası esas defterine yazılmak suretiyle kaydı kapatıldıktan sonra sözü geçen alındı yazıları kartonunda saklanır.

Geri verilmesine karar verilmiş olup da sonuçları açıklanan usulüne uygun meşruhatlı tebligata rağmen sahipleri tarafından bir ay içinde alınmayan veya kendilerine tebligat yapılamayan kimselere ait eşya en geç iki ay içerisinde satılarak bedeli milli bankalardan birinde ilgilisi adına açılacak faizli bir hesaba yatırılır. Satışa karar verecek merci suç eşyasının bulunduğu yer sulh ceza hâkimidir. Satışın şekli ve satış için emanet memuru yanında kimlerin görevlendirildiği kararda gösterilir. Satış için

yapılan bütün masraflar satış bedelinden karşılanır. Satılacak suç eşyasının değerinin, satış masraflarını karşılamayacağının bu işlemler sırasında anlaşılması hâlinde, satışa karar veren hâkimin kararı üzerine 21 inci madde³⁴⁷ uyarınca işlem yapılır.

4.3. POSTADA ELKONULAN GÖNDERİLERİN MUHAFAZASI VEYA ELDEN ÇIKARTILMASI

Postada elkonulan gönderilerin saklanması, muhafazası, gerektiğinde elden çıkarılması, bakım ve gözetimiyle ilgili tedbirlerin alınması ve iadesi CMK'nun 132 nci maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Maddeye göre; elkonulan eşya, zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı halinde, hükmün kesinleşmesinden önce elden çıkarılabilir. Elden çıkarma kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından verilir. Karar verilmeden önce eşyanın sahibi olan şüpheli, sanık veya ilgili diğer kişiler dinlenir; elden çıkarma kararı, kendilerine bildirilir. Elkonulan eşyanın değerinin muhafazası ve zarar görmemesi için gerekli tedbirler alınır. Elkonulan eşya, soruşturma evresinde Cumhuriyet başsavcılığı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından, bakım ve gözetimiyle ilgili tedbirleri almak ve istendiğinde derhâl iade edilmek şartıyla, muhafaza edilmek üzere, şüpheliye, sanığa veya diğer bir kişiye teslim edilebilir. Bu bırakma, teminat gösterilmesi şartına da bağlanabilir. Elkonulan eşyanın delil olarak saklanmasına gerek kalmaması halinde, rayiç değerinin derhâl ödenmesi karşılığında, ilgiliye teslim edilebilir. Bu durumda müsadere kararının konusunu, ödenen rayiç değer oluşturur.

Elkonulan eşyanın (gönderinin) elden çıkarılması hakkında 1412 sayılı Kanunda bir hüküm bulunmamakta olup, 132 nci maddede elkonulan eşyanın (gönderinin) elden çıkarılması için gerekli olan iki şarttan bahsedilmektedir. Bunlar;

³⁴⁷ Madde 21 - İadesine karar verilmiş olup da yapılan tebligata rağmen sahipleri tarafından 19 uncu maddede yazılı süre içerisinde alınmayan veya kendilerine tebligat yapılamayan kimselere ait olan ve ekonomik değeri bulunmayan eşyanın, Cumhuriyet savcısı başkanlığında, emanet memuru ve iki zabıt kâtibinden oluşan komisyonca imhasına karar verilir. İmha, komisyon huzurunda yapılır ve buna dair bir tutanak tanzim olunur.

Birinci fıkrada belirtilen imha komisyonuna hangi zabıt kâtiplerinin katılacağı, adalet komisyonlarınca, bulunmayan yerlerde kıdemli hâkim tarafından belirlenir.

- *Eşyanın (gönderinin) zarara uğrama tehlikesi*; Eşyanın zarara uğraması tehlikesinden anlaşılması gereken eşyanın vasıflarının tamamen veya kısmen yitirmesine neden olabilecek bir halin ortaya çıkmasıdır.³⁴⁸

- *Değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesi*; burada anlaşılması gereken eşyanın vasıflarındaki gerileme sebebiyle değerinin azalmasıdır.³⁴⁹

Delil olarak elkonulmuş gönderinin zarara uğraması veya değerinde esas ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesi varsa, eşya elden çıkarılmadan önce fotoğrafını çekme, şahitlere gösterme, bilirkişi incelemesi yaptırma gibi delil değerini muhafaza etmek amacına yönelik tedbirlerin alınarak gönderinin elden çıkarılması durumunda elde edilen değer, eşyanın yerine geçecek, dolayısıyla yargılama sonunda müsadere kararı verilecek olduğunda, bu değer in müsaderesine hükmedilecektir.³⁵⁰

Uygulamada postada elkonulan gönderilerin saklanması, iadesi ve müsaderesine dair tüm işlemler 01.06.2005 tarihli ve 25832 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Suç Eşyası Yönetmeliği (SEY) hükümlerine göre yapılmaktadır. Suç eşyası ile ilgili işlemler, Cumhuriyet başsavcılığının sürekli gözetim ve denetimi altında adalet emanet dairesince yürütülmektedir. Yönetmeliğin “suç eşyasına elkonulması” başlıklı 5 inci maddesinde konu ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Hâkim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri üzerine postada elkoyma işlemine gerçekleştiren kolluk görevlilerince gönderiye elkonulduğuna dair bir tutanak düzenlenir.

Elkonulan gönderi, uygun şekilde ambalajlandıktan sonra, ambalajın ebadına, delillerin mahiyetine göre, tel, sicim, ip veya uygun görülen benzerleri ile bağlanıp, açıldığında yeniden kullanılamayacak derecede bozulan ve açıldığı belli olan mühür bandı, kendinden yapışkanlı güvenlik poşeti, üzerinde seri numarası bulunan tek

³⁴⁸ Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 249.

³⁴⁹ a.g.e., s. 249.

³⁵⁰ Hakeri, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Elkoyma Koruma Tedbiri”, s. 101.

kullanımlık hazır mühür, kurşun veya mum ile mühürlenir; ayrıca, gönderiye bağlanan etiket üzerine eşyanın cinsi, miktarı, kimden alındığı ve soruşturma evrakının numarası yazılmak suretiyle Cumhuriyet başsavcılığına tevdi edilir.

Elkonulan gönderinin teslim alınmasına dair işlemler Cumhuriyet savcısının talimatı doğrultusunda emanet memurunca yerine getirilir. Bulunmadığı takdirde Cumhuriyet başsavcılığınca görevlendirilecek personel tarafından tutanakla teslim alınarak en kısa zamanda emanet memurluğuna teslim edilir.

Elkoyma tutanağındaki bilgilerin doğruluğundan tereddüt edilir ise, teslim alan görevli veya emanet memuru gönderiyi getiren görevli ile birlikte gönderiye ve delil özelliğine zarar vermeyecek şekilde mührü sökerek veya ambalajı açarak gönderiyi inceleyip, bu hususu tutanakla tespit edip, mutabakat sağlandıktan sonra yeniden mühürler. Emanet memuru usulüne göre ambalajlanmamış veya mühürlenmemiş olan gönderiyi teslim alamaz.

10.07.1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silâhlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun kapsamına giren bir gönderiye postada elkonulması durumunda; elkonulan ateşli silâhlar ve miktar itibarıyla adalet emanet dairelerinde muhafazası Cumhuriyet başsavcılığınca sakıncalı görülen bu silâhlara ait mermilerle her türlü patlayıcı, maddeler, cins, tür, marka, model, numara ve çap gibi benzerlerinden ayırmaya yeterli bütün nitelikleri ve değerleriyle, kullanılmaya elverişli olup olmadıkları, soruşturma sırasında Cumhuriyet savcısı tarafından bilirkişi marifetiyle belirlendikten ve hangi suçtan dolayı kimden ve nereden, ne suretle elkonulmuş olduğu tespit edildikten sonra, mahkemece haklarında bir karar verilinceye kadar Cumhuriyet başsavcılığının yazılı emri ile mahalli jandarma birlik komutanlıklarına ait mahfuz bina ve depolarda muhafaza altına alınırlar.

Teslim alınan gönderi, emanet makbuzu tanzim edildikten sonra, etiketi üzerine, soruşturma veya esas defterinin sıra numarası yazılmak suretiyle suç eşyası esas defterine kaydedilir. Elkonulan suç eşyasına mahsus makbuz dört nüsha olarak düzenlenir. Bir nüshası soruşturma evrakına bağlanmak üzere Cumhuriyet başsavcılığına

gönderilir, bir nüsha ilgili kolluk birimine verilir ve diğer nüshaları kartonunda saklanır. Eşyasına elkonulmanın talebi hâlinde makbuzun bir örneği kendisine verilir.

Emanet memuru, mahkeme ve diğer resmi daireler tarafından incelenmek üzere yazılı olarak istenilen suç eşyasını, üzerindeki etiketlerde yazılı bilgiyi kapsayan bir yazı ile isteyen makama, esas defterindeki özel yere görevlinin imzasını almak suretiyle teslim eder. Mahkemeler ve Cumhuriyet başsavcılıklarınca emanet memurluğundan celbedilen eşya, inceleme sırasında bir değişikliğe uğradığı takdirde, bu husus, iki nüsha olarak düzenlenen bir tutanakla tespit olunur; tutanağın bir nüshası evraka eklenir, diğeri saklanmak üzere emanet memurluğuna verilir. Emanet memuru eşyada meydana gelen değişikliği esas defterinin düşünceler sütununa işler. Yetkisizlik, görevsizlik, kamu davasının açılması, dava nakli veya diğer kararlar üzerine evrakı başka bir yer mahkemesine gönderilmiş işle ilgili olan suç eşyası, evrakın bulunduğu yere gönderilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına tevdi olunur.

Emanet memurunca teslim alınan suç eşyasının, Yönetmelikte yazılı hâller dışında başka bir yere nakli, Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle mümkündür.

4.4. POSTADA ELKOYMA TEDBİRİNİN UYGULANMASI ESNASINDA TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER

Koruma tedbirlerinin uygulanması esnasında tesadüfen elde edilen deliller hakkında CMK'nun 138 inci maddesinde düzenleme mevcuttur. Maddeye göre, arama veya elkoyma koruma tedbirlerinin 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 savcılığına derhâl bildirilir.

Tesadüfen ele geçen delillerden anlaşılması gereken, yapılan soruşturma ile ilgisi bulunmayan ve soruşturma yapılırken bir başka suçun işlendiğini gösteren ve soruşturma yapılırken ele geçirilen delillerdir.³⁵¹ Yargıtay konuya ilişkin olarak;

³⁵¹ Durmuş, *Özel Hayatın Korunması Hakkı ve Bu Çerçeve İstihbarat Faaliyetleri*, s. 104.

“Sanığa ait olan iletişimin tespiti tutanakları tesadüfen elde edilmiş delil niteliğindedir. ... Kaldı ki, bu tutanağa yasal bir delil değeri verilmesi imkânsızdır. Zira, tesadüfen elde edilen bu delil üzerine, ilk görüşmenin tespitinden sonra değil, bütün görüşmeler kayıt edildikten sonra durum Cumhuriyet savcısına bildirilmiş, sanık hakkında herhangi bir iletişimin tespiti kararı olmaksızın tespit yapılmış olduğundan, bu tutanaklar yasa dışı elde edilmiş delil niteliğindedir. Yasa dışı elde edilen bir delilin ise soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına imkân bulunmamaktadır”³⁵² diyerek tesadüfen elde edilen deliller açısından diğer unsurlar ile birlikte Cumhuriyet savcısına derhal yapılacak bildirimin de önemine vurgu yapmıştır.

Bu bildirim üzerine CMK’nun 160 ıncı maddesi gereğince; Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenmiş olacak ve kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlayacaktır.

4.5. HUKUKA AYKIRI OLARAK POSTADA ELKOYMA VE SONUÇLARI

Ceza yargılamasının amacı maddi gerçeği ortaya çıkarma, postada elkoymanın amacı ise delil elde etme veya ileride müsadereyi gereken eşyayı muhafaza altına almaktır. Ceza yargılamasında medeni hukuk yargılamasının aksine delil serbestliği ilkesi geçerlidir. Maddi gerçek delillerle ispatlanır ve her türlü delile başvurulabilir. Kısaca her şey her şeyle ispat edilebilir. Ancak, hukuk devletinde maddi gerçeğin her ne pahasına olursa olsun araştırılması kabul edilmemekte bu ilkeye çeşitli gerekçelerle bazı sınırlamalar getirilerek kişisel ve toplumsal değerler korunmaya çalışılmaktadır. Kanun koyucu bunu yaparken, kişinin temel hak ve özgürlükleri ile ceza yargılaması neticesinde elde edilecek maddi gerçeğin bulunmasındaki sosyal yarar arasında bir denge kurmaya çalışmıştır.³⁵³ Maddi gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden delillerden veya delillerin bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmaktadır. Maddi gerçeğin bulunması için başvurulabilecek delillerin akla uygun olması, olayla ilgili ve sonuca etkili olması ve en önemlisi de hukuka uygun olması

³⁵² YCGK. 3.7.2007 tarihli ve E: 2007/5-23, K: 2007/167 sayılı kararı.

³⁵³ Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 101.

gerekir. Postada elkoyma işlemleri de ceza yargılaması hukukunda maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve delil elde etmek için başvurulmuş araçlardan biridir. Postada elkoymanın amacı da tüm koruma tedbirlerinde olduğu gibi ceza yargılamasının yürütülmesini, olaya uygun karar verilmesini ve verilen kararın infazını sağlamaktır.

Bir ceza yargılaması işlemi olarak elkoymanın özel bir türü olan ve önemine binaen Kanunda ayrı bir maddede düzenlenen postada elkoyma tedbirine ceza yargılamasında geçerli olan birtakım ilkeler hakimdir ve postada elkoyma işleminin gerçekleştirilebilmesi birtakım ön koşullar ve şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu ilke, ön koşul ve şartlarla hakkında işlem yapılan kişilerin karşısında bulundukları devlet gücüne karşı korunmaları, insan haklarına uygun, adil ve hızlı bir yargılama yapılması amaçlanmaktadır. Postada elkoyma işleminin bütün aşamalarında bu ilke, önkoşul ve şartlara dikkat edilmesi gerekmektedir. İlkelerin ihlali, önkoşulların ve şartların gerçekleşmemesi elkoymanın ve elde edilen delillerin hukuka aykırı olması sonucunu doğuracaktır. Örneğin;

Hüküm verilmeden ve suç sabit olmadan uygulanan postada elkoyma tedbiri elkonulan gönderinin vasıf ve mahiyetine göre kişinin özel hayatı gizliliği, mülkiyet hakkı ve haberleşme özgürlüğü gibi birçok temel hak ve özgürlüğü sınırlandırabilmektedir. Hukuk devletinde, temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilgili olan postada elkoyma gibi koruma tedbirlerinin tüm teferruatlarının kanun ile düzenlenmesi keyfilikleri önleyerek vatandaşın devlete ve adalete olan güven duygusunu artıracaktır. Bu zorunluluğu gerçekleştirmek için CMK'nun 90 vd. maddelerde koruma tedbirleri, 123 vd. maddelerde elkoyma tedbiri ve haberleşme özgürlüğünün demokratik hayat biçimindeki üstün değeri dolayısıyla genel elkoyma tedbirinden ayrı olarak 129 uncu maddesinde postada elkoyma tedbiri özel olarak düzenlenmiştir. Postada elkoyma işleminin belirtilen mevzuat hükümlerine uygun olarak yapılması hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucudur. Hukuk devleti ilkesinin gereklerine uyulmadan yapılan elkoyma işlemi geçerli olmayacak ve elde edilen deliller hukuka aykırı delil niteliğini taşıdığından geçerli sayılmayacaktır. Yargılamada maddi gerçeğe ulaşmaya çalışılırken

her delil değerli olup bu delillerden bir veya bir kaçının yargılama organlarının hukuka aykırı davranışları ile sakatlanıp kullanılmaz hale gelmesi son derece sakıncalıdır.³⁵⁴

İnsan haysiyeti ile bağdaşmayan kötü muamele, işkence, usulsüz dinleme, özel hayatın gizliliğini ihlâl vb. surette elde edilen delillere dayanılarak yapılacak olan postada elkoyma işlemide insan haysiyetine uygun işlem yapma ilkesine aykırı olacak ve “zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir” ilkesi gereği insan haklarını ve haysiyetini ihlâl ettiği için hukuka aykırı hale gelecektir. Bu durumda şüpheliye isnat edilen suçun ağırlığı, toplumsal infial yaratması gibi etkenlerin hiçbir önemi yoktur.

Bazı durumlarda ise postada elkoyma işlemi ile amaçlanan yarar, işlemin yapılması ile doğacak olan zarardan açıkça fazla olabilir. Hukuk devleti ilkesinin doğal sonucu olan ölçülülük ilkesi gereği uygulanacak tedbir ile oluşması muhtemel zarar ve tedbirden beklenen fayda arasında bir denge bulunmalıdır. Oluşması muhtemel zarar beklenen faydadan çok ise veya daha hafif bir tedbirle aynı amaca ulaşılabilecek ise postada elkoyma uygulanmamalıdır. Aksi davranış devletin tazminat sorumluluğunu gerektirebilecek sonuçlara yol açacaktır.

Postada elkoyma işleminin gerçekleştirilebilmesi için ilgili kişilerin kandırılması, delil uydurulması, gerçeğe aykırı ihbarlarla postada elkoyma işleminin yapılması için alt yapı hazırlanması, yazılı bir karar ve emir olmamasına rağmen böyle bir karar veya emir varmış gibi işlem yapılması, itiraz hakkının kısıtlanması gibi yollara müracaat edilerek yapılan postada elkoyma işlemi dürüst işlem ilkesine ve hukuka aykırıdır.

Bazı delillerin ise özünde hukuka aykırılık vardır. Bu sebeple kanun koyucu bir kısım delil yasakları öngörmüştür. Bu yasaklara aykırı olarak postada elkoyma işlemi sonucu elde edilen; kişinin hayatının gizli alanına ilişkin deliller, avukat ile müvekkili arasında avukat-müvekkil ilişkisinden kaynaklanan belge ve yazışmalar, şartları oluşmadan elkonulan devlet sırrı niteliğindeki belgeler, tanıklıktan çekinme hakkı bulunanlara bu hakları hatırlatılmadan elde edilen deliller, hukuki statü ve görevleri

³⁵⁴ Aydın, *Arama ve Elkoyma* , s. 21.

gereği özel soruşturma ve kovuşturmayaya tabi kişiler hakkında bu usullere uyulmadan elde edilen deliller hukuka aykırı delil olarak nitelendirilecek ve bunlar yargılamada delil olarak değerlendirilemeyecektir. Bu sebeple, bu tür delillerin ele geçirilmeleri amacıyla postada elkoyma işlemine de konu edilemezler.

Koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için gerekli olan şartlar her koruma tedbiri için CMK’nda ayrı ayrı belirlenmiş olup, kanunda ve kanun haline gelmiş olan uluslararası sözleşmelerde aranan bu şartlar gerçekleşmedikçe koruma tedbirlerine başvurulamaz. Ayrıca, tüm koruma tedbirlerine müracaat edilebilmesi için gerekli ön şartlar bulunmakta olup doktrinde bunlar; gecikmede tehlike bulunması, haklı görünüş, ölçülülük, olarak kabul edilmektedir.³⁵⁵

Gecikmede tehlike bulunmadan tedbire başvurulması, tedbiri ve tedbirle elde edilen delili hukuka aykırı hale getirecektir. Yargıtay CGK 17.11.2009 tarihli ve E;2009/7-160, K;2009/264 sayılı kararında; “somut olay değerlendirildiğinde; alınan ihbar üzerine suç tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK’nun 97 nci maddesi uyarınca hâkimden alınacak arama kararı ile ya da gecikmesinde sakınca varsa bu husus belirtilerek yetkili merciin yazılı veya sözlü arama emri ile sanığın işyerinde (deposunda) arama yapılması gerekirken, ilçe merkezinde, gecikmesinde ne gibi sakınca olduğu da belirtilmeden, hâkim kararı da olmaksızın hukuka aykırı bir şekilde arama sonucu elde edilen delile dayanılarak sanığın mahkûmiyetine karar verilmesini” kanuna aykırı bulmuştur.

Yeterli suç şüphesi bulunmadan suçu ortaya çıkarmak maksadıyla haberleşme araçlarının dinlenmesi (postada elkoyma) ya da evde yapılan arama neticesinde, özel hayata ve hayatın gizli alanına ait birçok evrak ve belgeye elkonulması hukuka aykırıdır.³⁵⁶

Hâkim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri bulunmadan ya da gecikmesinde sakınca bulunan hâl bulunmamasına rağmen Cumhuriyet savcısının emri

³⁵⁵ Kunter ve diğerleri, *Muhakeme Hukuku Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 837-842; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 305-307.

³⁵⁶ Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 46.

ile yapılan postada elkoyma işlemi hukuka aykırı olup hükme esas alınamayacaktır. Cumhuriyet savcısının emri ile gerçekleştirilen ve süresi içerisinde onaya sunulmayan veya süre geçtikten sonra onaya sunulan postada elkoyma işlemi ile elde edilen deliller de soruşturma ve kovuşturmada değerlendirilmeyecektir. Aynı şekilde, onaya sunulan postada elkoyma işlemi ile ilgili olarak hâkim 48 saat içinde bir karar vermediği takdirde elkoyma yok hükmündedir. Bu süre geçtikten sonra hâkimin bir karar vermiş olması, postada elkoyma işlemini yeniden diriltmez ve hukuka uygun hale getirmez.

CMK, gerçeğe ulaşmak bakımından delillerin serbestliği ilkesini benimsemiş, suçun varlığı ve sanığın sorumluluğunun, kanunun ayrıca hüküm koyduğu haller dışında her türlü delille saptanabileceğini kabul etmiştir. Ancak, Anayasanın 38 inci maddesinin yedinci fıkrasının; “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez” ve 5271 sayılı CMK’nun 206 ncı maddesinin ikinci fıkrasının; “Ortaya konulması istenilen bir delil aşağıda yazılı hallerde reddolunur: a) Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse” ve CMK’nun 217 nci maddesinin ikinci fıkrasının; “Yüklenen suç, hukuka uygun şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir” hükümleri gereğince suçlar ancak hukuka uygun bir şekilde elde edilen delillerle ispat edilebilir. Hukuka aykırı olarak elde edilen delil/deliller ise belirtilen hükümler doğrultusunda yargı organlarınca değerlendirilmeyecektir.³⁵⁷

4.6. POSTADA ELKOYMA TEDBİRİ NEDENİYLE TAZMİNAT

Hiç bir hukuk düzeni kusursuz değildir ve her hukuk düzeninde hatalı işlemler yapılmış ve hatta yanlış mahkûmiyet kararları verilmiş olabilir.³⁵⁸ Koruma tedbirlerinin uygulanması nedeniyle kişilerin maddi ve manevi zararlara uğramaları her zaman için mümkündür ve Kanun bu zararların devlet tarafından tazmin edilmesini öngörmektedir. Bu durum Anayasanın 125 inci maddesinin son fıkrasında düzenlenen “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür” hükmünün de doğal bir sonucudur. Ancak, kanun sadece tutuklama, yakalama, arama ve elkoyma koruma

³⁵⁷ Hukuka aykırı deliller ve sonuçları hakkında geniş açıklamalar için bkz. Bıçak, *Suç Muhakemesi Hukuku*, s. 519-544.

³⁵⁸ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 427.

tedbirlerinin uygulanması sonucu oluşabilecek zararlar için tazminat istenmesini öngörmüş olup diğer koruma tedbirlerinin uygulanmasından kaynaklanabilecek zararlar hakkında herhangi bir düzenleme öngörmemiştir. Postada elkoyma tedbirinin uygulanması nedeniyle kişilerin zarar görmesi durumunda bu zarar talep halinde tazmin edilecektir.

01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 18 inci maddesi ile 466 sayılı Yasa Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkındaki Kanun yürürlükten kaldırılmış ve koruma tedbirleri nedeniyle tazminata ilişkin hükümler CMK'nun 141 ila 144 üncü maddelerinde yeniden ve kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. 5320 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının, “Ceza Muhakemesi Kanununun 141 ila 144 maddeleri hükümleri 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren yapılan işlemler hakkında uygulanır” hükmü ile de Kanunun uygulama kapsamı tarih olarak belirlenmiştir.

Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişilerin uğrayabilecekleri tüm maddi ve manevi zarar halleri 141 inci maddede teker teker sayılmıştır. İnceleme konumuz olan postada elkoyma tedbiri ile ilgili tazminat talebine ilişkin hüküm Kanunun 141 inci maddesinin (j) bendinde yer almaktadır. Hükme göre, “Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında; eşyasına veya diğer mal varlığı değerlerine, şartları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer mal varlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen kişiler, maddi ve manevi her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler.”

Maddi zarar, kişinin bedeneni ya da malen uğradığı mali kayıptır. Yoksun kalınan kazanç ile haksız eylem ve işlemin yol açtığı giderler de maddi zarar kapsamındadır. Manevi zarar ise Ceza Genel Kurulunun 11.05.1999 tarihli, 102-115 ve 17.03.2009 tarihli, 2008/193-60 sayılı kararlarında da belirtildiği üzere, tutuklanan şahsın sosyal çevresinde itibarının sarsılması, özgürlüğünden yoksun kalınması nedeniyle duyulan elem, ıstırap ve ruhsal sıkıntıların bir ölçüde de olsa giderilmesi amacına yöneliktir. Bu nedenle manevi tazminata hükmedilirken kişinin cezaevinde

kaldığı süre, sosyal ve ekonomik durumu, toplumsal konumu, atılı suçun niteliği, tutuklamanın şahıs üzerinde bıraktığı olumsuz etkiler dikkate alınarak, zenginleşme sonucu doğurmayacak, adalet ve hakkaniyet ilkeleri ile bağdaşır bir miktar olmasına özen gösterilmelidir.³⁵⁹

CMK'nun 142 nci maddesinde tazminat talebinin şartları düzenlenmiştir. Hükme göre; koruma tedbiri nedeniyle tazminat davası açılabilmesi, ilgili kişi hakkındaki kararın veya hükmün kesinleşmesi ile mümkün olabilecektir. Burada karar kavramı ile kastedilen soruşturma aşamasından sonra verilebilecek olan kovuşturmayaya yer olmadığına dair karardır.

Kesinleşmiş kararın veya hükmün ilgisine veya varsa vekiline tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içerisinde tazminat talebinde bulunularak dava açılabilir. Bir yıllık süre hak düşürücü süre olup, dava zarara uğrayanın kendisi veya vekili tarafından açılacak, davalı olarak devleti temsilen Hazine gösterilecektir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun konuya ilişkin kararına göre; “5271 sayılı CYY'nin 142/1. maddesi uyarınca beraat kararının kesinleştiği hususunun davacıya tebliğ edilmesi gereklidir. Kesinleşen beraat kararının tebliğ edilmemesi durumunda CYY'nin 142/1. maddesinde belirtilen üç aylık süre işlemeye başlamayacağından aynı fıkradaki bir yıllık süre içinde davanın açılması yeterlidir.

Yine, CYY'nin 141 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) ve (f) bentleri, 141/2, 231/3, 232/6 maddeleri uyarınca tazminat talep etme hakkı olan kişiye kararda bu hakkının hatırlatılması zorunludur.”³⁶⁰ Yargıtay bu kararı ile; verilen beraat kararı yüze karşı verilmiş olsa bile üç aylık sürenin başlayabilmesi için kesinleşen beraat kararının ilgisine tebliğ edilmesinin zorunlu olduğunu, böyle bir tebligatın bulunmaması halinde ise davanın bir yıllık süre içerisinde açılmasının gerekli ve yeterli olduğunu belirtmiştir.

³⁵⁹ YCGK. 21.12.2010 tarihli ve E:2010/6-212, K:2010/263 sayılı kararı. Karar koruma tedbirlerinden tutuklama tedbirine ilişkin ise de tüm koruma tedbirleri için uygulanabilir genel ilkeleri içermektedir.

³⁶⁰ YCGK. 21.12.2010 tarihli ve E:2010/6-112, K:2010/263 sayılı kararı.

Dava, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanacaktır (CMK madde 142/2). Bu hükümle zarar görenin en kolay ve ucuz yöntemle hakkına kavuşması teminat altına alınmak istenmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun yukarıda bahsedilen kararına göre maddede düzenlenen yetki kuralı kamu düzenine ilişkin ve kesin bir yetki kuralıdır.

Tazminat talebinde bulunan kişinin dilekçesine, açık kimlik ve adresini, zarara uğradığı işlemin ve zararın nitelik ve niceliğini kaydetmesi ve bunların belgelerini eklemesi gereklidir.

Dilekçedeki bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda mahkeme, eksikliğin bir ay içinde giderilmesini, aksi hâlde talebin reddedileceğini ilgiliye tebliğ eder. Süresinde eksikliği tamamlanmayan dilekçe, mahkemece, itiraz yolu açık olmak üzere reddolunur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu konuya ilişkin olarak; “Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat kurumunun yasaya konuluş amacı gözetilerek kanundaki boşlukların, ceza yargılamasındaki işlemler nedeniyle CYY’nin 141/1. maddesi kapsamında tazminat talep etme hakkına sahip ilgililer lehine tamamlanması ve konulan kuralların ilgililer lehine yorumlanması gerektiğinden kuşku bulunmamaktadır. Ancak, Kanunun öngördüğü ve yerine getirilmesi ilgililer açısından herhangi bir ek yükümlülük oluşturmayan asgari şartların yerine getirilmemesi halinde, bunun müeyyidesi de Kanunun amir hükmü ile açıkça belirlenmiş olduğundan bu konuda yorum yoluyla doldurulması gereken kanuni bir boşluk olduğundan söz edilemez” şeklinde karar vererek açık kanuni düzenlemeler karşısında asgari olarak aranan bilgi ve belgeleri taşımayan, yapılan ihtarlar rağmen eksiklikleri de tamamlanmayan dilekçenin reddine karar veren mahkeme kararının doğru olduğuna karar vermiştir.

Mahkeme, dosyayı inceledikten sonra yeterliliğini belirlediği dilekçe ve eki belgelerin bir örneğini Devlet Hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine³⁶¹

³⁶¹ Devlet Hazinesini illerde defterdarlık, ilçelerde mal müdürlüğü temsil etmektedir.

tebliğ ederek, varsa beyan ve itirazlarını onbeş gün içinde yazılı olarak bildirmesini ister. İstemin ve ispat belgelerinin değerlendirilmesinde ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek tazminat miktarının saptanmasında mahkeme gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya veya hâkimlerinden birine yaptırmaya yetkilidir. Mahkeme, kararını duruşmalı olarak verir. Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davasında kararın verildiği duruşmada Cumhuriyet savcısının hazır bulunması zorunludur.³⁶² İstemde bulunan ile Hazine temsilcisi, açıklamalı çağrı kâğıdı tebliğine rağmen gelmezlerse, yokluklarında karar verilebilir. Karara karşı, talepte bulunan, Cumhuriyet savcısı veya Hazine temsilcisi istinaf yoluna başvurabilir; inceleme öncelikle ve ivedilikle yapılır.

4.7. ANAYASAYA AYKIRILIĞIN KAPSAMININ BELİRLENMESİ VE CMK 129 UNCU MADDENİN ANAYASAYA UYGUNLUĞU SORUNU

Dilimizde sırasıyla “kanun-i esâsî”, “teşkilât-ı esâsiye kanunu” ve “anayasa”³⁶³ olarak kullanılmış olan kavram Fransızca constitution kelimesinin karşılığıdır.³⁶⁴ Sanıldığı kadar eski olmayan kavram, ilk defa aynı zamanda ilk yazılı anayasa olma özelliğın taşıyan 17 Eylül 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasası ile kullanılmıştır.

Bu ilk yazılı anayasayı sırasıyla; 1791 tarihli Fransız Anayasası, 1809 tarihli İsveç Anayasası, 1812 tarihli İspanyol Anayasası, 1814 tarihli Norveç Anayasası, 1831 tarihli Belçika Anayasası, 1848 tarihli İsviçre Anayasası, 1848 tarihli İtalyan Anayasası, 1848-1850 tarihli Prusya Anayasası, 1849 tarihli Danimarka Anayasası, 1849 tarihli Lüksemburg Anayasası, 1864 tarihli Yunan Anayasası, 1866 tarihli Romanya Anayasası, 1876 tarihli Osmanlı Anayasası, 1887 tarihli Hollanda Anayasası ve 1889 tarihli Japon Anayasası izlemektedir.³⁶⁵ Fransız devrimi sonunda Fransa’da düzenlenen yazılı anayasa geleneği devrimin etkileriyle bütün dünyaya yayılmış olup bugün geline

³⁶² Yargıtay 9. C.D. 20.10.2010 tarihli ve E:2010/2918, K: 2010/10751 sayılı kararı.

³⁶³ 15 Ocak 1945 tarihli R.G.’de yayımlanarak yürürlüğe giren 4695 sayılı Kanun ile 1924 tarihli “teşkilât-ı esâsiye kanunu” içeriğinde değişiklik yapılmaksızın Türkçeleştirilmiş ve ilk defa bir kanunda Anayasa kavramı kullanılmıştır.

³⁶⁴ Konuya ilişkin geniş açıklamalar için bkz. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 18. Baskıdan Tıpkı Ek Basım, Bursa: Ekin Yayın Dağıtım, 2012, s. 7.

³⁶⁵ Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, s. 18.

noktada İngiltere dışında yazılı anayasası olmayan bağımsız bir devlet bulunmamaktadır.

Anayasalar, devletin şeklini, kişilerin haklarını ve ödevlerini, devlet organlarını ve bu organlar arasındaki ilişkileri belirten en soyut ve en genel hukuk kurallarını içeren kanunlardır.³⁶⁶ Devletin yönetimine ilişkin ana kurallar, siyasi iktidarlara yön veren temel ilkeler ile temel hak ve özgürlükler genellikle anayasa denilen kanunlarla düzenlenmekte ve hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlamaktadır.

Bir ülkedeki en üst hukuk normunu ifade eden “Anayasa” kavramı doktrinde maddi ve şekli olmak üzere iki değişik şekilde tanımlanmaktadır.³⁶⁷

Maddi anlamda anayasa, devletin temel organlarının kuruluşunu ve işleyişini belirleyen hukuk kurallarının bütünüdür. Maddi anlamda kritere göre bir kuralın anayasa kuralı olup olmadığına o kuralın içeriğine, yani o kuralın neyi düzenlediğine bakılarak karar verilir. Bir hukuk kuralı, içerik itibarıyla devletin temel organlarının kuruluşuyla veya işleyişiyle ilgili ise, o kural bir anayasa kuralıdır; değilse anayasa kuralı değildir.³⁶⁸

Şekli anlamda anayasa, normlar hiyerarşisinde en üst sırayı işgal eden, kanunlardan farklı ve daha zor bir usülle konulup değiştirilebilen hukuk kurallarının bütünü olarak tanımlanmaktadır. Bu kritere göre, bir hukuk kuralın anayasa kuralı olup olmadığına, onun içeriğine bakılmaksızın, o kuralın bulunduğu yere ve yapılış veya değiştiriliş şekline bakılarak karar verilir. Eğer bu kural normlar hiyerarşisinde en üst basamakta yer alıyorsa ve kanunlardan daha zor bir usulle yapılıyor veya

³⁶⁶ Adnan GÜRİZ, *Hukuk Başlangıcı*, 6. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi, 1997, s. 49.

³⁶⁷ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı*, 2. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011, s. 49; Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, s. 4; Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara: Orion Yayınevi, 2005, s. 93-94; Turhan Feyzioğlu, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1951, s. 6-7.

³⁶⁸ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 49; Ayrıca bkz. Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, s. 4.

değiştirilebiliyorsa o kural, içerik olarak neye ilişkin olursa olsun bir anayasa kuralıdır.³⁶⁹

Doktrinde maddi anlamda anayasa tanımının belirsiz ve genişletilebilir bir kavram olması nedeniyle şekli anlamda anayasa tanımının daha doğru olduğu kabul edilmektedir.

Klasikleşmiş bir ayrıma göre anayasalar, yazılı olup olmamasına göre yazılı-yazısız anayasalar ve yapıma ve değiştirilmeleri usullerine göre de katı-yumuşak anayasalar şeklinde ayrıma tâbi tutulmaktadır. Yazılı anayasa, anayasa kurallarının bir belgede toplandığı anayasaları, yazısız anayasalar ise yıllarca süren teamüller sonucunda ortaya çıkan yazılı olmayan anayasaları ifade etmekte olup en bilinen örneği İngiliz Anayasası Sistemidir.

Yumuşak (yatkın) anayasa ile alelâde kanunlar gibi değiştirilebilen anayasalar, katı (bükülmez) anayasa kavramı ile de, alelâde kanunlardan farklı usuller dairesinde değiştirilen anayasalar kastedilmektedir.³⁷⁰ Katı anayasalar, olağan yasama süreci ile değiştirilemeyen, değiştirilmesi için diğer kanunları yapılmasına göre daha zorlaştırılmış özel usuller öngörürler.³⁷¹

Anayasaların amacı, iktidarın işleyişini düzene koymak, keyfi hareketlerini önlemek, yönetilenlerin hakkını korumaktır.³⁷² Doktrinde anayasaların asıl amacının yönetenlerin muhtemel tecavüzlerine karşı halkın hukukunu korumak olduğunu ileri süren görüşler mevcuttur.³⁷³ Kısaca belirtmek gerekirse anayasaların temel amacı devleti hukuka bağlamaktır.³⁷⁴

Kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesine “anayasa yargısı” denilmekte olup bu konuda düzenlenen Milletlerarası Mukayeseli Hukuk

³⁶⁹ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 49; Ayrıca bkzn. Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, s. 4.

³⁷⁰ Feyzioğlu, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi*, s. 9, 10.

³⁷¹ Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 1997, s. 21; Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, s. 49.

³⁷² Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, s. 6.

³⁷³ Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, s. 41.

³⁷⁴ Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, s. 6.

Kolokyumunda, doğrudan doğruya anayasaya riayet amacını güden her türlü yargı denetimi şeklinde tanımlanmıştır. Hukuk normlarının, özellikle kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi anayasa yargısının temeli ve esas konusudur.³⁷⁵

Son üç yüz yılın siyasi ve hukuki mücadelelerine egemen olan en önemli özelliklerden biri de hukuk devleti idealine erişme çabasıdır.³⁷⁶ Bu çabalar siyasi iktidara sınırlamalar getirerek halkın iktidarın kullanımına katılımını sağlayan ve kişi haklarını teminat altına alan anayasacılık hareketlerini başlatmıştır.

Yazılı anayasaların tüm toplumsal problemleri çözerek halkın mutluluğunu sağlayacağı yönündeki ümitlerin hayal kırıklığı ile sonuçlanmasından sonra siyasi iktidarların kontrolsüz hale gelip temel hak ve özgürlükleri yıkmasını engellemek için sadece anayasa yapmanın yeterli olmadığı, daha önemli olanın anayasanın korunması ve ona riayetin sağlanması olduğu birçok tarihi tecrübe ile öğrenilmiştir.

Anayasanın korunması ve ona riayetin sağlanması için anayasaya bağlılık yemini, iki meclisli sistem, referandum, komisyonlarda ön inceleme ve veto gibi birçok tedbir düşünülmüş ve başvurulmuştur. Bu tedbirlerden en önemlisi şüphesiz anayasanın bizzat yasama organına karşı korunarak bu organın işlemlerini denetleyecek bir organın varlığının kabul edilmesidir. Böylece anayasa ile kendisine tanınmış olan sınırı ve yetkileri aşan yasama organı yine anayasa ile belirlenmiş diğer bir kuvvet veya organ tarafından denetlenecek ve durdurulacaktır.

Bu denetim genellikle iki yolla yerine getirilmektedir.

a) *Siyasal Denetim*; anayasaya uygunluk denetiminin siyasi organlarca yerine getirilmesini ifade etmektedir. Bu organ iki meclisli parlamentoların bir kanadı, yasama organlarında bu amaçla oluşturulmuş bir komisyon ya da parlamento dışı bir kurul olabilmektedir. 1876 tarihli Kanun-i Esasi’de düzenlenen Heyet-i Ayan ve 1924 Anayasasında düzenlenen Anayasa Komisyonu bu tür denetim yapan organlardır.

³⁷⁵ Metin Kıratlı, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1966, s. 16, 17.

³⁷⁶ a.g.e., s. 1.

b) *Yargısal Denetim*; anayasaya uygunluk denetiminin tarafsız ve bağımsız mahkemeler tarafından yerine getirilmesini ifade etmektedir. İlk olarak Amerika Birleşik Devletlerinde ortaya çıkan bu denetim şekli, 2. Dünya Savaşından sonra yapılan pek çok anayasada en geçerli denetim yöntemi olarak kabul görmüştür. Bu tür anayasa yargısı denetiminde iki yöntem uygulanmakta ve Amerikan ve Avrupa Modeli Anayasa Yargısı olarak adlandırılmaktadır.

Amerikan modeli anayasa yargısında bütün mahkemeler önlerindeki uyuşmazlıkta uygulayacakları kanunun anayasaya uygun olup olmadığını araştırmaya yetkili olup, uygulamaları gereken normu üst norm olan anayasaya aykırı görürlerse üst normu uygularlar. Bu modelde mahkemeler anayasaya aykırı normu iptal etmemekte ihmal ederek uygulamamaktadır.

Avrupa modeli anayasa yargısında ise kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi bu işle görevlendirilen ve genellikle anayasa mahkemesi olarak adlandırılan bir mahkeme tarafından yapılmaktadır. Bu modelde anayasaya aykırı kanun mahkemece iptal edilerek yürürlükten kaldırılmaktadır.

1924 Anayasasında kanunların anayasaya aykırı olamayacağı belirtilmiş ise de, bu konuda yargısal bir denetim öngörülmemiştir. Yukarıda belirtildiği gibi bu denetim, yasaların TBMM içindeki Anayasa Komisyonunda denetiminden ibaret kalmıştır.

1961 Anayasası ile birlikte Türkiye, Kara Avrupası'nda yaygın olan yargısal denetim sistemini yani Anayasa Mahkemesi ile denetim yöntemini kabul etmiştir. 1982 Anayasası ile de bu sistem genel olarak muhafaza edilerek, Anayasanın 11 inci maddesin de yer alan *kanunlar anayasaya aykırı olamaz* hükmünün yaptırım biçimi belirlenmiştir.

Anayasa yargısını hukuk devleti, demokrasi, kuvvetler ayrılığı prensibi, yasama organının işlemlerinin yargı denetimi altına konması, hukuk normları arasında hiyerarşi, anayasa ve sıradan kanun ayrımı, anayasaların yumuşak ve katı anayasalar şeklinde tasnifi, çoğunluğa karşı azınlığın korunması ve kamu hukukunun temelini teşkil

eden insan haklarının korunması gibi kavramlardan ayrı düşünmeye imkân bulunmamaktadır.³⁷⁷ Yasama organının işlemlerinin yargı denetimi altına konmasının kabulü de demokrasi, hukuk devleti, hukuk normları arasında hiyerarşi gibi temel kavramlarda belirli bir anlayışa varmakla mümkün olmuştur.³⁷⁸

Bu kavramların hepsi ayrı bir öneme sahip olmakla birlikte en önemlisi hukuk devleti kavramıdır. Hukuk devleti kavramı hukuk sistemimize ilk kez 1961 Anayasası ile girmiştir. Şüphesiz ki bu durum 1924 anayasası döneminin hukuk devleti olmadığı biçiminde yorumlanamaz.³⁷⁹ Anayasanın 2 inci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, ülkesinde yaşayan kişilere hukuk güvenliği sağlayan, yöneticilerin de hukuka bağlı olduğu devlet biçiminde tanımlanabilir.³⁸⁰

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminden bu yana hukuk devleti ilkesine büyük önem vermiş ve bu kavrama getirdiği tanımda, insan haklarının korunması, adil bir hukuk düzeni, hukuka ve anayasaya uyma zorunluluğu, bütün işlem ve eylemlerin yargı denetimine bağlı tutulması gibi ilkeleri vurgulamıştır. Hukuk devleti ilkesinin gerekleri konusunda görüş birliği bulunmamakla birlikte bu gerekler kısaca şöyle özetlenebilir;³⁸¹

a) *Temel hak ve özgürlüklerin güvenceye bağlanması*, hukuk devletinin ilk gereği temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasıdır. Bu amaçla temel hak ve özgürlükler anayasada gösterilir. Bunların düzenlenmesi ve sınırlanması da, anayasaların koyduğu ilkeler doğrultusunda, ancak kanun ile yapılır ve yöneticilerin takdirine bırakılamaz.

b) *Kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi*, kanunların anayasaya aykırı olamayacaklarını belirtmek yeterli değildir. Bunun yanında, kanunların anayasaya

³⁷⁷ Feyzioğlu, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi*, s. 1.

³⁷⁸ Kıratlı, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi*, s. 3.

³⁷⁹ Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, s. 167.

³⁸⁰ Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş*, 14. Baskı, Ankara: İmaj Yayınevi 2009, s. 84.

³⁸¹ Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, s. 168, 169.

uygunluğunu sağlayacak bir denetim mekanizmasının da kurulması gerekir. 1961 ve 1982 Anayasalarında bu görev Anayasa Mahkemesine verilmiştir.

c) *Kanunların genel olması*, kanunların genel olması benzer durumların aynı çözümlere bağlanması demektir. 1961 Anayasası bunu dolaylı olarak, kanun önünde eşitlik ilkesi olarak belirtmiştir. 1982 Anayasası bununla da yetinmeyerek “ Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde, kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek” zorunda olduğu kuralını getirmiştir (madde 10/4).

d) *Yönetimin hukuka bağlılığı*, hukuk devleti ilkesinin en önemli gereklerinden biri kuşkusuz, kuralları uygulayacak, devlet işlerini yürütecek olan yönetimin, hukuk düzenine bağlı olmasının sağlanmasıdır. Anayasa, yönetimin hukuka uygunluğunu sağlamak için çeşitli önlemler almıştır. Anayasa, yürütme görev ve yetkisinin Anayasaya ve yasalara uygun yerine getirileceğini (madde 8); Anayasa kurallarının, yalnız yasama ve yargı organlarını değil, yürütme ve idare makamlarını da bağlayacağını öngörmüştür (madde 11). Anayasa bundan başka, yönetimin hukuka uygunluğunun yargısal denetimi için özel düzenlemelere gitmiş, yönetimin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu belirtmiştir (madde 125).

Anayasa yargısının dayandığı diğer bir ilke de anayasanın diğer kanunlara üstünlüğüdür ki bu da, hukuk normları arasında bir hiyerarşinin kabulünün tabii sonucudur.³⁸² Anayasalar normlar hiyerarşisi esasına dayanır. Bir hukuk düzeninde mevcut olan, anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik gibi normlar, dağınık hâlde rastgele değil, alt-alta, üst-üste bulunurlar. Bu normların arasında altlık-üstlük ilişkisi vardır. Buna “normlar hiyerarşisi” veya “hukuk düzeni piramidi” denir. Bu hiyerarşide alt basamakta yer alan norm geçerliliğini üst basamakta yer alan normdan alır ve dolayısıyla ona uygun olmak zorundadır.³⁸³ Anayasamızın 11 inci maddesinin; “Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz” hükmü ile anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü düzenlenmiştir. Anayasa ile

³⁸² Kıratlı, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi*, s. 8.

³⁸³ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 51.

diğer kanunlar arasında ayırım yapılarak anayasaya üstünlük tanınması yasama organını da bağlar ve bir ülkede anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı söz konusu ise, o ülkede kanunların, kurallar hiyerarşisinde üstte yer alan anayasaya aykırı olup olmadığı denetlenenektir. Bu bağlamda anayasa yargısının, kanunların anayasaya uygun olma zorunluluğunun bir sonucu ve anayasa yargısının varlık sebebinin anayasanın üstünlüğü ilkesi olduğı rahatlıkla söylenebilir.³⁸⁴

Anayasa yargısının varlığının ön şartı yazılı ve katı bir anayasasının bulunmasıdır. Yazılı anayasası bulunmayan bir hukuk sisteminde kanunların anayasaya uygunluğuna ilişkin sistemden bahsetmek mümkün olmadığı gibi, yumuşak anayasa sistemine sahip bir devlette de anayasalar alelade kanunlar gibi değıştirilebileceğinden anayasa yargısından bahsedilemeyecektir. Ayrıca anayasa yargısından bahsedebilmek için o devletin anayasasının bu denetimi, denetimi yapacak organı ve yetkilerini düzenlemesi zorunludur.³⁸⁵ Kısaca, anayasa yargısı bizzat mevcut anayasa tarafından öngörölmelidir.

Avrupa modeli anayasa yargısında kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, denetimin yapılış zamanına göre a priori denetim (önleyici norm denetimi) ve a posteriori denetim (düzeltici norm denetimi) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.³⁸⁶

Önleyici norm denetimi bir normun yürürlüğe girmesinden önce yapılan ve onun yürürlüğe girmesine engel olabilen denetimdir.³⁸⁷ Bu sistemde kanun devlet başkanı tarafından yayımlanmadan, yani henüz yürürlüğe girmeden önce anayasaya uygunluk yönünden denetlenmektedir.

Düzeltici norm denetimi bir hukuk normunun, yayımlanarak kesin olarak hukuk düzenine girmesinden sonra yapılan ve anayasaya aykırılık halinde o normu

³⁸⁴ a.g.e., s. 439.

³⁸⁵ Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 38; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 440, 444.

³⁸⁶ Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 39, 40; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 457, Kıratlı, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi*, s. 23, 27.

³⁸⁷ Kıratlı, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi*, s. 21.

yürürlükten kaldırabilen veya hiç olmazsa uygulanmasına engel olabilen denetim türüdür.³⁸⁸ Bu sistemde kanun yayımlanarak yürürlüğe girdikten sonra soyut ve somut denetim yolları ile anayasaya uygunluk yönünden denetlenmektedir.

Doktrinde kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, denetimin yapılış şekli bakımından ise soyut ve somut norm denetimi olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir. Soyut norm denetimi (iptal davası yolu) anayasada belirtilen bazı organların, yasama organı tarafından yeni kabul edilen bir kanun aleyhine doğrudan doğruya anayasa mahkemesine başvurularıyla gerçekleştirilen denetimdir.³⁸⁹ Soyut norm denetimi yoluyla anayasa mahkemesine başvurma hakkı, her ülkenin anayasası tarafından genellikle devlet başkanı, başbakan, belli sayıda milletvekili, siyasi parti grupları, meclis ve senato başkanı gibi siyasi nitelikte kişi veya makamlara verilmekte ve başvurma hakkı kanunun yayımlanması veya yürürlüğünden itibaren belli bir süre ile sınırlanmaktadır.

Somit norm denetimi (itiraz yolu) ise bir mahkemede görülmekte olan davanın karara bağlanması, o davada kullanılacak hukuk normunun anayasaya uygun olup olmamasına bağlı olması halinde yapılan denetimi ifade etmektedir.³⁹⁰

Anayasal sistemimizde Anayasa Mahkemesi, diğer görevlerinin yanı sıra kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli tek yargı organı olup kuruluşu, üyelerinin görev süresi ve üyeliğin sona ermesi, görev ve yetkileri, çalışma ve yargılama usulü ile davalara ait usuller Anayasanın 146 ila 153 üncü maddelerinde düzenlenmiştir.

Anayasanın 146 ncı maddesine göre Mahkeme onyediden oluşmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri 148 inci maddede düzenlemiştir. Düzenlemeye göre; Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise

³⁸⁸ a.g.e., s. 24.

³⁸⁹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 1993, s. 368.

³⁹⁰ Kıratlı, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi*, s. 35.

sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.

Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanı veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; def'i yoluyla da ileri sürülemez.

Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, AİHS kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlâl edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz. Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.

Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanını, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar. Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı da görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanırlar. Yüce Divanda, savcılık görevini Cumhuriyet Başsavcısı veya Cumhuriyet Başsavcivekili yapar. Yüce Divan kararlarına karşı yeniden inceleme başvurusu yapılabilir. Genel Kurulun yeniden inceleme sonucunda verdiği kararlar kesindir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa ile verilen diğer görevleri de yerine getirir.

Kanunların, kanun hükmündeki kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin  ekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, iktidar ve anamuhalefet partisi Meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi  ye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir. İktidarda birden fazla siyasi partinin bulunması halinde, iktidar partilerinin dava açma hakkını en fazla üyeye sahip olan parti kullanır.

Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, iptali istenen kanun, kanun hükümünde kararname veya İçtüzüğün Resmi Gazetede yayımlanmasından ba layarak altmış gün sonra d  er.

Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükümünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır. Anayasa Mahkemesi, için kendisine gelişinden ba lamak üzere be  ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinle inceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır. Anayasa Mahkemesinin i in esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükümünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.

Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz. Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükümünde kararnamenin tamamını veya bir hükümünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez. Kanun, kanun hükümünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükümünün y r rl ğ e gireceği tarihi ayrıca kararla tırabilir.

Bu tarih, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez. İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak kanun tasarı veya teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar. İptal kararları geriye yürümez. Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.

Bir kanun hükmünün anayasaya aykırılığından bahsedilmek için çözümlenmesi gereken ilk problem anayasaya aykırılığın kapsamını belirlemektir. Doktrinde, anayasaya aykırılık sebepleri iki ana başlık altında toplanıp incelenmekte olup bunlar şekil ve esas bakımından anayasaya aykırılıktır.³⁹¹

Şekil bakımından denetim, kanunların (veya anayasaya uygunluk denetimine tâbi olan diğer normların) anayasada belirtilmiş usul ve şekil kurallarına uygun olarak yapılmadıklarının araştırılması demektir.³⁹² Şekil denetimi esas denetimden önce gelir.³⁹³ Zira şekil denetimi, söz konusu işlemin hiç doğmadığı veya sakat doğduğu anlamına gelir ki kanun şekil bakımından anayasaya aykırı ise, bu kanunun içerik anlamında anayasaya uygunluğunu tartışmanın bir anlamı yoktur.³⁹⁴

Esas bakımından denetim ile ise kanunların içeriğinin anayasa hükümlerine uygun olup olmadığının araştırılması kastedilmektedir.³⁹⁵ Denetlenen kanun içerik bakımından çok çeşitli sebeplerle anayasaya aykırı olabilir. Doktrinde bu sebepler genellikle idare hukukunda kullanılan “idari işlemin hukuka aykırılık sebepleri” ile paralellik kurularak sebep, amaç ve konu unsurlarına ayrılarak incelenmektedir.³⁹⁶

³⁹¹ Geniş açıklamalar için bkz. Feyzioğlu, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi*, s. 28-47; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 472-477; Kıratlı, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi*, s. 128-148; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 359-368.

³⁹² Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 363.

³⁹³ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 473.

³⁹⁴ a.g.e., s. 473.

³⁹⁵ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 359.

³⁹⁶ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 474-479; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 359-362; Kıratlı, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi*, s. 131-148.

Koruma tedbirlerinin, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü ve mülkiyet hakkı gibi haklara getirdiği sınırlamalar anayasal dayanağını, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması mümkün kılan Anayasanın 13 üncü maddesindeki genel sınırlama ve ilgili temel hakla ilişkin maddelerde belirtilen özel sınırlama hükümlerinden almaktadır. Haberleşme özgürlüğü de mutlak olmayıp, bazı hallerde sınırlandırılabilir ki bu sınırlama anayasa gereği kanunla olur.

Anayasa, AİHS’nde öngörülen sınırlama nedenlerine paralel bir düzenleme getirerek haberleşme özgürlüğünü güvence altına almış ve sınırlama nedenlerini düzenlemiştir.

Anayasanın haberleşme özgürlüğünü düzenleyen 22 inci maddesi;

“Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir”

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun postada elkoyma tedbirini düzenleyen 129 uncu maddesi ise;

“(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 resmi veya özel kuruluştaki bulunan gönderilere, hâkimin veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararı ile elkonulabilir.

(2) Hâkim kararının veya Cumhuriyet savcısının emrinin kendilerine bildirilmesi üzerine elkoyma işlemini yerine getiren kolluk memurları, birinci fıkrada belirtilen gönderilerin içinde bulunduğu zarfları veya paketleri açamazlar. Elkonulan gönderiler, ilgili posta görevlilerinin huzuru ile mühür altına alınıp derhâl elkoyma 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” hükümlerini içermektedir.

Anayasanın ve Ceza Muhakemesi Kanununun maddeleri karşılaştırıldığında;

a) 5271 sayılı Kanunda gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararı ile postada elkoyma işlemi yapılabileceğine ilişkin düzenleme yaparken Anayasadaki açık hükmün aksine bu kararın(emrin) yazılı olacağı belirtilmediği,

b) Anayasada yer alan yetkili merciin kararının yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulacağına dair hükmün CMK’nun 129 uncu maddesinde yer almadığı görülmektedir.

Tüm problem bu iki hususun CMK’nun 129 uncu maddesini anayasaya aykırı hale getirip getirmeyeceği ile ilgilidir. Dikkat edilecek olursa CMK düzenlemesinde Anayasanın 22 inci maddesi hükmüne aykırı bir düzenlemeden ziyade, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının emrinin “yazılı” olacağına ve “yetkili merciin (Cumhuriyet savcısı) kararının yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulacağına” dair hükümlere yer verilmeyerek eksik düzenleme yapıldığı görülecektir.

Doktrinde, kanunla düzenleme yapılan bir konuda yasama organının eksik bir düzenleme yapmasının tek başına anayasaya aykırılık sebebi yaratmayacağı, bu eksik düzenlemenin ancak bir anayasa ilkesinin, mesela eşitlik ilkesinin ihlâlüne yol açıyorsa

anayasaya aykırılık sebebi olabileceği ileri sürülmektedir.³⁹⁷ Anayasa Mahkemesinin de aynı görüşü benimsediği, kararların incelenmesi sonucunda anlaşılmaktadır.

1) Anayasa Mahkemesi 20/5/1963 tarih, Esas No: 1963/174, Karar No : 1963/115 sayılı kararı ile;³⁹⁸

5442 sayılı İl İdare Kanununun 23 ve 38 inci maddelerinin Anayasanın 125 inci maddesine; aynı kanunun 13 üncü maddesinin (c) bendinin 3 üncü fıkrasının, 31 inci maddesinin (1) bendinin ve 42 nci maddesinin 6738 sayılı kanunla değişik (E) bendinin Anayasanın 31 ve 118 inci maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüş ve Anayasanın 149 uncu maddesine dayanılarak bu hükümlerin iptali istenilmiştir.

Dava konusu hükümler nitelikleri ve aralarındaki ilintiler bakımından Anayasa Mahkemesince iki bölüm halinde ele alınmış;

“I- 5442 sayılı Kanunun 23 ve 38 inci maddeleri:

23 üncü madde valice resen verilen emirler bakımından vali ile idare şube başkanları ve kaymakamlar, 38 inci madde kaymakamca resen verilen emirler bakımından kaymakamla idare şube başkanları arasındaki münasebetleri düzenlemektedir. Bu maddeler (Emri yerine getirme durumunda olanların emri kanun, tüzük, yönetmelik ve hükümet kararlarına uygun görmezlerse düşüncelerini yazı ile bildirmeleri, vali veya kaymakamın ısrar etmeleri halinde, yazılı emir vermeleri ve durumu ayrıca üst mercie bildirmeleri ve cevap gelinceye kadar emrin, verenin sorumluluğu altında, uygulanması) esasını koymuştur.

Anayasanın üst ile ast arasındaki emir verme ve emri yerine getirme konusunda temel hukuk kuralını belirten 125 inci maddesi: “Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse üstünden aldığı emri yönetmelik, tüzük, kanun ve Anayasa hükümlerine aykırı görürse yerine getirmez; aykırılığı emri verene bildirir. Ancak üst, emrinde ısrar eder ve emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir. Bu halde

³⁹⁷ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 362; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 477.

³⁹⁸ Resmi Gazete tarih/sayı:2.8.1963/11470.

emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorunluluktan kurtulamaz. Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır” hükmünü içermektedir.

Davacı tarafından:

a) Dava konusu her iki maddede emrin, Anayasa karşısındaki niteliği üzerinde durulmayarak, sadece kanun, tüzük, yönetmelik ve hükümet kararlarına aykırılığın öngörülmesinin Anayasanın 125 inci maddesinin 1 inci fıkrasına;

b) Yine her iki maddede emrin, suç konusu teşkil etmesi halinin gözönünde tutulmamasının ve böylece görevlilerin konusu suç olan emirleri yerine getirmek zorunda bırakılmalarının Anayasanın 125 inci maddesinin 2 nci fıkrasına aykırı olduğu iddia edilerek sözü geçen hükümlerin iptali istenmiştir.

“Anayasanın 8 inci maddesinde Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu belirtilmiş; Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi ve hukuki mevzuat kademelerindeki yüce yeri bu maddede böylece ifadesini bulmuştur. Şu hale göre İl İdaresi Kanununun 23 ve 38 inci maddelerinde emrin Anayasaya uygun olmaması halinin öngörülmemesinde Anayasaya aykırılık, hatta bir eksiklik ve boşluk dahi var sayılmaz. Çünkü emrin Anayasaya aykırı bulunması hali, Anayasanın 125 inci maddesinde yer almış ve bu hüküm 8 inci maddede yazılı organ, makam ve kişileri bağlamakta bulunmuş, dava konusu maddelerde ise emrin, kanunlara uygun olmaması hali gözönünde tutulmuştur. Hukuki mevzuat içinde Anayasanın yerinin kanunlar bölümü olduğunda ve Kanun kavramının Anayasayı da kapsadığında hiç şüphe yoktur. Anayasanın 125 inci maddesinde Kanundan ayrı olarak Anayasa kavramının da kullanılması faydalı ve uyarıcı bir tekrardan ibaret olmak gerekir.

Dava konusu maddelerde emrin suç konusu olması halinin gözönünde tutulmadığı ve bu yüzden ilgililerin konusu suç olan emirleri yerine getirmek zorunda

bırakıldıkları iddiasında da durum böyledir. Anayasa 125 inci maddesinin 2 nci fıkrasıyla (Konusu suç teşkil eden emrin hiç bir suretle yerine getirilmeyeceği; yerine getiren kimsenin sorumluktan kurtulamayacağı) temel hukuk kuralını koymuştur. Kaldı ki kanunların genel olarak suç saydığı bir eylemde bulunan kişinin, meselâ askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması durumlarında olduğu gibi, yine kanunda aksine bir sarahat bulunmadıkça, memurun emir aldığı bahanesinden, hukuki bir mazeretmişçesine, faydalanması hiç bir zaman düşünülemez.”

II- 5442 sayılı kanunun 13 üncü maddesinin (c) bendinin 3 üncü fıkrası; 31 inci maddesinin l inci bendi ve 42 nci maddesinin 6738 sayılı kanunla değişik (E) bendi :

Bu hükümlerden birincisinde; valilerce resen verilen uyarma ve kınama cezalarının kesin olduğu; bunlar aleyhine idari ve adli kazaya başvurulamayacağı; tebliğ tarihinden itibaren sicile geçeceği;

İkincisinde; kaymakamların kimlere resen uyarma ve kınama cezalarını verip uygulayabileceği gösterildikten sonra, bu cezaların kesin olduğu; aleyhlerine idari veya adli kazaya başvurulamayacağı; tebliğ tarihinden itibaren sicile geçeceği;

Üçüncüsünde; bucak müdürlerinin kimlere uyarma cezası verip uygulayabileceği gösterildikten sonra, bu cezaların kesin olduğu; aleyhlerine idari veya adli kazaya başvurulamayacağı; müdürün cezayı memurun siciline geçirilmek üzere vali veya kaymakama bildireceği;

Belirtilmiştir.

Anayasanın 31 inci maddesi: “Herkes meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz” Yine Anayasanın 118 inci maddesi: “Memurlar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek teşekkülleri mensupları hakkında yapılacak disiplin kovuşturmalarında isnat olunan hususun ilgiliye açıkça ve yazılı olarak bildirilmesi,

yazılı savunmasının istenmesi ve savunma için belli bir süre tanınması şarttır. Bu esaslara uyulmadıkça disiplin cezası verilemez. Disiplin kararları yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz. Asker kişiler hakkındaki hükümler saklıdır” hükümlerini içermektedir.

Davacı tarafından:

a) İl İdaresi Kanununun sözü geçen maddelerindeki disiplin cezaları aleyhine idari ve adli kazaya başvurulmasını yasaklayan hükümlerin Anayasanın 31 inci maddesine ve 118 inci maddesinin 3 üncü fıkrasına;

b) Aynı maddelerde disiplin cezası verileceklere savunma hakkının tanınmamış olduğundan bu halin Anayasanın 118 inci maddesinin 1 inci fıkrasına;

Aykırı olduğu iddia edilerek sözü geçen hükümlerin iptali istenmiştir.

1- Davacının dayandığı Anayasa hükümleri karşısında dava konusu maddelerdeki disiplin cezaları aleyhine idari ve adli kazaya başvurulmasını yasaklayan hükümlerin Anayasaya aykırılığı tereddüde, tartışmaya ve hatta uzun gerekçelere yer bırakmayacak açıklıktadır. Aykırılığın gerekçesi, sözü geçen Anayasa hükümlerinde doğrudan doğruya ifadesini bulmaktadır.

2- Üyelerden Hakkı Ketenoglu ve Muhittin Gürün, dava ve inceleme konusu maddelerde memurun savunmasının alınması gerektiği yolunda bir hükmün bulunmayışını Anayasanın 118 inci maddesinin 1 inci fıkrasına aykırı görmüşlerdir.

Anayasanın 118 inci maddesi, disiplin kovuşturmalarında isnat olunan hususun ilgiliye açıkça ve yazılı olarak bildirilmesini, yazılı savunmasının istenmesini ve savunma için belli bir süre tanınmasını şart kılmıştır. Bu, bağlayıcı bir temel hukuk kuralıdır. ***İnceleme konusu maddelerle Anayasa kuralı arasında bir çelişme doğabilmesi için maddelerde savunma alınmasını engelleyen, açık bir hükmün bulunması gerekir. Böyle bir hüküm ise yoktur. Esasen Anayasa Mahkemesinin iptal yetkisi ancak var olan bir hüküm dolayısıyla işleyebilir. Hüküm yokluğunun iptal***

konusu olabilmesi düşünülemez. Bu bakımdan çoğunluk, sözü geçen görüşe katılmamış ve davacının bu cihete yönelen aykırılık iddiasını yerinde görmemiştir.

3- Üyelerden İsmail Hakkı Ülkmen, Celâlettin Kuralmen, Hakkı Ketenoğlu ve Fazıl Uluocak iptal kararının 5442 sayılı kanunun 13 üncü maddesinin (C) ve 31 inci maddesinin (I) bentlerindeki uyarma ve kınama cezalarının tebliğ tarihinden itibaren sicile geçmesini öngören hükümlere de teşmili gerektiği görüşünü ileri sürmüşlerdir.

Davacının, dilekçesinden açıkça anlaşılacağı üzere, bu cihete yönelen bir iddiası ve talebi yoktur. Anayasa Mahkemesinin taleple bağlı kalması gerekir. Gerçi 44 sayılı ve 22/4/1962 tarihli kanunun 28 inci maddesi, başvurma bir kanunun belirli hükümleri aleyhinde yapılmış olup da bunların iptali kanunun diğer bazı hükümlerinin uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa o hükümlerin iptalinin de karar altına alınmasına cevaz vermektedir. Ancak söz konusu hükümler böyle bir nitelikte değildir. Sicile geçmiş bir disiplin cezası, yargı yerince kaldırılırsa, şerh verilmek suretiyle sicilden çıkartılır. O halde disiplin cezaları aleyhine yargı yerlerine başvurma yolunu kapatan hükmün iptali ile cezanın önceden sicile geçmesi hükmünün uygulanamaz hale geleceği düşünülemez. Bu sebepten çoğunluk, söz konusu görüşe katılmamıştır.” gerekçeleriyle;

I- 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 23 ve 38 inci maddeleri Anayasaya aykırı olmadığından bu maddelere ilişkin iptal talebinin reddine oybirliği ile;

II- 1. 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun :

a) 13 üncü maddesinin (c) bendinin 3 üncü fıkrasındaki (Bunlar aleyhine idari ve adli kazaya müracaat olunamaz) hükmü;

b) 31 inci maddesinin (I) bendindeki (Bunlar aleyhine idari veya adli kazaya müracaat olunamaz) hükmü;

c) 42 nci maddesinin 6738 sayılı kanunla değişik (E) bendindeki (Bunun aleyhine idari ve adli kazaya müracaat olunamaz) hükmü;

Anayasaya aykırı olduğundan davanın bu bakımdan kabulüne ve sözü geçen hükümlerin iptaline oybirliğiyle;

2. Aynı kanunun dava konusu aynı madde, fıkra ve bentlerinde ilgili memurun savunmasının alınması gerektiğine dair hüküm bulunmayışı Anayasaya aykırılık teşkil etmediğinden bu cihete yönelen iddia ve talebin reddine oyçokluğu ile;

3. İptal kararının aynı kanunun 13 üncü maddesinin (c) ve 31 inci maddesinin (I) bentlerindeki uyarma ve kınama cezalarının tebliğ tarihinden itibaren sicile geçmesini öngören hükümlere de teşmilinin caiz olamayacağına oyçokluğu ile;

karar vermiştir.

2) Anayasa Mahkemesi 21/10/1963 tarih, Esas No:1963/172, Karar No:1963/244 sayılı kararı ile;³⁹⁹

3008 sayılı İş Kanununun 5518 sayılı kanunla değişik 1 inci maddesinin birinci fıkrasının, 2 nci maddesinin A, C, Ç, D fıkralarının 38 inci maddesinin birinci fıkrasının, 72., 73., 75., 127., 128., 129., 130., 132 nci maddelerinin ve ayrıca diğer bazı kanunların bir kısım hükümlerinin Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

1- 3008 sayılı İş Kanununun 5518 sayılı kanunla değiştirilen 1 inci maddesinin iptali istenilen birinci fıkrası şöyledir :

“Bir iş akdi dolayısıyla, başka bir şahsın iş yerinde bedenen veyahut fikren çalışan kimseye “işçi” denir.”

Dava dilekçesinde bu hükmün; bir işverenin iş yerinden bedenen veya fikren çalışan kimseyi işçi saydığı, bu suretle bedeni çalışması fikri çalışmasına üstün veya hiç değilse ona denk olanların bu tarif içinde kalıp fikri çalışması bedeni çalışmasına üstün olan bir kişiyi, iş akdine dayanarak bir işverenin iş yerinde çalışmış olsa bile, işçi saymadığı; bu durumun çalışanlar arasında ayrılık yarattığı, zira bir kısım çalışanların,

³⁹⁹ Resmi Gazete tarih/sayı: 1.2.1964/11622.

sosyal mevzuatın ve iş kanununun sağladıkları imkân ve teminattan faydalandırıldıktan halde diğer bir kısım çalışanların faydalandırmadıkları belirtildikten sonra söz konusu hükmün;

a) Sosyal adaleti sağlama amacı ile konulan iş mevzuatının bir kısım işçilere uygulanmaması ve hatta çoğu zaman aynı iş yerinde birlikte çalışanlardan bir kısmına uygulanıp diğer bir kısmına uygulanmaması sonucunu doğurduğundan, sosyal adalet ile bağdaşamayacak surette kişinin hak ve hürriyetlerini sınırlayan engelleri kaldırmasını devlete emreden Anayasanın 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasına aykırı bulunduğu,

b) Bir kısım işçileri uygulama alanına almamak suretiyle kişilerin kanun önünde eşitliğini bozmuş ve bir bakıma, uygulama alanına aldığı işçilere, korumaktan yoksun bıraktığı işçilere nazaran üstün bir durum sağlamış olduğundan, Anayasanın, kanun önünde herkesin eşit olduğunu belirten 12 nci maddesine de aykırı bulunduğu ve bu bakımdan söz konusu hükmün, diğer işçileri de şümulüne alacak şekilde değiştirilmesi için iptali gerektiği,

c) İş Kanununun gayesi, işçinin yaşama seviyesini yükselmek, emeğinin karşılığının ödenmesini sağlamak, geleceğini teminat altına almak olduğuna ve devletin görevi bütün çalışanlar için aynı imkânları yaratmak olduğuna göre, bir kısım işçilerin, fikri çalışmalarının bedeni çalışmalarından üstün olması sebebiyle İş Kanununun himayesi dışında bırakılmış olmalarının; iktisadi ve sosyal hayatın, adalete, tam çalışma esasına ve herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlamak amacına göre düzenlenmesinin gerekeceğini emreden Anayasanın 41 inci maddesindeki prensiplere aykırı bulunduğu,

ç) Bir kısım çalışanlar İş Kanununun himayesinden yoksun bırakıldıklarından çalışma hayatının kararlılığını düzenleyen hükümlerin bu kişiler hakkında uygulanmamasının, devlete, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde geçmesini sağlama görevini veren Anayasanın 42 nci maddesinin ikinci fıkrasına aykırı olduğu,

d) Bir kısım işçi grubunu, esas amacı sosyal güvenliği sağlamak olan İş Kanununun dışında bıraktığından herkesin hakkı olan sosyal güvenliği sağlamak görevini devlete veren Anayasanın 48 inci maddesi hükmüne de aykırı bulunduğu,

İleri sürölmüş ve söz konusu hükümlerin iptali istenmiştir.

Anayasa Mahkemesi;

“Gerçekten 3008 sayılı İş Kanununun I inci maddesinin birinci fıkrasında, bir iş yerinde bedenlen veya bedenlen ve fikren çalışanlar, bu kanunun uygulanması bakımından işçi sayılmakta ve buna göre yalnız fikri çalışma yapanlarla fikri çalışanları bedeni çalışmalarından üstün olanlar kanunun uygulama alanının dışında kalmaktadır. Meselenin yalnız bu açıdan ele alınması, ilk bakışta konuda bir adaletsizliğin ve eşitsizliğin bulunduğu iddiasının yerinde olduğu düşüncesini akla getirebilir. Ancak bu durumun, Anayasaya aykırılık haliyle karıştırılmaması gerekmektedir. ***Zira bir kanun hükmünün Anayasaya aykırı olduğunun iddia edilebilmesi için, söz konusu hükmün metin olarak, Anayasanın koyduğu esaslara aykırı bir kural koymuş olması gerekir.***

İş Kanununun söz konusu I inci maddesinin birinci fıkrası ise, bir iş yerinde bedenlen veya bedenlen ve fikren çalışan kimseye işçi adını vermektedir. Anayasada bu durumda olan kişilerin işçi sayılamayacağı hakkında bir hüküm bulunmadığına göre bu fıkranın Anayasaya aykırılığı söz konusu edilemez.

Her ne kadar bu fıkra, bir iş yerinde sadece fikir çalışması yapanların veya fikir çalışmaları beden çalışmalarından üstün olanların durumu hakkında bir hüküm koymamak suretiyle bunları kendi alanı içine almamış ise de bu durum Anayasaya aykırılık teşkil etmeyip, fıkra hükmünün bu bakımdan eksik olduğunun ileri sürölmesini mümkün kılabilir. Nitekim durumun bu özelliği, davacı tarafından da görölmüş olacaktır ki bu konudaki talep (I inci maddenin birinci fıkrasının, diğer işçileri de şümulüne alacak şekilde tâdil edilmesi için iptali gerekmektedir) şeklinde ifade edilmiştir.

Halbuki Anayasa Mahkemesinden, ***ancak Anayasaya aykırı olan bir kanun hükmünün uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak için iptal kararı istenebilir,***

yoksa bir hükmün, uygulama alanının genişletilmesi amacı ile, değiştirilmesini sağlamak için iptali istenemez. Zira bu yolda bir talepte, söz konusu hükmün iptali değil, daha geniş bir alana yayılmak suretiyle uygulamada kalması amacı bulunmaktadır ki bu suretle talebin kendisi dahi, mevcut hükümde Anayasaya bir aykırılık değil, ancak, davacının düşüncesine göre, bir eksikliğin bulunduğunu ifade etmiş olmaktadır.

Nitekim 1936 senesinde Hükümet tarafından hazırlanarak Büyük Millet Meclisine sunulmuş bulunan İş Kanunu Tasarısı; 2 nci maddesinde (Bir iş akdi dolayısıyla bedeni veya fikri hizmetini veyahut bunların her ikisini birlikte başkasına kiralayan kimseye işçi denir) denilmek suretiyle ve fikir işçileri de dâhil olmak üzere bütün çalışanlara şâmil olarak hazırlanmış ve tasarımı inceleyen Büyük Millet Meclisi Geçici Komisyonu tarafından da bu tarif (Bir iş akdi dolayısıyla, başka bir şahsın iş yerinde, bedeni veya fikri yahut hem bedeni hem fikri surette çalışan kimseye işçi denir) suretinde ifade edilerek aynı esas kabul edilmiş iken tasarının Millet Meclisi Genel Kurulunda görüşülmesi sırasında Komisyon tarafından evvelki madde yerine değişik şekilde teklif olunan yeni madde metnine fikir çalışmaları ile ilgili olan kayıt alınmayarak madde hükmü halen yürürlükte bulunan şekliyle kabul edilmiş ve bu suretle fikir işçileri İş Kanununun kapsamı dışında bırakılmıştır.

Yine İş Kanununun ilk hazırlanmasında ve sonradan 5518 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe varan çalışmalar sırasında, kanunun, sanayi kolunda çalışanların durumunu düzenlemek amacını taşıdığı, tarım kollarındaki işçilerin, hava ve deniz işçilerinin ayrı kanunlara konu olmaları gerektiği hususları üzerinde açıkça durulmuş ve tartışmalar yapılmıştır.

Bundan da anlaşılmaktadır ki kanun koyucu, 3008 sayılı İş Kanunu ile belli alanda ve belli nitelikte çalışan işçilerin durumunu düzenlemiş bunların dışında kalan diğer kollardaki işçilerle ilgili mevzuatı, sosyal ve ekonomik hayattaki gelişmeye uygun olarak gelecekte çıkarılacak kanunlara bırakmıştır.

Nitekim 13 Haziran 1952 günlü ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun 4 Ocak 1961 günlü

ve 212 sayılı Kanunla değiştirilen 1 inci maddesi ile, Türkiye’de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat içlerinde çalışıp da İş Kanununun 1 inci maddesindeki işçi tarifinin dışında kalanlar ele alınarak haklarında hükümler konulmuştur.

Yine 1936 senesinde kabul edilen İş Kanununda, mutlak olarak, çiftçilik, deniz ve hava işçileri, kanunun kapsamı dışında bırakıldığı halde 25 Ocak 1950 gününde 5518 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile, yükleme ve boşaltma ile ilgili olarak liman ve iskelelerde mavna ve benzeri araçlarla yapılan işler, havacılığın yer tesisleri ile meydan, depo ve atölyelerine ait işler, her türlü tarım sanatlarına ait işler, çiftlik ve ormanlardaki bina yapımı, fabrika işleri, hava hattı ve dekovil yapımı ve taşıma işleri ve çiftliklerde kurulmuş olup da sanayi karakteri üstün nitelikteki atölyeler, kanunun uygulama alanı içine alınmıştır.

Görülüyor ki kanun koyucunun bu konuda tuttuğu yol, memleketin ekonomik ve sosyal gelişmesini izlemek suretiyle bütün iş kollarında çalışanların durumlarını zamanı geldikçe ekonomik ve sosyal teminata bağlayarak Anayasanın emrettiği görevlerin yerine getirilmesi yönündedir.

Kaldı ki Anayasanın 53 üncü maddesi; “Devlet, bu bölümde belirtilen iktisadi ve sosyal amaçlara ulaşma ödevlerini, ancak iktisadi gelişme ile mali kaynaklarının yeterliği ölçüsünde yerine getirir” demek suretiyle devlet’e bu husustaki görevlerini, memleketin iktisadi ve mali gelişmesini izleyerek onunla muvazi bir ölçü içerisinde kalmak suretiyle yerine getirme imknını da tanımış bulunmaktadır.” gerekçeleri ile 3008 sayılı İş Kanununun 5518 sayılı Kanunla değiştirilen 1 inci maddesinin birinci fıkrası hükmünün, fikir işçileri bakımından eksik bulunduğu gerekçesiyle Anayasanın 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasına, 12 ve 41 inci maddeleriyle 42 nci maddesinin ikinci fıkrasına ve 48 inci maddesine aykırı olduğu iddiasını oybirliği ile red etmiştir.

3) Anayasa Mahkemesi 5/5/1964 tarih, Esas No:1963/89, Karar No:1964/36 sayılı kararı ile;⁴⁰⁰

Hukuk işlerinden doğan ihtilâfların halli için Uyuşmazlık Mahkemesi Kurulması hakkındaki 4788 sayılı Kanunun Anayasanın 142 nci maddesine aykırılığı sebebiyle iptali istenilmiştir.

Anayasa Mahkemesi;

“ 4788 sayılı kanunun 1 inci maddesinde “genel mahkemeler, idare ve askerlik yargı yerleri arasında hukuk işlerinden doğan vazife ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözüme yetkili olmak üzere bir Uyuşmazlık Mahkemesi kurulmuştur.” denilmektedir.

Anayasanın 142 nci maddesinin birinci fıkrası ise, “Uyuşmazlık Mahkemesi, adli, idari ve askeri yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlemeye yetkilidir” şeklindedir.

Görülüyor ki 4788 sayılı Kanunun 1 inci maddesi, Uyuşmazlık Mahkemesini, yargı yerleri arasında yalnız hukuk işlerinden doğan uyuşmazlığı çözümlemekle görevlendirdiği halde, Anayasanın 142 nci maddesi, bir ayırım yapmaksızın hem hukuk ve hem de ceza işlerinden doğacak uyuşmazlıkları çözümlemekle görevlendirmiş bulunmaktadır. Böylece 4788 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin, ceza işlerinden doğan uyuşmazlıkları kapsamaması bakımından Anayasanın 142 nci maddesi hükmü karşısında bir eksiklik gösterdiği ve şu haliyle Uyuşmazlık Mahkemesinin ceza işlerinden doğan uyuşmazlıklara bakamayacak bir durumda bulunduğu meydandadır. Bu sebeple de kanundaki bu boşluğun Anayasaya aykırı olup olmadığı konusunun çözülmesi gerekir.

Bir kanun hükmünün Anayasaya aykırı olduğunun iddia edilebilmesi için söz konusu hükmün metin olarak, Anayasanın koyduğu esaslara aykırı bir kural

⁴⁰⁰ Resmi Gazete tarih/sayı: 22.8.1964/11787

koymuş olması gerekir. Hal böyle olunca Anayasa Mahkemesinden Anayasaya aykırı olan bir kanun hükmünün uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak amacı ile iptal kararı istenebilir. Yoksa *bir hükmün uygulama alanının genişletilmesi amacı ile veya değiştirilmesini sağlamak için iptal talebinde bulunulmasına ve hüküm yokluğunun iptal konusu olmasına Anayasa hükümleri elverişli değildir.* Kaldı ki 4788 sayılı Kanunun iptali istenen 1 inci maddesine göre mahkeme Anayasanın hedef tuttuğu hukuk işlerinden doğan uyuşmazlıkları çözümlemek suretiyle Anayasa ile kendisine verilen görevin bir kısmını yapmaktadır. Bu hükmü iptal etmek, mahkemeyi hukuk işlerine ilişkin görevini de yapmamak ve çalışmasını tamamıyla durdurmak durumuna düşürmüştür olur ki bu sonuç Anayasanın ne özü ve ne de sözü ile bağdaştırılamaz. ***Maddede eksik olan ceza işlerine ilişkin hükmün düzenlenmesi suretiyle tamamlanmasının yasama organının yetkisi içinde bulunduğu açıktır.*** Esasen Anayasanın geçici 8 inci maddesinde yer alan “Bu Anayasaya göre kurulacak organ, kurum ve kurullar, kuruluş kanunları yürürlüğe konularak görevlerine başlayıncaya kadar bu konulardaki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur” şeklindeki hüküm, bu amacı sağlamak için konulmuştur” gerekçeleri ile;

4788 sayılı kanunun 1 inci maddesinin, ceza mahkemeleri arasındaki uyuşmazlıkları kapsamamasının bir eksiklikten ibaret olduğuna ve bu bakımdan da maddenin Anayasaya aykırı bulunmadığına ve bu maddeye yöneltilen davanın reddine oyçokluğu ile karar vererek bu konudaki genel eğiliminin, kendisi içerdiği kurallar itibariyle Anayasaya aykırılık taşımayan bir Kanunun, salt eksik düzenleme öngördüğünden bahisle iptal edilemeyeceği, bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacıyla değiştirilmesini sağlamak için de iptalinin istenemeyeceği şeklinde olduğunu ortaya koymuştur.⁴⁰¹

Sonuç olarak; CMK’nun 129 maddesi, Anayasanın 22 nci maddesi karşısında eksik bir düzenlemedir. Kanundaki bu eksiklik iptal sebebi değildir. Ancak, hukuki

⁴⁰¹ Anayasa Mahkemesinin benzeri kararları için bakınız;
E: 1988/16, K: 1988/29 sayılı kararı, 26.12.1988 tarihli, 20031 sayılı R.G.
E: 1988/9, K: 1988/28 sayılı kararı, 26.12.1988 tarihli, 20031 sayılı R.G.
E: 1988/7, K: 1988/27 sayılı kararı, 26.12.1988 tarihli, 20031 sayılı R.G.

istikrarın sağlanması ve korunması, kişilerin adalete güvenip saygı duyması, hukuk düzeninin işlerliğini devam ettirmesi açısından anayasaya uygun ve eksiksiz kanun yapma meclisin en önemli görevi ve sorumluluğudur. Bu nedenle kanun yapılırken azami dikkat gösterilmeli; kanun, amacını ve hedefini açık şekilde belirtebilmeli; dikkatsizlik ve unutma gibi nedenlerle kanunlarda eksiklik veya boşluk bırakılmamalıdır.

SONUÇ

Avrupa Birliğine giriş sürecinin etkisiyle ülkemizde büyük ve önemli bir kanunlaşma hareketi yaşanmakta olup, bu süreçte 04.12.2004 tarihli yeni Ceza Muhakemesi Kanunu 01.06.2005 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Doğal olarak bu değişimin sonucunda temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren koruma tedbirlerine ilişkin hükümlerde de önemli değişiklikler yapılmıştır.

Yeni CMK, yakalama ve gözaltı, tutuklama, arama ve elkoyma gibi klasikleşmiş koruma tedbirlerinin yanında, adli kontrol; bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma; telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme gibi eski usul kanununda öngörülme­yen son derece fonksiyonel ve önemli koruma tedbirlerini öngörmektedir.

5271 sayılı CMK ve 1412 sayılı CMUK’nun postada elkoymaya ilişkin hükümleri karşılaştırıldığında belli başlı yenilikler dikkati çekmektedir. Kanunun gerekçesine göre; 1412 sayılı CMUK’nun 91 inci maddesinde iki ayrı fıkrada düzenlenen sanığa gönderilen veya sanık tarafından gönderilen mektuplara ait hükümler birleştirilerek tek fıkrada ele alınmıştır. Posta ile gönderilen bilgi kavramı açıklanmış ve elektromanyetik araçlar ile gönderilenler de buna dâhil edilmiştir. Yapılan diğer bir yenilik 1412 sayılı Kanunun 91 ila 93 üncü maddelerinin birleştirilmesinden oluşmaktadır. Böylece birbirleri ile ilgili olan maddelerin bir araya toplanması yolu ile daha sistemli bir kanun elde etme amacı güdülmüştür.

CMUK’nun 91 inci maddesinde maznun tarafından veya ona hitaben gönderildiği anlaşılan postanın elkoyma konusu yapılabileceği belirtilerek, elkoymanın öznesi olarak şüpheli belirlenmiştir. Kanun metninde de anlaşılabileceği üzere postada elkoyma sadece resmi kurumlarda yani “posta ve telgrafhanede” yapılabilecektir. 5271 sayılı CMK ile yapılan düzenleme sonucunda postada elkoymanın kapsamı genişletilmiştir. CMUK’na göre sadece resmi kurumlardaki mektup, telgraf ve sair mersule tedbire konu olabilirken, CMK posta hizmeti veren özel kuruluşlardaki

gönderileri de postada elkoymanın kapsamına almıştır. Ayrıca, 5271 sayılı CMK postada elkoymayı genelleştirerek, şüpheli veya sanıktan soyutlayarak, “gönderinin kendisini” hedef alan bir düzenleme ile “suçun delilini oluşturduğundan şüphe edilen” ve “gerçeğin ortaya çıkarılması için zorunlu olma” ölçütlerini kullanarak herkesin gönderisine elkoymanın yolunu açmıştır.⁴⁰² Postada elkoyma koruma tedbirine maruz kalanlar sadece şüpheli veya sanık olmayıp, üçüncü kişilere ait gönderiler de postada elkoymaya konu olabilecektir.

5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesinde düzenlenen iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması hükmüne benzer bir düzenleme 1412 sayılı Kanunda bulunmamaktadır. 1412 sayılı CMUK’ndaki düzenlemeye göre postada elkoyma kavramı, hem mektup, paket, koli gibi maddi bir varlığı olan eşyaya elkoymanın hem de telgraf, telefon, teleks vb. araçlar ile yapılan haberleşmenin denetlenmesini ifade etmektedir.⁴⁰³ Uygulamada CMUK’nun 91 inci maddesinde yer alan “sair mersule” kavramının genişletici yoruma tâbi tutulması suretiyle bu araçlarla yapılan haberleşmeler denetlenmiş ise de bu şekilde elde edilen deliller doktrinde ve uygulamada yoğun eleştirilere uğramıştır. Ancak 1999 yılında çıkarılan 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununda bu tedbire ilişkin sınırlı bir düzenleme öngörülebilmıştır. Bir hukuk devletinde, haberleşme özgürlüğü açısından telefonla yapılan görüşmelerin denetlenmesi ayrı bir öneme sahip olup, telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşmenin denetlenmesi daha sıkı şartlara bağlanması zorunludur. Tüm bu nedenlerle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda hem postada elkoyma hem de telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin usul ve esasları ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Böylece haberleşme özgürlüğüne müdahalenin sınırları ile usul ve esasları belirlenerek AİHS ve Anayasaya uygun bir düzenleme öngörülmüştür.

5271 sayılı CMK, haberleşme özgürlüğünü doğrudan ilgilendiren postada elkoyma ve telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbirlerine ilişkin bu olumlu ve yerinde düzenlemelerle birlikte özellikle postada elkoymayı

402 Kunter ve diğerleri, *Muhakeme Hukuku Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 1133.

403 Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 7, 169.

düzenleyen 129 uncu maddesinde uygulamada tereddüt ve karışıklık yaratabilecek nitelikte eksik düzenlemeleri de bünyesinde barındırmaktadır.

CMK'nun 129 uncu maddesinin birinci fıkrasında postada elkoymanın amacı, “suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu” gönderilere el konulması olarak açıklanmıştır. Maddenin ifade tarzından da anlaşılacağı üzere postada elkoymanın amacı gerçeğin ortaya çıkarılması için delil elde etmektir. Genel elkoymanın amacının delil elde etmek ve ileride müsadere edilebilecek eşya hakkında verilmesi muhtemel müsadere kararının infazını sağlamak olduğu bilinen bir husustur. Genel elkoymanın amaçlarından birisi olan ileride verilmesi muhtemel müsadere kararının infazını sağlamaya yönelik bir düzenleme postada elkoymayı düzenleyen CMK'nun 129 uncu maddesinde bulunmamaktadır. Madde bu haliyle uygulamada tereddütlere ve karışıklıklara sebep olabilecek bir nitelik taşımaktadır. Kazanç müsaderesine ilişkin ceza kanunu ve elkoymaya ilişkin usul kanunu hükümlerine paralel bir düzenleme yapılmamış olması Kanunun ciddi bir eksikliğidir. Ceza yargılaması hukukunda istisna durumlar dışında kıyas serbestisi bulunmakla, elkoyma tedbiri hakkındaki hükümlerin postada elkoyma tedbiri hakkında kıyas yolu ile uygulanarak bu tür gönderilere postada iken elkonulması mümkündür. Postada elkoymanın, genel elkoymanın nitelikli hâli olduğu gözönüne alındığında, kanundaki bu boşluğun kıyas yolu ile giderilmesi daha doğru ve sağlıklı olacaktır.

CMK'nun 129 uncu maddesinin birinci fıkrasında Cumhuriyet savcısının kararı kavramına yer verilmiştir. Oysa CMK'nun 33 üncü maddesi kapsamında karardan; “hâkimlerin yargılama sırasında davayı sonuçlandırmayan, hükme götüren tedbir veya usul işlemleri” ve “genellikle duruşmasız ve evrak üzerinden verilen kararlar” anlaşılmakta olup, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının kararından değil, kolluk birimlerine verdiği emirden söz edilebilir. Nitekim aynı maddenin ikinci fıkrasında, “hâkim kararının veya Cumhuriyet savcısının emrinin kendilerine bildirilmesinden sonra” denilerek bu yanılgıdan dönülmüş, ancak kanun yazımı sırasında ilk fıkradaki husus düzeltilmemiştir. Kısaca, postada elkoymaya hâkim tarafından

hükmedilmesi durumunda “postada elkoyma kararı”ndan, Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilmesi durumunda ise “postada elkoyma emri”nden bahsedilmelidir.

Maddede Cumhuriyet savcısının kararından (emrinden) bahsedilmiş ve fakat bu kararın (emrin) şekli belirtilmemiştir. Maddenin yazımındaki bu eksikliğe rağmen Cumhuriyet savcısının postada elkoyma işlemine yönelik emri yazılı olmak zorundadır. CMK’nun 161 inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Cumhuriyet savcısının kolluk görevlilerine emirlerini yazılı, acele hallerde sözlü olarak verebileceğine ilişkin hüküm burada uygulanamaz. Zira, Anayasanın elkoymaya ilişkin kuralları içeren 20, 21 ve 22 nci maddelerinde, genel elkoymayı düzenleyen CMK’nun 127 nci maddesinde Cumhuriyet savcısının emrinin yazılı olarak verilmesi gerektiği söylendikten sonra genel elkoymadan daha ağır bir koruma tedbiri olan postada elkoymanın sözlü emirle yapılabileceği söylenemez.⁴⁰⁴ CMK’nun 129 uncu maddesinde emrin yazılı olarak verilmesi gerektiğine ilişkin düzenleme olmaması kanunun hazırlanması sırasında yapılan bir unutkanlık olarak görülmelidir.⁴⁰⁵

Gecikmesinde sakınca bulunan hâl sebebiyle Cumhuriyet savcısı tarafından verilecek olan postada elkoymaya ilişkin emrin yazılı olması gerekli ve zorunludur. Sonradan yazı ile teyit edilmesi, sözlü olarak verilen emrin Anayasaya ve kanuna aykırılığını ortadan kaldırmayacaktır.

1412 sayılı CMUK’nun aksine (madde 92/4) 5271 sayılı CMK’nda Cumhuriyet savcısı tarafından verilen emrin hâkim tarafından onaylanmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak elkoymayı düzenleyen CMK’nun 127 nci maddesinin üçüncü fıkrasında hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işleminin 24 saat içinde hâkim onayına sunulacağı, hâkimin elkoymadan itibaren 48 saat içinde kararını açıklayacağı, aksi halde elkoymanın kendiliğinden kalkacağı hükme bağlanmıştır. Anayasanın 22 inci maddesinin ikinci fıkrasının yetkili merci emrinin hâkim onayına sunulmasını öngören

404 Aydın, *Arama ve Elkoyma*, s. 172.

405 a.g.e., s. 172, 173.

hükmü ve CMK'nun 127 nci maddesinin üçüncü fıkrası gereğince Cumhuriyet savcısının elkoyma işleminde hâkim onayı zorunludur.⁴⁰⁶

Mülga CMUK'nun 92 nci maddesi Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile postada elkoyma işlemi yapılması durumunda elkonulan mektup vesair posta mersulelerinin açılmaksızın derhal hâkime tevdiini öngörmüş, bir başka ifade ile Cumhuriyet savcısına gönderileri açma ve inceleme yetkisi vermemiştir. CMK'nun 129 uncu maddesinde konuya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile postada elkoyma işlemi gerçekleştiğinde elkonulan gönderilerin Cumhuriyet savcısı tarafından açılıp incelenmesine kanuni bir engel bulunmamaktadır.

Anayasanın haberleşme özgürlüğünü düzenleyen 22 inci maddesi;

“Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir”

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun postada elkoyma tedbirini düzenleyen 129 uncu maddesi ise;

“(1) Suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu sayılıp,

406 Yokuş Sevik, “Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Dinlenmesi”, s. 103.

posta hizmeti veren her türlü resmi veya özel kuruluştaki bulunan gönderilere, hâkimin veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararı ile elkonulabilir.

(2) Hâkim kararının veya Cumhuriyet savcısının emrinin kendilerine bildirilmesi üzerine elkoyma işlemini yerine getiren kolluk memurları, birinci fıkrada belirtilen gönderilerin içinde bulunduğu zarfları veya paketleri açamazlar. Elkonulan gönderiler, ilgili posta görevlilerinin huzuru ile mühür altına alınıp derhâl elkoyma 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” hükümlerini içermektedir.

Anayasanın ve Ceza Muhakemesi Kanununun maddeleri karşılaştırıldığında;

a) 5271 sayılı Kanunda gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararı ile postada elkoyma işlemi yapılabileceğine ilişkin düzenleme yaparken Anayasadaki açık hükmün aksine bu kararın(emrin) yazılı olacağına belirtilmediği,

b) Anayasada yer alan yetkili merciin kararının yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulacağına dair hükmün CMK’nun 129 uncu maddesinde yer almadığı görülmektedir.

Tüm problem bu iki hususun CMK’nun 129 uncu maddesini Anayasaya aykırı hale getirip getirmeyeceği ile ilgilidir. Dikkat edilecek olursa CMK düzenlemesinde Anayasanın 22 inci maddesi hükmüne aykırı bir düzenlemeden ziyade, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının emrinin “yazılı” olacağına ve “yetkili merciin (Cumhuriyet savcısı) kararının yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulacağına” dair hükümlere yer verilmeyerek eksik düzenleme yapıldığı görülecektir.

Doktrinde, kanunla düzenleme yapılan bir konuda yasama organının eksik bir düzenleme yapmasının tek başına anayasaya aykırılık sebebi yaratmayacağı, bu eksik düzenlemenin ancak bir anayasa ilkesinin, mesela eşitlik ilkesinin ihlâlüne yol açıyorsa anayasaya aykırılık sebebi olabileceği ileri sürülmektedir.⁴⁰⁷

Anayasa Mahkemesinin de aynı görüşü benimsediği, bugüne kadar vermiş olduğu kararların incelenmesi sonucunda anlaşılmaktadır.

Mahkemeye göre; bir kanun hükmünün Anayasaya aykırı olduğunun iddia edilebilmesi için söz konusu hükmün metin olarak, Anayasanın koyduğu esaslara aykırı bir kural koymuş olması gerekir. Hal böyle olunca Anayasa Mahkemesinden Anayasaya aykırı olan bir kanun hükmünün uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak amacı ile iptal kararı istenebilir. Yoksa bir hükmün uygulama alanının genişletilmesi amacı ile veya değiştirilmesini sağlamak için iptal talebinde bulunulmasına ve ***hüküm yokluğunun iptal konusu olmasına Anayasa hükümleri elverişli değildir. Anayasa Mahkemesinin iptal yetkisi ancak var olan bir hüküm dolayısıyla işleyebilir. Hüküm yokluğunun iptal konusu olabilmesi düşünülemez. Maddede eksik olan hususların tamamlanmasının yasama organının yetkisi içinde bulunduğu açıktır.***

Sonuç olarak; CMK'nun 129 maddesi, Anayasanın 22 nci maddesi karşısında eksik bir düzenlemedir. Kanundaki bu eksiklik iptal sebebi değildir. Ancak, hukuki istikrarın sağlanması ve korunması, kişilerin adalete güvenip saygı duyması, hukuk düzeninin işlerliğini devam ettirmesi açısından anayasaya uygun ve eksiksiz kanun yapma meclisin en önemli görevi ve sorumluluğudur. Bu nedenle kanun yapılırken azami dikkat gösterilmeli; kanun, amacını ve hedefini açık şekilde belirtebilmeli; dikkatsizlik ve unutma gibi nedenlerle kanunlarda eksiklik veya boşluk bırakılmamalıdır.

407 Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 362; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 477.

KAYNAKÇA

Akpınar, Gürsel, (2007), “Suç Eşyasının Korunması, Elkonulması”, *Adalet Dergisi*, Sayı; 29, ss. 308-313.

Albayrak, Mustafa, (2012), *Ceza Muhakemesi Kanunu Öz Kitap*, Geliştirilmiş 6. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.

Aldemir, Hüsnü, (2012), *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Ankara: Bilge Yayınevi.

Aliefendioğlu, Yılmaz, (1997), *Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yayınevi.

Aydın; Murat, (2009), *Arama ve Elkoyma*, Ankara: Seçkin Yayınevi.

Bıçak, Vahit, (2011), *Suç Muhakemesi Hukuku*, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi.

Centel, Nur ve Zafer, Hamide, (2012), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9.Bası, İstanbul: Beta Yayınevi.

Çetinkaya, Mehmet Burçin, (2007), *Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Çokmutlu, Metin, (2007), *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Çolak, Halûk ve Taşkın, Mustafa, (2007), *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi.

Çolaker, Mustafa, (2010), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Sekizinci Maddesi ve Türkiye Uygulaması”, *Adalet Dergisi*, Sayı; 36, ss. 149-165.

Durmuş, Murat, (2006), *Özel Hayatın Korunması Hakkı ve Bu Çerçeve İstihbarat Faaliyetleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Erdem, Mustafa Ruhan, (2011), *Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, Ankara: Seçkin Yayınevi.

Erdoğan, Mustafa, (2005), *Anayasa Hukuku*, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara: Orion Yayınevi.

Eryılmaz, Mesut Bedri, (2003), *Türk ve İngiliz Hukukunda Durdurma ve Arama*, Ankara: Seçkin Yayınevi.

Eryılmaz, Mesut Bedri, (2012), *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Ankara: Seçkin Yayınevi.

Feyzioğlu, Turhan, (1951), *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.

Girgin, Kemal, (2003) *Uluslararası İlişkiler Modern İstihbarat ve Türkiye*, İstanbul: Okumuş Adam Yayınları.

Gökçen, Ahmet, (1994), *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)*, Ankara: DEÜY.

Gören, Zafer, (2000), *Temel Hak Genel Teorisi*, 4. Baskı, İzmir: DEÜY.

Gözler, Kemal, (2011), *Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı*, 2. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.

Gözler, Kemal, (2012), *Anayasa Hukukuna Giriş*, 18. Baskıdan Tıpkı Ek Basım, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.

Gözübüyük, Şeref, (2007), *Anayasa Hukuku*, 15. Baskı, Ankara: Turhan Kitapevi.

Gözübüyük, Şeref ve Gölcüklü, Feyyaz, (2011), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 9. Baskı, Ankara: Turhan Kitapevi.

Güriz, Adnan, (1997), *Hukuk Başlangıcı*, 6. Baskı, Ankara: Siyasal Kitapevi.

Hakeri, Hakan, (2005), “Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Elkoyma Koruma Tedbiri”, *TBB Dergisi*, Sayı: 60, ss. 97-105.

Helvacı, Serap, (2011), *Türk ve İsviçre Hukukunda Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.

İçel, Kayıhan ve Ünver, Yener, (2012), *Kitle İletişim Hukuku*, Yeniden İncelenmiş 9. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.

Kaboğlu, İbrahim, (1996), *Özgürlükler Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul: Afa Yayınları.

Kıratlı, Metin, (1966), *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.

Kilkelly, Ursula, (2007), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8.Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz (Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı)*, İnsan Hakları El Kitapları No.1.

Kunter, Nurullah; Yenisey, Feridun ve Nuhoğlu, Ayşe, (2010), *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.

Kurtuluş Binboğa, Selda, *Yargıtay'ın Suçtan Kaynaklanan Mal Varlıklarının Müsaderesi ve Elkoyma Hükümlerine İlişkin Uygulamaları*, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale1-3>, (E.T. 13 Kasım 2009).

Oğuzman, M.Kemal; Seliçi, Özer ve Özdemir Oktay, Saibe, (2009), *Eşya Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitapevi.

Ölmez, Aslan, (2008), *5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Elkoyma*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Özbek, Veli Özer, (1999), *Ceza Muhakemesin Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Ankara: Seçkin Yayınevi.

Özbek, Veli Özer, (2005), *Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun anlamı (CMK İzmir Şerhi)*, Ankara: Seçkin Yayınevi.

Özbek, Veli Özer; Kanbur, Nihat; Bacaksız, Pınar ve Doğan Koray, (2008), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi.

Özbudun, Ergun, (1993), *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.

Özek, Çetin, “Türk Ceza Kanunu’na Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri”, *İÜHFM*, Sayı; CXXIX.

Öztürk, Bahri ve Erdem, Mustafa Ruhan, (2006), *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi.

Öztürk, Bahri ve Erdem, Mustafa Ruhan, (2011), *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi.

Püsküllüoğlu, Ali, Türkçe Sözlük, (1995), Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul: Doğan Kitap.

Sabuncu, Yavuz, (2009), *Anayasaya Giriş*, 14. Baskı, Ankara: İmaj Yayınevi.

Sevimli K., Ahmet, (2006), *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, İstanbul: Legal Yayınları.

Şafak, Ali, (2003), *Suç Organizasyonu ve Kovuşturma Usulü*, Ankara: T.C. Emniyet Genel Müdürlüğü Polis Akademisi Başkanlığı.

Şahin, Cumhuri, (2007), *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi.

Şahin, Cumhuri ve Özgenç, İzzet, (2007), *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı*, 1. Baskı, Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı.

Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan ve Sancakdar, Oğuz, (2004), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı.

Toroslu, Nevzat ve Feyzioğlu, Metin, (2012), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi.

Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, (2005), 10. Baskı, Ankara.

Yıldız, Ferhat, (2010), “Ceza Değil Koruma Tedbiri; Gözaltı-Arama-Elkoyma”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı;13, ss. 197-221.

Yokuş Sevik, Handan, (2007), “Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Dinlenmesi”, *TBB Dergisi*, Sayı; 69, ss. 97-124.

Yurtcan, Erdener, (1993), *Ceza Yargılaması Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım.

Yurtcan, Erdener, (2007), *Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı*, 5. Baskı, Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı.

Zafer, Hamide, (2010), *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m.132-134)*, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı Soyadı : İsa ÇELİK
Doğum Yeri : Dinar
Mesleği : Cumhuriyet Savcısı

Eğitim Durumu

Lisans Öğrenimi : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yüksek Lisans Öğrenimi :
Bildiği Yabancı Diller :
Yabancı Dil Puan ve Türü :
Bilimsel Faaliyetler :

İş Deneyimi

Stajlar : Avukatlık ve hâkimlik stajı
Projeler :
Çalıştığı Kurumlar : Adalet Bakanlığı, HSYK, Cumhurbaşkanlığı.

İletişim

E-Posta : isacelik36896@hotmail.com
Tel. : (312) 470 23 11
Tarih : 30.10.2013