

T.C
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

Mehmet SAYDAM

CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNA GÖRE
TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN
DENETLENMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

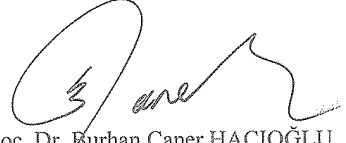
TEZ YÖNETİCİSİ
Yrd.Doç.Dr. Burhan Caner HACIOĞLU

ERZURUM – 2009

TEZ KABUL TUTANAĞI

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

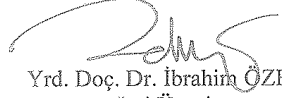
Bu alışma Kamu Hukuku Anabilim Dalında Jürimiz Tarafından yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.



Yrd. Doç. Dr. Burhan Caner HACIOĞLU
Danışman Jüri Üyesi



Prof. Dr. Nihat BULUT
Jüri Üyesi



Yrd. Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY
Jüri Üyesi

Yukarıdaki imzalar adı geçen öğretim üyelerine aittir. 19.10.2009

Prof. Dr. Mustafa YILDIRIM
Enstitü Müdürü

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	IX
ABSTRACT	X
KISALTMALAR.....	XI
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

1. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİNE İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER

1.1. Koruma Tedbiri Kavramı.....	5
1.1.1. Genel olarak	5
1.1.2. Koruma tedbirlerinin özellikleri.....	6
1.1.2.1. Zorlama	6
1.1.2.2. Araç olma	6
1.1.2.3. Geçici olma	7
1.1.3. Koruma tedbirlerinin ön şartları.....	7
1.1.3.1. Kanuni düzenleme bulunması	7
1.1.3.2. Gecikemezlik.....	7
1.1.3.3. Haklı görünüş	7
1.1.3.4. Orantılılık	7
1.2. İletişimin Denetlenmesiyle İlgili Kavramlar.....	8
1.2.1. İletişim kavramı	8
1.2.2. Telekomünikasyon kavramı	10
1.2.3. İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması kavramı.....	11
1.2.4. İletişimin tespiti.....	12
1.2.5. Sinyal bilgisi	12
1.2.6. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi.....	12
1.2.7. Veri taşıyıcı	12

1.3. Türk Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında İletişimin Denetlenmesinin Temel Hak Ve Hürriyetlerle İlişkisi.....	13
1.3.1. Türk anayasasında durum	13
1.3.1.1. Haberleşme hürriyeti	13
1.3.1.1.1. 1961 Anayasasında haberleşme hürriyeti.....	14
1.3.1.1.2. 1982 Anayasasında haberleşme hürriyeti.....	15
1.3.1.2. Özel hayatın gizliliği	16
1.3.1.2.1. 1961 Anayasasında özel hayatın gizliliği.....	18
1.3.1.2.2. 1982 Anayasasında özel hayatın gizliliği.....	19
1.3.2. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde haberleşme hürriyeti	20
1.3.2.1. Genel olarak	20
1.3.2.2. AİHM içtihatlarında iletişimin denetlenmesinin sınırları	22
1.3.2.2.1. Müdahalenin varlığı	22
1.3.2.2.2. Müdahalenin hukuka uygun olması	23
1.3.2.2.3. Müdahalenin amacı	24
1.3.2.2.4. Müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği.....	25

İKİNCİ BÖLÜM

2. MUKAYESELİ HUKUKTA TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

2.1. Genel olarak	26
2.2. Avrupa Birliği Konseyinin İletişimin Yasal Denetlenmesine İlişkin İlke Kararı	27
2.3. Alman Hukuku	28
2.3.1. Genel olarak	28
2.3.2. Tedbirin şartları	29
2.3.2.1. Maddi şartlar	29
2.3.2.1.1. Tedbirin uygulandığı suçlar	29
2.3.2.1.2. Tedbirin uygulanacağı şahıslar	32
2.3.2.1.2.1. Kapsamı	32
2.3.2.1.2.2. Suç şüphesinin yoğunluğu	34
2.3.2.1.2.3. Tedbirin tali niteliği.....	34

2.3.2.2. Şekli şartlar.....	35
2.3.2.2.1. Yetki.....	35
2.3.2.2.2. Tedbirin uygulanması.....	35
2.3.3. Tedbirin hukuki sonuçları	36
2.3.3.1. Genel olarak	36
2.3.3.2. Tesadüfen elde edilen deliller	38
2.3.4. Tedbirin sona ermesi	38
2.4. Fransız Hukuku	39
2.4.1. Genel olarak	39
2.4.2. Tedbirin şartları	41
2.4.2.1. Maddi şartlar	41
2.4.2.1.1. Tedbirin uygulanacağı suçlar	41
2.4.2.1.2. Tedbirin uygulanacağı kişiler.....	41
2.4.2.1.2.1. Kapsam.....	41
2.4.2.1.2.2. Suç şüphesinin yoğunluğu	42
2.4.2.1.2.3. Tedbirin tali niteliği.....	42
2.4.2.2. Tedbirin şekli şartları	43
2.4.2.2.1. Yetki.....	43
2.4.2.2.2. Tedbirin uygulanması.....	43
2.4.3. Hukuki sonuçları	44
2.4.4. Tedbirin sona ermesi	45
2.5. Amerikan Hukuku	46
2.5.1. Genel olarak	46
2.5.2. Tedbirin şartları.....	48
2.5.2.1. Maddi şartlar	48
2.5.2.1.1. Tedbirin uygulandığı suçlar	48
2.5.2.1.2. Tedbirin uygulanacağı kişiler.....	48
2.5.2.1.2.1. Kapsamı	48
2.5.2.1.2.2. Suç şüphesi.....	48
2.5.2.1.2.3. Tedbirin tali niteliği.....	49
2.5.2.2. Şekli şartlar.....	49
2.5.2.2.1. Yetki.....	49

2.5.2.2.2. Tedbirin uygulanması.....	50
2.5.3. Tedbirin hukuki sonuçları	51
2.5.4. Tedbirin sona ermesi	51
2.6. İngiliz Hukuku	52
2.6.1. Genel olarak	52
2.6.2. Tedbirin şartları	52
2.6.2.1. Maddi şartlar	52
2.6.2.1.1. Tedbirin uygulanacağı suçlar	52
2.6.2.1.2. Tedbirin uygulanacağı kişiler.....	53
2.6.2.1.2.1. Kapsamı	53
2.6.2.1.2.2. Şüphenin yoğunluğu	53
2.6.2.1.2.3. Tedbirin tali niteliği.....	53
2.6.2.2. Şekli şartlar.....	54
2.6.2.2.1. Yetki	54
2.6.2.2.2. Tedbirin uygulanması.....	54
2.6.3. Tedbirin hukuki sonuçları	55
2.6.4. Tedbirin sona ermesi	55
2.7. Avusturya Hukuku	56
2.7.1. Genel olarak	56
2.7.2. Tedbirin şartları	57
2.7.2.1. Maddi şartlar	57
2.7.2.1.1. Tedbirin uygulanacağı suçlar	57
2.7.2.1.2. Tedbirin uygulanacağı kişiler.....	58
2.7.2.1.2.1. Kapsamı	58
2.7.2.1.2.2. Şüphenin yoğunluğu	58
2.7.2.1.2.3. Tedbirin tali niteliği.....	58
2.7.2.2. Şekli şartlar.....	59
2.7.2.2.1. Yetki	59
2.7.2.2.2. Tedbirin uygulanması.....	59
2.7.3. Tedbirin hukuki sonuçları	60
2.7.4. Tedbirin sona ermesi	60
2.8. İsviçre Hukuku	61

2.8.1. Genel olarak	61
2.8.2. Tedbirin şartları	62
2.8.2.1. Maddi şartlar	62
2.8.2.1.1. Tedbirin uygulanacağı suçlar	62
2.8.2.1.2. Tedbirin uygulanacağı kişiler.....	62
2.8.2.1.2.1. Kapsamı	62
2.8.2.1.2.2. Şüphenin yoğunluğu	63
2.8.2.1.2.3. Tedbirin tali niteliği.....	64
2.8.2.2. Şekli şartlar.....	64
2.8.2.2.1. Yetki.....	64
2.8.2.2.2. Tedbirin uygulanması.....	64
2.8.3. Tedbirin hukuki sonuçları	65
2.8.4. Tedbirin sona ermesi	66
2.9. İtalyan Hukuku.....	66
2.9.1. Genel olarak	66
2.9.2. Tedbirin şartları	67
2.9.2.1. Maddi şartlar	67
2.9.2.1.1. Tedbirin uygulanacağı suçlar	67
2.9.2.1.2. Tedbirin uygulanacağı kişiler.....	68
2.9.2.1.2.1. Kapsamı	68
2.9.2.1.2.2. Şüphenin yoğunluğu	68
2.9.2.1.2.3. Tedbirin tali niteliği.....	69
2.9.2.2. Şekli şartlar.....	69
2.9.2.2.1. Yetki.....	69
2.9.2.2.2. Tedbirin uygulanması.....	69
2.9.3. Tedbirin hukuki sonuçları	70
2.9.4. Tedbirin sona ermesi	70

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNA GÖRE TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

3.1. İletişimin Denetlenmesinin Amacı, Kapsamı Ve Türleri.....	71
3.1.1. Amaç	71
3.1.2. Kapsamı	72
3.1.3. Türleri.....	73
3.1.3.1. İletişimin tespiti.....	73
3.1.3.2. İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması	74
3.1.3.2.1. İletişimin dinlenmesi	75
3.1.3.2.2. İletişimin kayda alınması	75
3.1.3.3. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi	77
3.1.3.4. Mobil telefonun yerinin tespiti.....	78
3.1.3.5. Diğer iletişim bilgilerinin istenmesi.....	80
3.2. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesinin Şartları	80
3.2.1. Genel olarak	80
3.2.2. Denetimin uygulanacağı suçlar açısından.....	81
3.2.2.1. Genel olarak	81
3.2.2.2. Katalog halinde sayılan suçlar	82
3.2.2.3. Özel durumlar.....	85
3.2.2.3.1. Suçun teşebbüs halinde kalması.....	85
3.2.2.3.2. Suça iştirak durumu.....	86
3.2.2.3.3. Örgüt suçları ve örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar	87
3.2.2.3.4. Suçun niteliğinin değişmesi	89
3.2.3. Şüphe açısından.....	90
3.2.3.1. Şüphe kavramı ve çeşitleri	90
3.2.3.1.1. Genel olarak	90
3.2.3.1.2. Basit şüphe (Başlangıç şüphesi).....	92
3.2.3.1.3. Makul şüphe	92
3.2.3.1.4. Yeterli şüphe	93
3.2.3.1.5. Kuvvetli şüphe	94
3.2.3.2. İletişimin denetlenmesi için gerekli olan şüphe.....	94
3.2.4. Başka yolla delil elde edilememesi (Son çare olması).....	99
3.2.5. Denetim tedbirin uygulanacağı kişi açısından	103
3.2.5.1. Şüpheli ve sanık	103

3.2.5.2. Diğer kişiler.....	105
3.2.5.2.1. Suça iştirak, yardım ve yataklık edenler	106
3.2.5.2.2. Şikayette bulunan veya mağdur ya da mağdurun rızası.....	108
3.2.5.3. Denetimi özel usule tabi olan kişiler.....	110
3.2.5.3.1. Kamu görevlileri	110
3.2.5.3.2. Hakim ve savcılar.....	111
3.2.5.3.3. Milletvekilleri.....	112
3.2.5.4. Denetimi yasak olan kişiler.....	114
3.2.5.4.1. Genel olarak	114
3.2.5.4.2. Tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişilerle yapılan iletişimin denetlenmesi yasağı (CMK 135/2).....	115
3.2.5.4.2.1. Kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişiler	115
3.2.5.4.2.2. Meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme	116
3.2.5.4.2.3. Yasağın kapsamı	118
3.2.5.4.3. Müdafii ile yapılan iletişimin denetlenmesi yasağı.....	119
3.2.6. İletişimin denetlenmesi açısından talep ve karar	121
3.2.6.1. Cumhuriyet savcısının talebi.....	121
3.2.6.2. Hakim kararı.....	123
3.2.6.3. Cumhuriyet savcısının kararı	126
3.2.6.4. Tedbir kararına karşı başvurulacak kanun yolu	128
3.2.7. Tedbirin süresi.....	129
3.2.7.1. Genel olarak	129
3.2.7.2. Sürenin başlangıcı	130
3.2.7.3. Sürenin kesintiye uğraması, uzatılması ve sona ermesi	132
3.3. İletişimin Denetlenmesi Tedbirinin Uygulanması	133
3.3.1. Denetleme işleminin yerine getirilmesi	133
3.3.2. Gizlilik	137
3.3.3. Tedbirin uygulanmasına son verilmesi	138
3.3.4. İletişimin denetlenmesi tedbirinin sona ermesinin sonuçları.....	140
3.3.4.1. Verilerin yok edilmesi yükümlülüğü	140
3.3.4.2. İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulandığı konusunda ilgiliye bildirim.....	143

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

4. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ SONUCUNDA ELDE EDİLEN BİLGİLERİN KULLANILMASI, TESADÜFİ DELİLLER VE HUKUKA AYKIRILIK YAPTIRIMI

4.1. İletişimin Denetlenmesi Sonucu Elde Edilen Bilgilerin Niteliği Ve Kullanılması.	146
4.1.1. Elde edilen bilgilerin niteliği.....	146
4.1.2. Elde edilen bilgilerin kullanılması	149
4.2. Tesadüfen Elde Edilen Deliller	152
4.2.1. Genel olarak	152
4.2.2. Katalog suçlarla ilgili elde edilen tesadüfi deliller.....	153
4.2.3. Katalog kapsamında olmayan suçlarla ilgili elde edilen tesadüfi deliller.....	154
4.3. Hukuka Aykırı Olarak İletişimin Denetlenmesi Ve Yaptırımı	156
4.3.1. Genel olarak	156
4.3.2. Hukuka aykırı olarak iletişimin denetlenmesinin yaptırımı.....	157
4.3.2.1. Cezai yaptırım	157
4.3.2.2. Hukuki yaptırım	158
4.3.2.3. Disiplin yaptırımı	159
SONUÇ	160
KAYNAKÇA	167
ÖZGEÇMİŞ	179

ÖZET

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**CEZA MUHALEMESİ KANUNUNA GÖRE TELEKOMÜNİKASYON
YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ**

Mehmet SAYDAM

Tez Danışman: Yrd.Doç.Dr. Burhan Caner HACIOĞLU

2009-Sayfa: XII + 178

Jüri: Prof.Dr. Nihat BULUT

Yrd.Doç.Dr. Burhan Caner HACIOĞLU

Yrd.Doç.Dr. İbrahim ÖZBAY

Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğin araştırılarak ortaya çıkarılmasıdır. Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için koruma tedbirlerine başvurulmaktadır.

Maddi gerçek araştırılırken keyfi davranışlardan kaçınılması ve hukukun temel ilkelerine riayet edilmesi gerekir. Bunun yanında bireylerin temel haklarının ihlal edilmemesi gerekir. Bir başka deyişle, bu hakların korunması zorunludur. Bu, hukuk devleti olmanın bir gereğidir.

Bu araştırmada Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiş koruma tedbirlerinden olan “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbiri” incelenmektedir. Ayrıca, bu tedbirin mukayeseli hukuktaki görünümü ele alınmıştır.

ABSTRACT

MASTER THESIS

**INSPECTING OF COMMUNICATION THROUGH TELECOMMUNICATION
ACORDING TO THE CRIMINAL PROCEDURE LAW**

Mehmet SAYDAM

Supervisor: Assist.Prof.Dr. Burhan Caner HACIOĞLU

2009 - Page: XII + 178

Jury: Prof.Dr. Nihat BULUT

Assist.Prof.Dr. Burhan Caner HACIOĞLU

Assist.Prof.Dr. İbrahim ÖZBAY

The main purpose of the Criminal Procedure Law is to take out material facts by searching. It was invoked protection measures in order to give off material fact in Criminal Procedure Law.

When material fact is searched, it must be avoid from arbitrary facts and it must be obeyed to basic principles of law. Moreover, fundamental rights of people must not be violated. In other words, they must be protected. This is necessity of to be rule of law.

In this thesis, ‘Inspecting of communication through telecommunication protection measure’ which is arranged in Criminal Procedure Act was investigated. In this research, in addition, it was considered in view of comparative law.

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜSBE	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz	: Bakınız
C	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
ÇASÖMK	: Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu
Çev	: Çeviren
DEÜ	: Dokuz Eylül Üniversitesi
DEÜSBED	: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
DÜSBE	: Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
E	: Esas
ET	: Erişim Tarihi
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
İÜ	: İstanbul Üniversitesi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜSBF	: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
K	: Karar
MBD	: Manisa Barosu Dergisi
MÜ	: Marmara Üniversitesi
MÜHF	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MÜSBE	: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
p	: Page
S	: Sayı
s	: Sayfa

SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
UÜSBE	: Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
vd	: ve devamı
Y	: Yıl
YD	: Yargı Dünyası
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YÖK	: Yüksek Öğretim Kurulu
YÜHF	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YYLT	: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi

GİRİŞ

Günümüz Ceza Muhakemesi Hukuku, suçluları cezasız bırakmayarak toplumu korurken, masum olanların da haksız bir şekilde ceza almasını engelleyerek sanıkların haklarını korumuş olmaktadır¹. Dolayısıyla, ceza muhakemesi hukukunun amacı maddi gerçeğin araştırılarak gün yüzüne çıkarılmasıdır². Maddi gerçeğin gün yüzüne çıkarılmasında keyfi davranışlardan kaçınılması ve hukukun temel ilkelerine sadık kalınması bir zorunluluk olmasının yanı sıra, hukuk devletinin de bir gereğidir³. Bunun sonucu da, devletin maddi gerçeğin araştırılmasında mutlak sorumluluğunun olduğudur⁴.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 2009/107 nolu bakanlık itirazına verdiği 30.04.2009 tarihli kararda, ceza muhakemesinin amacını şöyle tarif etmiştir; “Muhakeme kavramı, yalnızca yargılama usulünü değil, yargı yerinin uyumsuzluğun çözümü için yürüttüğü faaliyetten kaynaklanan hukuki ilişkilerin sujelerinin işlemlerini de içermektedir. Ceza muhakemesinin temel amacı, yargılanan kişinin hukuksal güvenliğinin gereği olarak yargılamanın nasıl yapılacağına gösterilmesinden başka,

¹ TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2006, s. 6.

² Ceza Muhakemesinin amacı konusunda bkz. KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, 16. B. s. 25-32; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta yayınevi, İstanbul 2006, 4. B. s. 5; HAKERİ, Hakan/ÜNVER, Yener, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, 3. B. s. 4; DİKİCİ, M. Fatih, Ceza Hukuku Ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, , 4. B. Ankara 2005, s. 214; DÜLGER, İbrahim, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Duruşmanın Açıklığı”, Hukuki Perspektifler Dergisi S. 3, Nisan 2005, s. 110; “modern ceza muhakemesi hukukunun amacının sanığın suçlu olup olmadığını araştırmak, suçlu ise cezalandırmak, masum ise beraat ettirmek olduğu söylenebilir” (TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 7).

³ “Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğin araştırılıp bulunmasıdır. Ancak bu yapılırken insanlık onuru, hukukun ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkeleri daima göz önünde bulundurulacaktır. Maddi gerçek, her ne pahasına olursa olsun araştırılıp bulunmalıdır diye bir ilke hiçbir hukuk devletinde yoktur. Bu nedenle, ceza muhakemesinin amacı insan hakları ihlallerine yol açmadan maddi gerçeğin araştırılıp bulunması, adaletin gerçekleştirilmesi ve hukuki barışın sağlanmasıdır” (ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, 11. B. s. 63).

⁴ “Ceza yargılamasının amacı, hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir” (YCGK kararı 1993/6-79 E., 1993/108 K., YKD, Ekim 1993, C. 19, S. 10, s. 1564- 1565).

adil yargılama ilkesinin gereklerinin gözetilerek maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasıdır”⁵.

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının hukuk devleti olmaktan kaynaklanması, hukuk devletinin üç ayaklı bir yapıya sahip olmasına dayanmaktadır. Hukuk devleti, insan haklarının gereklerinin yerine getirilmesi, adaletin tesis edilmesi ve güvenliğin sağlanmasını içinde barındırmaktadır. Devlet, insan haklarını uygulama alanına taşıdığı çerçevede hukuk devletinin gereklerini yerine getirmiş olur⁶⁷. Ceza muhakemesinde, koruma tedbirlerine başvurulmasında hakların en hafif şekilde etkilenmesine özen gösterilmesi ve masumluk karinesinin göz ardı edilmemesi gerekir⁸.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nda bugüne kadar yer almamış olan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’nun 2. maddesinde iletişimin dinlenmesi veya tespiti şeklinde düzenlenmişti⁹. Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nda bu konuda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Şüphesiz Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nda düzenleme olmaması büyük bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktaydı. Ancak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Birinci Kitabının Dördüncü Kısımının Beşinci Bölümde “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” başlığıyla 135, 136, 137 ve 138. maddelerde yapılan düzenleme ile bu alandaki kanuni eksiklik giderilmiştir¹⁰. Kanunun madde gerekçesinde de, bu

⁵ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 30.04.2009 tarihli kararı, <http://www.danistay.gov.tr>, E.T. 02.05.2009.

⁶ ACURMAN, Hüseyin “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” s. 1, <http://www.kocaelibarosu.org.tr/dergi/?islem=goster&makale=45>, E.T. 15.10.2008; “hukuk devletinin hedefi, insan haklarını korumak, temel hak ve hürriyetleri gerçekleştirmek, adaleti ve hukuk güvenliğini sağlamaktır” (GÖKÇEN, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi), DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:49, Ankara 1994, s. 1).

⁷ Hukuk felsefesi bakımından adalet anlayışları için bkz. AKTAŞ, Sururi, Hayek’in Adalet ve Hukuk Teorisi, Liberte Yayını, Ankara 2001.

⁸ KÜHNE, Hans-Heiner, “Türk Ceza Muhakemesi Kanunun’da Koruma Tedbirleri”, HPD S. 3, Nisan 2005 s. 45; ayrıca KÜHNE, “devletin koruma tedbirlerini kanunlaştırmada başka sınırların da olduğu görülür...Devlet kendi davranış biçimleri açısından, suçluların davrandığı gibi davranamaz, kendini onlarla aynı konumda göremez” şeklinde ifade ettiği önemli bir tespitte bulunmuştur (KÜHNE, s. 45).

⁹ R.G. 12 Nisan 1991- S. 20843.

¹⁰ R.G. 17 Aralık 2004 – S. 25673.

düzenleme ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına uygun olarak düzenleme yapıldığı belirtilmiştir.

Ayrıca 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 132. maddesinde “haberleşmenin gizliliğini ihlal”, 133. maddesinde “kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması”, 134. maddesinde “özel hayatın gizliliğini ihlal”, 135. maddesinde “kişisel verilerin kaydedilmesi”, 136. maddede “verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” ve 138. maddesinde “verileri yok etmeme”, başlığıyla haberleşme hürriyetine ilişkin kanuni bir korunma getirilmeye çalışılmıştır.

Bu düzenlemeden bahsedilirken Anayasa’nın 20 ve 22. maddelerinin de göz önünde bulundurulması gereklidir. Anayasa’nın 20. maddesine göre, “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz” .

Anayasa’nın 22. maddesinde ise, herkesin, haberleşme hürriyetine sahip olduğu ve haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu belirtilerek, milli güvenlik, kamu düzeni, suçun işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya bir kaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşmenin engellenemeyeceği ve gizliliğine dokunulamayacağı düzenlenmiştir.

Anayasası’nda “demokratik bir hukuk devleti olduğu” belirtilen ülkemizde, Avrupa Birliği’ne katılma sürecinde, çeşitli kanun değişiklikleri yapılmakta olup, daha şeffaf ve daha çok hukuka bağlı bir yapı sağlanılmaya çalışılmaktadır. Bu bağlamda yapılan kanun değişikliklerinden biri olan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, ceza muhakemesinde maddi gerçeğin araştırılarak ortaya çıkarılması amacıyla yeni bir koruma tedbiri olan “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” tedbirini yasal zemine taşımıştır.

Çalışma konumuz, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda düzenlenmiş olan “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”dir. Bu çalışma temel bilgilerin ortaya konduğu birinci bölüm, mukayeseli hukuktaki düzenlemelerin incelendiği ikinci bölüm, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin anlatıldığı üçüncü bölüm, tesadüfen elde edilen deliller ve delil

yasaklarının konumuzla ilişkisinin tartışıldığı dördüncü bölüm ile sonuç bölümünden oluşmaktadır.

Bu çalışmada, sadece adli amaçlı iletişimin denetlenmesi ele alınmakta olup, önleme amaçlı denetim incelenmemiştir.

Çalışmamızda genel olarak “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Tedbiri” kavramı kullanılmıştır. Ayrıca bu kavram yerine, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri” ve “İletişimin Denetlenmesi” kavramları da kullanılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİNE İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER

1.1. Koruma Tedbiri Kavramı

1.1.1. Genel olarak

Koruma tedbiri kavramı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunumuzda yer alan bir kavramdır.

Öğretide koruma tedbiri kavramına ilişkin farklı tanımların yapıldığı görülmektedir;

Toroslu/Feyzioğlu'na göre, “Ceza muhakemesinin gecikmeksizin yapılabilmesini, uyuşmazlığın konusunu oluşturan somut olaya uygun bir karar verilebilmesini ve verilen kararın uygulanabilmesini sağlamaya yönelik tedbire koruma tedbiri denir ¹¹”. Koca, bu tedbirleri, “Şüpheli veya sanığın hazır bulunmasını veya delillerin karartılmamasını sağlamak amacıyla ve bir suç işlendikten sonra ve fakat hükümden önce başvurulmuş, hemen hepsi bireyin anayasalarda teminat altına alınan bazı temel hak ve özgürlüklerini sınırlandıran ve bu nedenle ceza muhakemesi hukukunun alanı dışına da taşan bir nitelik gösteren¹²” tedbirler olarak tanımlamıştır. Diğer bir kısım yazarlar koruma tedbirlerini “Ceza muhakemesinin yapılmasını veya yapılan muhakemenin sonunda verilecek kararın kağıt üzerinde kalmamasını ve muhakeme masraflarının karşılanmasını sağlamak amacıyla, kural olarak, ceza muhakemesinde karar verme yetkisini haiz olan yetkililer tarafından, gecikmede sakınca bulunan durumlarda, geçici olarak başvurulmuş; hükümden önce bazı temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi gerektiren kanuni çareler ¹³” şeklinde tanımlamıştır. Hacıoğlu ise, şu tanımları

¹¹ TOROSLU/FEYZİOĞLU s. 210; TOSUN, Öztekin, “Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Cilt I”, 4. B. İstanbul 1984, s. 818.

¹² KOCA, Mahmut, “Bir Koruma Tedbiri Olarak Yurtdışına Çıkarmama”, AÜEHFD, C. VII, S. 1-2, Erzincan 2003, s. 161.

¹³ ÖZTÜRK/ERDEM s. 483; CENTEL/ZAFER, s. 278; KUTER/YENİSEY, s. 759-762; HAKERİ/ÜNVER, s. 143; KAHRAMAN, Mehmet, Koruma Tedbiri Olarak Adli Kontrol, AÜSBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, YYLT, Erzincan 2007, s. 5; EREM, koruma tedbirleri yerine “usul tedbirleri”, ifadesini kullanmıştır, EREM, Faruk, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, 6. B. Ankara, s. 435.

yapmıştır; “koruma tedbirleri, günümüzde ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yapılmasını veya muhakeme sonunda verilecek kararların yerine getirilmesini sağlamak amacıyla geçici olarak başvuru ve hükmün verilmesinden önce bireyin anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilmesini gerektiren tedbirlerdir”¹⁴.

Koruma tedbirleri, yapılan bu tanımlardan anlaşılacağı gibi, ceza muhakemesinin sağlıklı yürütülebilmesi ve verilen kararların yerine getirilebilmesi için temel hak ve hürriyetlerin orantılılık ilkesi çerçevesinde kısmen de olsa sınırlanabildiği tedbirlerdir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunumuzda düzenlenmiş olan koruma tedbirleri; yakalama ve gözaltı, tutuklama, adli kontrol, arama ve el koyma, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izlemedir.

1.1.2. Koruma tedbirlerinin özellikleri

1.1.2.1. Zorlama

Koruma tedbirleri zorlamayı gerektirir; ancak bu durum koruma tedbirlerinin tamamı için geçerli değildir. Örnek olarak telefonla dinleme ve teknik araçlarla izleme verilebilir¹⁵.

1.1.2.2. Araç olma

Koruma tedbirleri ceza muhakemesinin maddi gerçeğe erişmesinde araç görevini ifa eder ve ceza muhakemesi için zorunlu olan delillere ulaşmayı sağlarlar¹⁶. Bu tedbirler aynı zamanda birbirlerine de araç olma özelliğine haizdir. Örnek verilecek olursa, yakalamadan sonra tutuklama gerçekleştiğinde, yakalama tutuklamanın aracı

¹⁴ HACIOĞLU, Burhan Caner, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Tutuklama Koruma Tedbirine Seçenek Olarak Düzenlenen Adli Kontrol Koruma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme”, AÜEHFD, C. IX, S. 1-2, Erzincan 2005, s. 167.

¹⁵ “Henüz hüküm verilmeden temel bir hakkı sınırlar ve çoğu kere tedbire maruz kalan tarafından bir zorlama olarak algılanır. Ancak, bazen herhangi bir zorlama olmasa da mesela, telefon dinleme, gizli gözetlemeye alma gibi temel hak ve özgürlükleri sınırlaması ona yine bir koruma tedbiri niteliği verir” (ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Nihat/BACAKSIZ, Pınar/DOĞAN, Koray, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2008, s. 151).

¹⁶ CENTEL/ZAFAER, s. 280.

olacaktır. Ayrıca arama yapılan yerde delil olabilecek eşyalara el konulursa, arama tedbiri el koyma tedbirinin aracı konumuna gelecektir¹⁷.

1.1.2.3. Geçici olma

Koruma tedbirleri geçici bir özelliğe sahiptir. İhtiyaç süresince başvurulup, ihtiyaç ortadan kalktığı zaman tedbirler son bulmaktadır¹⁸.

1.1.3. Koruma tedbirlerinin ön şartları

1.1.3.1. Kanuni düzenleme bulunması

Koruma tedbirlerinin kanunda düzenlenmiş olması zorunludur¹⁹. Yani, koruma tedbirlerinin mutlaka bir kanun hükmü ile düzenlenmiş olması ve bu kanuni düzenlemeye dayanılarak tedbire başvurulması gerekir²⁰

1.1.3.2. Gecikemezlik

Gecikemezlik, koruma tedbirlerine başvurulmasının zorunlu olmasını ve başvurulmadığında ceza muhakemesinin yürütülmesinin tehlikeye girmesi ile sağlıklı olarak yürüyememesini ifade eder²¹. Ortaya çıkacak tehlikenin de engellenmesi tedbire gecikmeden başvurulmasını gerektirir²².

1.1.3.3. Haklı görünüş

Koruma tedbirlerine başvurulduğu esnada haklılık belli olmadığı ve kesin bir yargıya varılmadığı için, en azından görünüşte bir haklılığın bulunması gerekir²³.

1.1.3.4. Orantılılık

Temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabilmeleri aynı zamanda bu haklara müdahale anlamına gelen koruma tedbirlerinin de orantılı olmalarını

¹⁷ YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Vedat Kitapçılık, 11. B. İstanbul 2005, s. 304.

¹⁸ HAKERİ/ÜNVER, s. 144.

¹⁹ ÖZBEK/KANBUR/BACAĞIZ/DOĞAN, s. 152.

²⁰ HAKERİ/ÜNVER, s. 145.

²¹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 763;

²² KOCA, s. 162.

²³ TOSUN, s. 824.

gerektirir²⁴. Yurtcan, orantılılık ilkesini “failin eyleminin ağırlığı ile başvurulacak eylemin ağırlığı arasında bulunması istenen denge” şeklinde tanımlamaktadır²⁵. Oğurlu, “eşitlik ve ölçülülük ilkeleri arasında bir köprü oluşturan orantılılık ilkesinin, hukukun genel ilkeleri arasında olduğunu ve hukuk devletinin bir sonucu olduğunu” belirtmektedir²⁶. Anayasa Mahkemesi, vermiş olduğu bir kararında, “oranlılık ilkesi” olarak nitelendirmiştir²⁷. Orantılılık, temel hak ve özgürlükleri müdahaleye uğrayan kişinin tedbire ölçülü olarak tabi tutulmasını ve ulaşılmak istenen amacın oranlı olmasını gerektirir²⁸.

1.2. İletişimin Denetlenmesiyle İlgili Kavramlar

1.2.1. İletişim kavramı

Her insan, hayatını ait olduğu gruplarla iç içe sürdürmekte ve bu birlikte yaşam ise insanların birbirleriyle fikir alışverişini, düşünce, duygu ve izlenimlerini paylaşımlarını gerektirmektedir²⁹.

Kavram olarak iletişim, Latince “communis”, İngilizce “communication” kelimelerinden gelmektedir³⁰. Öğretide iletişim kavramının yerine “haberleşme” ifadesi de kullanılmaktadır³¹. Biz, bu konuda teorik tartışmaya girmeden, günümüzde dilimize

²⁴ CENTEL/ZAFER, s. 281; CENTEL, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, Beta Yayınları, İstanbul 1992, s. 9.

²⁵ YURTCAN, s. 305.

²⁶ OĞURLU, Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 38.

²⁷ “Amaç ve sınırlama orantısının korunmasıyla ilgili “ölçülülük” temel ilkesinin alt ilkeleri olan yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik “elverişlilik” sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan “zorunluluk-gerekliklik”, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen “oranlılık” ilkeleriyle çatışan bir sınırlama sayan görüşler bu nedenlerle yerinde bulunmamıştır. Bu bakımdan yasal yaptırıma ikinci bir ceza niteliği vermek de uygun bir değerlendirme kabul edilemez” (AYM. 23.6.1989 gün, E. 1988/50, K. 1989/27, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1989/K1989-27.htm>. E.T.17.10.2008.

²⁸ YILMAZ, Zekeriya, “Adli Kontrol”, ABD, 2006/1, s. 37.

²⁹ “Bu nedenledir ki, insan, dil dediğimiz aracı, semboller sistemini yaratmıştır” (DÖNMEZER, Sulhi, Basın ve Hukuku, İstanbul, 1976, 4. B. s. 3).

³⁰ Ortak anlamına gelmektedir (İÇEL, Kayıhan/ÜNVER, Yener, Kitle Haberleşme Hukuku, Beta Yayınları, 6. B. İstanbul 2005, s. 3).

³¹ Örneğin haberleşme kavramını GİRİTLİ şu gerekçelerle kullanmıştır: “1982 Anayasası ve 5 Nisan 1983 tarihli ve 2813 sayılı Yeni Telsiz Kanunu’nun ‘haberleşme’ deyimini kullandığına ve esasen

büyük ölçüde yerleşen iletişim kavramını kullanmayı tercih ettik. İletişim kavramı Türkçe sözlükte şu şekilde tanımlanmıştır: “Duygu, düşünce veya bilgilerin akla gelebilecek her türlü yolla başkalarına aktarılması, bildirişim, haberleşme, komünikasyon. Teknolojik boyutu göz önünde bulundurularak yapılan ikinci tanım şöyledir: Telefon, telgraf, televizyon, radyo gibi araçlardan yararlanarak yürütülen bilgi alışverişi, bildirişim, haberleşme, muhabere, komünikasyon”dur³².

Öğretide Şen, iletişim kavramının geniş kapsamlı tanımını şu şekilde yapmıştır: “İletişim; kablolu, kablosuz olarak, radyo, optik ve başka elektro manyetik sistemlerle ve internet üzerinden haber, yazı, resim veya her çeşit bilginin iletilmesi, bunların yayımı ve alınmasıdır”³³. İletişim kavramının vasıta oluşu göz önünde bulundurularak yapılan diğer bir tanımda da şu ifadeler yer verilmiştir: “İletişim, günlük hayatta, insanların, grupların, toplumların ve diğer canlı toplulukların, kendi aralarındaki ilişkilerinde, bilgiyi üretme, paylaşma, anlamlandırma ve geliştirme sürecinde kullandıkları bir vasıta”³⁴.

Görülüyor ki, iletişim bir süreci ifade eder. Bu iletişim süreci bir takım unsurlarla oluşur. Günler, iletişimin unsurları açısından şunları dikkate değer bulmaktadır: “Bilgi, fikir, duygu, tutum ve becerilerin ortak semboller vasıtasıyla değiş-tokuş edilmesi, mesajlar aracılığıyla toplumsal etkileşimin gerçekleştirilmesi, bilgi üretip karşılıklı bir anlam arama çabasına girilmesi, anlamın başkalarıyla paylaşıldığı insani ve kolektif bir süreç niteliği göstermesi gibi hususlar dikkat çekmektedir”³⁵.

Anlaşılabileceği gibi, iletişim kavramı için, bireyler arasında koordinasyon sağlama aracı tanımlaması kullanılabilir. İletişim araçları için de, bilgi dolaşımını sağlayan, toplumu bilgilendiren araçlar³⁶ ifadesini kullanmak mümkündür. Dolayısıyla

öteden beri bu deyim konuşma ve yazı dilimizde tuttuğuna göre, biz de daha ziyade ‘Haberleşme’ deyiminin kullanılmasından yana bulunuyoruz”. Bkz. GİRİTLİ, İsmet, Günümüzde Haberleşme ve Bazı Sorunları, Filiz Kitabevi, İstanbul 1984, s. 5.

³² www.tdk.gov.tr, E.T. 25.10.2008.

³³ ŞEN, Ersan, Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, Seçkin Yayınları, 2. B. Ankara 2008, s. 36.

³⁴ “Geniş anlamıyla iletişim, canlılar arasında ortak unsurlara dayanan bir süreci ifade eder”, GEDİK, Ömer, Türkiye’de Kitle İletişim Özgürlüğü, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 23.

³⁵ GÜNLER, Kemal, Teoride ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kitle İletişim Özgürlüğü, AÜSBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, YYLT, Erzincan 2006, s. 7.

³⁶ “Diğer bir deyişle, basın veya diğer iletişim araçları, genel olarak ‘bilgi dolaşım sürecini’ gerçekleştiren araçlardır. İletişim araçlarının bilgi dolaştırma süreci bireyin ve dolayısıyla toplumun “bilgilenmesini”

iletişim araçları, toplumun her kesimini etkileyen, insanların sürekli bir değişim içinde olmasını zorlayan araçlar olarak ifade edilebilir³⁷.

1.2.2. Telekomünikasyon kavramı

Telekomünikasyon hizmet ve araçları gün geçtikçe günlük hayatımızda yer almakta ve vazgeçilmez bir konuma gelmektedir³⁸. Teknolojideki baş döndürücü hızlı ilerleme, bir yandan bu araçların vazgeçilmezliğini pekiştirmekte, diğer yandan çeşitli problemler ortaya çıkarmaktadır. Öyle ki, bireylerin iletişim özgürlüğünü daha rahat kullanmasına imkan vermenin yanında bu iletişim özgürlüklerinin aynı zamanda ihlal edilmesine de sebep olabilmektedirler. Dolayısıyla, bahsedilen bu soruna hukuksal açıdan çözüm bulabilmek için konuya ilişkin kavramların tanımlanması gereği doğmaktadır.

Fransızcası *tlcommunication*, olan telekomünikasyon kelimesi “haber, yazı, resim, sembol veya her çeşit bilginin tel, radyo, optik vb. elektromanyetik sistemlerle iletilmesi, bunların yayımı veya alınması, uz iletişim”³⁹ olarak tanımlanabileceği gibi, “haberlerin, yazıların, konuşmaların, yazışmaların ya da diğer bilgilerin radyo, tel uzay aracı ya da başka elektromanyetik sistemlerle iletilmesi” şeklinde de tanımlanabilir⁴⁰.

Bu kavram hukuki düzenlemelerimizde de tanımlanmıştır. “*Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik*”in tanımlar başlıklı üçüncü maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır; “*Telekomünikasyon: Her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını, ifade eder*”⁴¹.

retimini sağlar” (ÖZEK, etin, Basın zgrlğnden Bilgilenme Hakkına, Alfa Yayınları, İstanbul, 1999, s. X).

³⁷ DÖNMEZER, s. 6.

³⁸ ULUSOY, Ali, Telekomünikasyon Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara 2002, s. 1.

³⁹ www.tdk.gov.tr, E.T. 25.10.2008.

⁴⁰ YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 5. B. Ankara 1996, s. 804.

⁴¹ 10/11/2005 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan, “TİB Yönetmeliği...”, m.3.

Son olarak, 14.02.2007 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan, “Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”in tanımlar başlıklı dördüncü maddesinde ise; “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”⁴² şeklinde tanımlanmıştır.

1.2.3. İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması kavramı

İletişimin dinlenmesi çok önemli bir konudur. Zira, iletişim üçüncü kişi tarafından duyulduktan sonra gizliliğin bir anlamı kalmaz. Diğer bir ifadeyle gizlilik ortaya çıktıktan sonra, bunun telafisi mümkün değildir. Dolayısıyla iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması kavramları, önemli kavramlardır ve sınırlarının doğru biçimde çizilmesi bu konuda doğacak aykırılıkların önüne geçmek için oldukça önemlidir.

İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması kavramları bir önceki başlıkta⁴³ belirtilen iki yönetmelikte düzenlenmiş, böylece hukuki çerçeveleri belirlenmiştir. Bu kavramlar, 10/11/2005 tarihli “TİB Yönetmeliği...”nin 3/h maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır;

“İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması: Telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmalar ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri ifade eder”.

14/02/2007 tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği ”nin 4/e maddesinde verilen tanımda da benzer ifadelere yer vermiştir, “Telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri ifade eder”.

⁴² 14/02/2007 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan, “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği ”, m.4 .

⁴³ Bkz: “1.2.2 Telekomünikasyon Kavramı”.

Tosun, iletişimin dinlenmesi yerine gizli dinleme kavramını kullanmakta ve bu kavramı; “konuşan bir kişinin haberi olmadan onun sözlerinin başkası tarafından bilerek ve istenerek duyulması” şeklinde ifade etmektedir⁴⁴.

1.2.4. İletişimin tespiti

10/11/2005 tarihli “TİB Yönetmeliği...”nin 3/i maddesinde iletişimin tespiti de tanımlanmıştır. Buna göre, iletişimin tesbiti, “*İletişimin içeriğine müdahale etmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştır⁴⁵.

1.2.5. Sinyal bilgisi

Sinyal bilgisi kavramı, 10/11/2005 tarihli “TİB Yönetmeliği...” nin tanımlar başlıklı 3/p maddesinde “*Bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştır⁴⁶.

1.2.6. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi sadece, 14/02/2007 tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği”nin 4/ı maddesinde, “*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 işlemlerini ifade eder*” olarak tanımlanmıştır.

1.2.7. Veri taşıyıcı

Veri, “İngilizcede data, Osmanlıcada malumat Fransızca’da donnée anlamındadır. Olgu, kavram ya da komutların, iletişim, yorum ve işlem için elverişli biçimsel ve uzlaşımsal bir gösterimi. Elverişlilik, kişiler ya da özdevimli makinelerle

⁴⁴ TOSUN, Öztekin, “Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme”, İÜHFİM, C. XLI, S. 3-4, 1975, s. 86.

⁴⁵ 14/02/2007 tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği”nin 4/f maddesinde de aynı tanım verilmiştir.

⁴⁶ 14/02/2007 tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği”nin 4/h maddesinde de benzer ifadeler yer almıştır.

iletişim, yorum ya da işleme uygunluk biçiminde düşünülür”⁴⁷. Veri, bilgilerin formatlandıktan sonra geldiği durumdur⁴⁸.

Veri taşıyıcısı ise, 14.02.2007 tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği”nin 4. maddesinin 1. fıkrasında “*İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinin uygulanması neticesinde elde edilecek ses ve görüntü bilgilerinin kaydedileceği araçları ifade eder*”, denilmek suretiyle tanımlanmıştır.

1.3. Türk Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında İletişimin Denetlenmesinin Temel Hak Ve Hürriyetlerle İlişkisi

1.3.1. Türk anayasasında durum

1.3.1.1. Haberleşme hürriyeti

İletişimin denetlenmesi “temel hak”⁴⁹ ve özgürlüklerden”⁵⁰ biri olan haberleşme hürriyeti ile yakın ilişki içerisinde⁵¹.

Haberleşme⁵², “Kişiler veya kişiler ile teknik cihazlar arasındaki bilgi ve haber aktarımı; haber alma ise, haber aktarma olgusunun karşılıklı görünümü”dür⁵³.

⁴⁷ Bkz. www.tdk.gov.tr, E.T. 10.10.2008.

⁴⁸ YENİDÜNYA, A.Caner/DEĞİRMENCİ, Olgun, Mukayeseli hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları, Legal Yayıncılık, 2003, s. 48; Bkz. YAZICIOĞLU, R. Yılmaz, Bilgisayar Suçları, Alfa Yayınları, 1997, s. 29-30.

⁴⁹ Genel olarak insan hakları için bkz. BULUT, Nihat, Sanayi Devriminden Küreselleşme ve Sosyal Haklar, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009.

⁵⁰ “Temel haklar, insanın insanlığından gelen, düşünen, duyan, sayılan bir varlık oluşundan çıkan yetkililerdir” (YÜCE, Turhan Tufan, “Temel Hakların Özü Kavramı Ve Sınırlanması Problemi”, A. Recai Seçkin’e Armağan, AÜHF, Yayınları No. 351, Ankara, 1974, s. 637); AKIN, özgürlük kavramıyla ilgili olarak şu tanımları aktarmaktadır; “Acton, benim özgürlükten anladığım, herkesin kendine düşeni yapması ve bunu yaparken iktidardan, çoğunluktan ve yerleşmiş törelerden çekinmemesidir”, “çağdaş uygarlığın gerektirdiği toplumsal koşullar için de kişinin mutluluğunu sağlamak için herhangi bir kısıtlamaya başvurulmamasına ben özgürlük derim, diyor Harold”, “Laskiye göre özgürlük, kısıtlamanın kalkmasıdır” AKIN, İlhan F., Temel Hak ve Özgürlükler, İstanbul, 1964, s. 10; KABOĞLU da özgürlüğü şu şekilde tanımlamaktadır: “ Özgürlük, bireyin toplum içerisinde sahip olduğu bağımsızlık alanıdır. Kişisel ve özel olan bu kesim, bireyin inisiyatif, hatta mahremiyet mekanıdır”, KABOĞLU, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, İmge Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. B, Ankara 2002, s. 14.

⁵¹ “temel hak ve özgürlükler” ifadesinin yerine “temel hak ve hürriyetler” ifadesini kullanmıştır (HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Türk Hukuk Düzeninde İnsan Haklarını Kayıtlayan Hükümler”, AÜSBF, İHD, C. III, S. 1, 1995, s. 8).

⁵² İngilizcesi communication; Almancası Kommunikation; Fransızcası Communication.

Haberleşmenin tanımı İçel/Ünver tarafından şu şekilde yapılmıştır; “Haberleşme, bilgi, düşünce ve tutumların ortak semboller sistemi aracılığı ile kişiler veya gruplar arasında değiş tokuş edildiği bir süreçtir”⁵⁴. Haberleşme hakkı için, Günaydın; “Bir kişinin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı, kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır”⁵⁵ tanımını yapmıştır.

Kanımızca, haberleşme hakkı, insanların birbirleri ile olan iletişimlerini özgürce gerçekleştirebilmelerini sağlayan, hukuk devletinin gereklerine uygun sınırlar içinde kullanılacak temel bir insan hakkı olarak tanımlanabilir.

Haberleşme hürriyeti demokratik toplumların kişiye tanıdığı başlıca hak olarak anılmakta ve bu hak, kişi hürriyetinin gerçekleşmesi şartı olarak kabul görmektedir⁵⁶. Haberleşme hürriyeti kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklardan biridir⁵⁷.

İçel, haberleşme hürriyeti yerine “Haberleşme Özgürlüğü” terimini kullanmış ve şu şekilde tanımlamıştır: “Kitle haberleşmesi araçlarından radyo-televizyon, sinemanın kitle haberleşmesinde önemli bir rol oynamaya başlamasından sonra ve kitle haberleşme hukuku’nun ortaya çıkması ile birlikte bu alanda bulunması gereken özgürlüğü ifade etmek amacı ile kullanılan bir deyimdir”⁵⁸.

1.3.1.1.1. 1961 Anayasasında haberleşme hürriyeti

Haberleşme hürriyeti 1961 Anayasasının 17. maddesinde, haberleşme hürriyeti üst başlığıyla düzenlenmiştir; “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir.

Haberleşmenin gizliliği esastır. Kanunun gösterdiği hallerde, hakim tarafından kanuna uygun olarak verilmiş bir karar olmadıkça, bu gizliliğe dokunulamaz”.

⁵³ www.tdk.gov.tr. BSTS / Gramer Terimleri Sözlüğü, E.T. 30/10/2008.

⁵⁴ “Haberleşme yüz-yüze haberleşme ve yüz- yüze olmayan haberleşme olarak çeşitlendirilmiştir” (İÇEL/ÜNVER, s. 4).

⁵⁵ GÜNAYDIN, Şerife, İnsan Hakları Kapsamında Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması Hakkı, ÇÜSBE Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, YYLT, Adana 2007, s. 53.

⁵⁶ ÜZÜLMEZ, İlhan, “Yazışmaların İhlali Cürmü (TCK. M. 195/1) ve Bu Bağlamda Elektronik Postalara (E-Postalara) Yönelik Saldırıların Durumu”, AÜHFD, C. 53, S. 1, 2004, s. 147.

⁵⁷ Haberleşme bir fertle diğer bir fert arasında muhabere olarak, teknik ve dar manada, anlaşılacak icap ed er. Bu itibarla imzalı veya imzasız olmasına lüzüm yoktur. Nazari olarak sadece herhangi bir tarzda kağıt üzerine yazılan değil, aynı zamanda, tel vasıtasıyla bir elektrik ceryanının hareketi dahi, bir haberleşmedir (OKAY, Sadık, “Haberleşme Hürriyetine Karşı İşlenen Suçlar”, AD. S. 7, 1954, s. 849-850.

⁵⁸ İÇEL, Kayıhan, “Haberleşme Özgürlüğü”, İÜHFM, C. XLI, S. 1-2, 1975, s. 71.

Bu maddenin özellikle PTT aracılığıyla yapılan bir hürriyetten bahsettiği, bu kurumda çalışan memurların görevlerinden dolayı mektuplarda öğrendiklerini dışarıya deklare etmemeleri gerektiği ve telefonda duyduklarını da ancak hakim kararı ile açıklamalarının mümkün olduğu; bunun yanında bu memurların “kamu düzeni ve milli güvenlik” ile ilgili hususlarda edindikleri bilgileri üstlerine haber vermeleri gerektiği ve bunun da anayasanın 17. maddesini ihlal etmeyeceği savunulmuştur⁵⁹.

Kanunun bu maddesi o dönem siyasi parti mensuplarının birbirlerine karşı haberleşmelerini dinleme girişimleri açısından anayasal bir engel getirdiği için yerinde görülmekle beraber, MİT mensupları tarafından da haberleşme hürriyetinin ihlal edilebilmesinin anayasaya aykırı olacağı kabul edilmiştir⁶⁰.

1.3.1.1.2. 1982 Anayasasında haberleşme hürriyeti

Özel haberleşme araçlarıyla yapılan iletişimin denetlenmesi ile haberleşme hürriyetine müdahale edilmiş olmaktadır⁶¹.

Haberleşme hürriyeti, “Özel hayatın gizliliği ve korunması” üst başlığı altında Anayasa’nın 22. maddesinde düzenlenmiştir;

“ Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Millî 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 hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz”.

Bu düzenleme ile özel hayatın gizliliği için anayasal bir koruma sağlanmıştır.

Sonuç olarak, özel iletişimde kural hak sahibinin dilediği kimselerle istediği bir şekilde iletişiminin engellenmemesidir. Ayrıca bu iletişimin ilgililerin izin ve onayı

⁵⁹ ALDIKAÇTI, Orhan, Anayasa Hukukumuzun Gelişimi ve 1961 Anayasası, İstanbul Üniversitesi Yayını, 2. B. İstanbul 1973, s. 198-199.

⁶⁰ ARMAĞAN, Servet, 1981 Anayasasına Göre Temel Haklar ve Ödevler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 22.

⁶¹ “Telefon, teleks, faks ve vb. araçlarla yapılan özel haberleşmenin ceza muhakemesi çerçevesinde bir koruma tedbiri olarak denetlenmesiyle Anayasamızın 20. Md. öngören özel hayatın gizliliğine ve 22. Maddesindeki haberleşme hürriyetine müdahale edilmektedir”, (İÇEL, Kayıhan, “Bilimsel Mütalaa”, VIII. Telefon... Başlığı, http://www.bav-savunma.org/tr/belgeler/yeniler/ml_ki.html, E.T. 02.11.2008).

bulunmadıkça üçüncü kişilerin haberdar olmasından ve müdahalesinden korunması gerekir⁶².

1.3.1.2. Özel hayatın gizliliği

Özel hayat ve gizliliği kavramı, insan hakkı olarak 18. yüzyılda aydınlanma çağıyla beraber gün yüzüne çıkmış ve korunarak gelişmiştir⁶³. Ayrıca, 1361’de İngiltere’de “Justices of the Peace Act” de kişileri izleyen veya onların özel konuşmalarını dinleyenlerin tutuklanmaları yaptırımına bağlanmıştı ve bu ise özel hayatın korunduğu fikrini akla getirmektedir⁶⁴. Özel hayatın gizliliği, günümüz modern demokratik düzenlerde kabul gören bir hukuk ilkesi olarak karşımıza çıkar⁶⁵.

Özel hayat, “kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı, kendisini ilgilendiren tutum ve davranışı, özel yaşam” olarak tanımlanmaktadır⁶⁶.

İnsan Hakları Başkanlığı tarafından hazırlanan İnsan Hakları Kitabında şu tanım yapılmıştır; “Özel hayat, kavramı, kişinin kendi bireysel hayatını başkalarının karışmasından muaf olarak serbestçe düzenlemesini ve yaşamasını ifade eder”⁶⁷.

İmre, özel hayatı tanımlarken, “özel hayat” ve “hayatın gizliliği (mahremiyet)” ayırımlarını yapmıştır. Buna göre, “Bir kimsenin **özel hayatı (privat-sphaere)**, onun yalnız ilgili şahıslar, özellikle yakınları (hısımları ve dostları) tarafından bilinen hayat çevresidir. Şahsın hayatındaki **gizlilikler (mahremiyet)** ise, herkesten gizlenen veya söz konusu şahsın isterse, bir veya birkaç kişiye açıklayabildiği hususları kapsar. Şahsi sınırlar buraya girerler”⁶⁸. Kişinin özel hayatına ancak kendisinin izin verdiği kimseler

⁶² KABOĞLU, s. 297.

⁶³ AVCI, Feyzullah, Ceza Yargılamasında Özel Hayatın Gizliliği Hak ve Hürriyetinin Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller Nedeniyle İhlali, SÜSBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, YYLT, Konya 2006, s. 12.

⁶⁴ GÜNAYDIN, s. 43.

⁶⁵ “Özel hayatın gizliliği, bütün modern demokratik sistemlerde benimsenmiş bir anayasa hukuku ilkesidir. Bu kavram, genellikle, kişinin üstünün, özel kâğıt ve eşyasının aranmaması ve bunlara el konulamaması; konutuna girilememesi; ve özel haberleşmelerinin gizliliğine dokunulamaması gibi üç unsuru kapsar” (ÖZBUDUN, Ergun, “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, AÜHF, Ellinci Yıl Armağanı, Ankara, 1997, s. 265).

⁶⁶ www.tdk.gov.tr. E.T. 04.11.2008.

⁶⁷ ERDOĞAN, Mustafa, İnsan Hakları, Hak Konuları Bölümü, İnsan Hakları Başkanlığı Yayını, Ankara 2006, s. 57.

⁶⁸ İMRE, Zahit, “Şahsın Özel Hayatının Korunması”, İHFM, Ord.Prof. Dr. Sıdık Sami Onar Hatıra Sayısı, C. XXXIX, S. 1-4, s. 149.

girebilir ve gizli hayatına da izinli olmayanlar girememekle beraber, bu alan üzerinde tasarruf yetkisi ancak ve ancak hak sahibine aittir⁶⁹.

Öztürk de özel hayat ve hayatın gizli alanı ayırımını yapmıştır⁷⁰. Özel hayat ve özel hayatın gizliliği, hukuk devleti ve insan onuruna saygı ilkelerini esas edinmiş devletler tarafından koruma altına alınmış olduğu söylenebilir⁷¹.

Şen, özel hayatın gizliliği ve korunması kavramını kullanmış ve şu şekilde tanımlamıştır: “Bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturulduğu ve korunması hukuken gerekli görülen hayat üzerindeki hakkı”dır⁷².

Özel hayatın gizliliği hem özel kişilerin tecavüzlerinden hem de bizzatı devletın yapacağı tecavüzlerden iki yönlü bir korunmayı gerektirir⁷³. Özel hayatın gizliliği hakkı, kişinin özel ve aile hayatını, konutunu ve yaptığı haberleşmeyi keyfi uygulamalara karşı korumakta ve insanlara kendi yaşam tarzlarını güven içinde sürdürmelerini garanti altına almaktadır⁷⁴.

Anayasa Mahkemesi 31.3.1987 tarihli kararında özel hayatın gizliliğini “başkalarının gözlerinin önüne serilmemesi orada cereyan edenlerin yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini istemek hakkı” olarak tanımlamış ve bu hakkın hukuk devletinin bir gereği olarak bireyin kendini güvende hissetmesi için korunması gerektiğini ifade etmiştir⁷⁵.

⁶⁹ AKGÜL, İhsan, Türk Hukukunda Gizli Dinleme ve görüntüleme Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, DÜSBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, YYLT, Diyarbakır, 1999, s. 4.

⁷⁰ “Özel hayat, hayatın herkesçe değil ve fakat yakınlarımız tarafından, örneğin ailemiz tarafından bilinen hayatımızdır. Kendimizden başka hiç kimsenin bilmediği veya bilemeyeceği hayata da hayatımızın gizli alanı demek mümkün olmalıdır” (ÖZTÜRK, Bahri, “Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı ve Hayatın Gizli Alanına ve Özel Hayata Karşı Suçlar”, MBD, S. 22, Temmuz 1987, s. 34).

⁷¹ ÖZTÜRK, Bahri, “Özel Hayatın Gizliliği ve Arama”, MBD, S. 41, Nisan 1992, s. 4.

⁷² ŞEN, Ersan, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Kazancı Yayınları, İstanbul 1996, s. 8.

⁷³ ÖZBUDUN, s. 267; “Özel hayatın gizliliği, hem insan hakları ve anayasal boyutu olan ya da devlet birey ilişkilerini ilgilendiren bir konu, hem de özel ilişkiler çerçevesinde gündeme gelebilecek bir konudur” (KUKUL, Metin, Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Korunması, MÜSBE Kamu Hukuku Bilim Dalı, YYLT, İstanbul 2006, s. 18).

⁷⁴ UYGUN, Oktay, “Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi”, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg20/uygun.pdf>, s. 13, E.T. 10.11.2008.

⁷⁵ “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

Özel hayatın gizliliği ile ilgili verilen tanımların ortak noktalarını dikkate aldığımızda, özel hayatın gizliliği kavramıyla ilgili olarak şöyle bir tanım yapmak mümkündür: Bireyin yaşadığı hayatı boyunca kendisine ait özel şifreli (kilitli) kasasında bulunmasını istediği ve kendi tasarrufuyla gün yüzüne çıkaracağı, istemediği hiç kimseyle paylaşılmayacak yaşam kesitlerinin oluşturduğu hayat alanıdır.

Bu nedenle, şahısların özel hayatlarının, diktatörlük ve komünist devletlerde ihlal edildiği ve korumasız olduğu için mahremiyetlerinin hiç hükmünde olduğu ileri sürülmüştür⁷⁶.

1.3.1.2.1. 1961 Anayasasında özel hayatın gizliliği

1961 Anayasası özel hayatın gizliliğini güvence altına almış ve dokunulmaz olduğunu belirtmiştir.

Anayasada “Özel Hayatın Korunması” üst başlığı altında “Özel Hayatın Gizliliği”, “Konut Dokunulmazlığı”, ve “Haberleşme Hürriyeti” alt başlıklarıyla düzenleme yapılmıştır;

“Özel hayatın gizliliğine dokunulamaz. Adlî kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır.

Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz”.

Bu madde açısından özel hayatın gizliliği hem fertler arasında hem de fert ile devlet arasında söz konusu olabilecektir⁷⁷.

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu 28.9.1965 tarihli bir kararda özel hayatın gizliliğini “kişi hürriyetinin bir devamı” olarak nitelendirmiştir⁷⁸.

sözleşmelerde korunması istenilmiş, ayrıca tüm demokratik ülke mevzuatında açıkça belirlenen istisnalar dışında bu hak devlet organlarına, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuş tur. insanın mutluluğu için büyük önemi olan özel hayata saygı gösterilmesi hakkı onun kişiliği için temel bir hak olup yeteri kadar korunmadığı takdirde kişilerin ve dolayısıyla toplumun kendini huzurlu hissedip güven içinde yaşaması mümkün değildir. Bu nedenlerle söz konusu gizliliği çeşitli biçimde ihlal eylemleri suç sayılarak ceza yaptırımlarına bağlanmıştır” (AYM. 31.3.1987 tarihli ve E. 1986/24 K. 1987/8, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/kararlar/IPTALITIRAZ/K1987>, E.T. 21.11.2008.

⁷⁶ ARMAĞAN, s. 19.

⁷⁷ ALDIKAÇTI, s. 194.

1.3.1.2.2. 1982 Anayasasında özel hayatın gizliliği

Küreselleşen dünyanın bir parçası olan ülkelerde iletişim araçları da hızla gelişmekte ve özel hayatın gizliliği bu gelişmelerden olumsuz olarak etkilenmektedir⁷⁹. Özel hayatın gizliliği kurumu, 1982 Anayasasında, “Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması” üst başlığı, “Özel Hayatın Gizliliği” adıyla yasal koruma altına alınmıştır. Şöyle ki;

“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Millî 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 hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar”.

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu 20.03.2008 tarihli kararında özel hayatın gizliliğinin idareye karşı korunmasını “resmi makamların özel hayata müdahale edememesi” ve özel hayatın gizliliği temel hakkının ancak kanunla ve kanunun getirdiği sınırlar içerisinde sınırlanabileceğini belirtmiştir⁸⁰.

⁷⁸ “Özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı da kişinin temel haklarından. Anayasa Komisyonu raporunda denildiği üzere, bu gizlilik ve dokunulmazlık, kişi hürriyetinin bir devamıdır. Taşındıkları bu önem dolayısıyla, Anayasa, bunları da yukarı ki madelerde korumuş ve ancak usulü dairesinde verilmiş hâkim kararı ile ihlâl edilebileceklerini öngörmüştür. Prensip bu olmakla birlikte 15 inci maddede (Kamu düzeninin gerektirdiği) 16 ncı maddede ise (Millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan) hallerde yetkili kılınan merciin emri ile özel hayatın gizliliğine ve konuta dokunulmasına cevaz verilmiştir. Her iki maddeden anlaşıldığı üzere ancak, fıkralarında yazılı şartlar varsa, bu konularda hâkimden gayri merci emir verebilecektir” (AYM, 20.03.2008 Tarihli E.2006/167 K.2008/86 <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/kararlar>, E.T. 22.11.2008).

⁷⁹ UYGUN, s. 13.

⁸⁰ “Anayasa’nın 20. maddesinde herkesin özel hayatına ve aile yaşayışına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu; 25. maddesinde de herkesin düşünce ve kanaat özgürlüğüne sahip olduğu, her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimsenin düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı hüküm altına alınmıştır. 20. madde gerekçesinde, özel hayatın korunmasının her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, resmi makamların özel hayata müdahale edememesi anlamına geldiği belirtilmiştir. AİHM kararlarında da belirtildiği gibi, özel hayat bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olup devletin yetkili temsilcileri tarafından ilgililer hakkında rızası olmaksızın bilgi toplamasının her zaman söz konusu kişinin özel hayatını ilgilendireceği kuşkusuzdur. Anket

1.3.2. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde haberleşme hürriyeti

1.3.2.1. Genel olarak

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS'nin) 8. maddesinde özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı düzenlenmiş durumdadır.

Özel hayatın ve aile hayatının korunması başlıklı madde şu şekilde düzenlenmiştir;

“Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir”.

Bu maddede özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyeti iç içe geçmiş ve bu haliyle ifade edilmiştir.

Bireysel haberleşmenin aynı madde metnindeki özel hayatın bir görünümü olduğu anlaşılmaktadır⁸¹.

Kişinin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı, iletişiminin kesintiye uğramadan ve sansür uygulanmadan başkalarına ulaşması hakkıdır. Dolayısıyla, AİHS'nin 10'uncu maddesinde düzenlenen kitle haberleşme, 8'inci maddede düzenlenen bireysel haberleşmenin dışında değerlendirilecektir⁸².

formlarında yer alan bazı sorular özel yaşamın gizliliği ile düşünce ve kanaatin açıklanması sonucunu doğurabilir. Bir ülkede en güçlü veri tekeli idaredir. Bu gücün sınırlandırılması özel yaşamın ve düşünce ve kanaat özgürlüğünün korunması bakımından önemlidir. Anayasa'nın 20. ve 25. maddelerinde yer alan güvencelere rağmen itiraza konu 8. madde hükmüyle kişiler, bilgi toplama, saklama, işleme ve değiştirme tekeli olan idareye ve diğer kişilere karşı korumasız bırakılmış, veri toplamanın sınırlarına yasal düzenlemede yer verilmemiştir” (AYM. 28.9.1965 tarihli E. 1963/100 K. 1965/48. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/kararlar>, E.T. 23.11.2008).

⁸¹ “Belirtmek gerekir ki, bireysel haberleşme aynı maddede yer alan ve çok daha geniş bir alanı kapsayan “özel hayatın” özel bir yönünü teşkil eder” (GÖZÜBÜYÜK, Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, B. 6, Ankara 2005, P.590, s. 341).

⁸² ÖZDEMİR, Kenan, “Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, Haberleşme Başlığı, http://www.yayin.adalet.gov.tr/23_sayi%20i%C3%A7erik/Kenan%20%C3%96ZDEM%C4%B0R.htm, E.T. 23.11.2008.

Bu maddeye göre muhaberat kavramı her çeşit yazılı ve sözlü ileti, gönderiyi içine almaktadır⁸³. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Klass ve Diğerleri-Almanya davasında, Sözleşmenin 8. maddesinde telefon kavramı açıkça belirtilmiş olmamasına rağmen özel yaşam ve haberleşme kavramlarının bu tür konuşmaları da içine aldığını kabul etmiştir⁸⁴.

Muhaberat (correspondance), yazışma, mektuplaşma anlamına gelmesine rağmen bu kelimenin anlamı geniş tutulmuş ve telefon, telgraf, telsiz gibi anlamları da içerdiği kabul edilmiştir⁸⁵.

Sözleşme, haberleşme hürriyetinin kanunla korunması gerektiğini ve bunun ise yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir⁸⁶.

AİHM, vermiş olduğu bazı kararlarda, mektupların denetimi ve telefon ile benzeri haberleşmenin resmi makamlar tarafından denetlenmesi ve kayda alınması hususunda meşru amaçlarla yapılsa dahi, keyfi uygulamaları bertaraf edecek yasal düzenlemelerin yapılmasını şart koşmuş ve buna aykırı bulduğu durumlarda davalıyı cezalandırmıştır⁸⁷.

Haberleşme hürriyeti, AİHS'in 8. maddesinde belirtilmiş olan sınırlama gerekçeleriyle kısıtlanabilir. Zaten, Klas ve Diğerleri- Almanya kararında telefonların gizli dinlemeye alınmasının kamu düzeni, ulusal güvenlik ve suçların önlenmesi dayanağı ile sınırlanabileceğini belirtmiştir⁸⁸. Ancak mahkeme bunun kötüye kullanılmaması gerektiğini Kruslin v. Fransa kararında vurgulamıştır. İletişimin

⁸³ TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M.Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 293.

⁸⁴ DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları I, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, s. 257.

⁸⁵ "Muhaberat (correspondance), kelime anlamı olarak mektuplaşmayı ifade etse de sözleşme organları bu kelimeye yazışmadan daha geniş bir anlam vermişler, bu kavrama özel nitelikteki haberleşme araçlarıyla yapılan iletişimi de dahil etmişlerdir (telefon, telgraf, telsiz gibi). Maddenin birinci fıkrası söz konusu haklara saygı gösterilmesini emretmekte, bireyi hak sahibi kılmakta, devlet organlarının keyfi müdahalelerine karşı bu alanları korumaktadır" (KARDAŞ, Ümit, "Avrupa Hukuku Açısından Telefon Dinlemenin Analizi", <http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=699322>, E.T. 30.11.2008).

⁸⁶ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 293.

⁸⁷ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, P. 594, s. 342.

⁸⁸ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 293.

denetlenmesi için gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasını ve yasal düzenleme olmadan yapılan denetlemelerin hukuka aykırı olacağını kabul etmiştir⁸⁹.

AIHM, 8. madde ile ilgili olarak önüne gelen olaylarda tutarlı içtihatlar oluşturmak için 8. maddenin 2. fıkrasına göre şöyle bir yöntem uygulamıştır;

1. Müdahalenin varlığı,
2. Müdahalenin hukuka dayalı olması,
3. Müdahalenin amacı,
4. Müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği⁹⁰.

Özellikle 8. maddenin 2. fıkrasında, 1. fıkrada sayılan haklara müdahale için ancak, ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi ve başkalarının temel hak ve özgürlüklerinin korunması için başvurulabilecektir. Ayrıca müdahalenin orantılı olması gerekmektedir.

1.3.2.2. AIHM içtihatlarında iletişimin denetlenmesinin sınırları

1.3.2.2.1. Müdahalenin varlığı

Üzerinde durulması gereken öncelikli mesele, olaya göre bir müdahalenin varlığı ve bunun AIHS'nin 8. maddesinin 1. fıkrasına göre güvence altına alınmış olan hakların kullanılmasına bir müdahale teşkil edip etmediği, eğer teşkil ediyorsa, bunun hangi bakımlardan müdahale olduğudur. İlgili madde bağlamında bir müdahalenin varlığı ön şart olarak değerlendirilebilir.

Mahkeme kararlarında şunlar müdahale olarak kabul edilmiştir:

- Çocukları ebeveynlerinden almak ve devletin bakımına vermek,
- Tutukluların haberleşmesini durdurmak,
- Bir kişinin evinde arama yapmak,

⁸⁹ “Bu kararda: Fransız Ceza Yargılaması Kanunu’nda yer alan “her türlü delili elde etme” yetkisi çerçevesinde soruşturma hakimi suç zanlısı bir şahsın telefonunun dinlenmesine karar vermiştir. Ancak, dinlenen telefondan, o sırada misafir olarak evde kalan Kruslin’in konuşmaları da dinlenmiş ve Kruslin’in bir başka şahısla yaptığı konuşmalardan, telefonun dinlenmesine dayanak olan suçtan bambaşka bir suça ilişkin delillere ulaşılmıştır. Bu kayıtlara dayanarak Kruslin göz altına alınmış, daha sonra yargılanmış ve mahkum olmuştur. Yargılamanın hiçbir aşamasında suçlamaları kabul etmeyen Kruslin AIHM’ne başvurmuş ve Mahkeme Fransa’yı mahkum etmiştir. Fakat, Fransa’nın mahkum olmasının nedeni, Fransız hukukunda telefon dinleme tedbirinin dayanağını oluşturan yasal çerçevenin, keyfiliği önleyecek nitelikten yoksun olmasıdır” (ERGÜL, Ozan, “Yargıdan Telefon Dinlemeye Yeni Bir Karar”, s. 2, www.yasayanayasa.ankara.edu.tr, E.T. 30.11.2008).

⁹⁰ DOĞRU, Klas Davası, Parg.41-42-43-44-45-46-47, s. 257-258-259.

- Gizli bir polis dosyasında bilgi toplamak ve saklamak⁹¹.

Bir müdahalenin var olduğunu ispatlamak davacıya ait olmakla birlikte, davacının müdahaleyi kesin olarak kanıtlayamadığı durumlarda, müdahalenin gerçekleşmiş olması ihtimalini gösterebilmesi yeterli görülecektir⁹².

1.3.2.2.2. Müdahalenin hukuka uygun olması

Müdahalenin taraf devletin hukuk kurallarına uygun olması gerekir. Müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için, AİHS'nin 8. maddesi kapsamında yasa ile öngörülme şartı gerçekleşmiş olmalıdır⁹³. Mahkemeye göre “yasayla öngörülmüş” ifadesi başlıca iki şartı içerir: Birinci şart, yasa yeterli derecede erişilebilir olmak zorundadır; yani bir davada uygulanabilecek kurallar konusunda bireylerin yeteri kadar fikir sahibi olması gerekir. İkinci şart ise, bir norm bireyin davranışlarını düzenlemesini sağlayacak şekilde kesin kıstaslarla ifade edilmelidir. Birey, yaptığı/yapacağı bir eylemin sonuçlarının neler olabileceğini mevcut şartlarda makul surette öngörebilme imkanına sahip olmalı ve bunu tahmin edebilmelidir⁹⁴.

⁹¹ KİL KELLY, Ursula, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı gösterilmesi Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz İnsan Hakları El Kitapları, No. 1, s. 22. <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm> E.T. 01.12.2008.

⁹² “Örneğin *Campbell-Birleşik Krallık* davasında hükümet, başvuruda bulunan tutuklu herhangi bir mektubunun açılmış olduğunu gösteremediğinden, haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına müdahale edildiği iddiasını kanıtlayamadığı görüşünü ileri sürmüştür. Ancak özellikle davacı ve avukatının dikkati çekildiği üzere, mevcut cezaevi uygulaması mektupların açılmasına ve okunmasına izin verdiği için Mahkeme, Sözleşme kapsamında bir müdahale olduğu sonucunu ulaşmıştır. Bu tür durumlarda davacı, 8. Madde kapsamında haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına müdahale edildiği için mağdur durumda olduğunu iddia edebilir. Böylece davacının müdahaleyi oluşturan maddi hasarın kesinliğini kanıtlayamadığı durumlarda, söz konusu müdahalenin gerçekleşmiş olma olasılığını gösterebilmesi yeterli olacaktır” (KİL KELLY, s. 22).

⁹³ “Yasa ile öngörülme şartı;

- Tedbirin iç hukuk düzeninde yasal bir dayanağa sahip olmasını,
- İlgililer tarafından söz konusu yasaya ulaşılabilir olmasını,
- İlgililerin, yasanın etkilerini öngörebilmelerini ve ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir hareketinin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde tahmin etmelerini,
- Yasanın, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşır olmasını, bu anlamda yasal düzenlemenin yeterince kesin ve kamu otoritesinin keyfi uygulamalarından uzak olmasını gerekli kılmaktadır” (ŞEN, Türk Hukuku, s. 34).

⁹⁴ DUTERTRE, Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar, İnsan Hakları Genel Direktörü Avrupa Konseyi 2005, s. 341. http://www.coe.int/t/e/human_rights/awareness/7._special_projects/key_case_law_extracts_turkish.pdf E.T. 02.12.2008.

AIHM, mutlak içtihadı ile müdahale için kanuni düzenleme yapılması ve bunun kanuna dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmektedir⁹⁵.

Nitekim Avusturya'ya karşı Herczegfalvy kararında, haberleşmeye müdahale için ulusal hukuk içinde bir düzenleme bulunması, bu düzenlemeye ilgilinin ulaşabilme imkanının varlığı ve müdahalenin sonuçlarının da önceden bilinebilecek şekilde gösterilmiş olması gerektiği belirtilmiştir⁹⁶.

1.3.2.2.3. Müdahalenin amacı

Müdahalenin AIHS çerçevesinde meşru bir amacının olup olmadığına bakılacaktır. Müdahale sözleşmeye tamamıyla uygun bir amacı gerçekleştirmeye yönelik olmalıdır. Müdahalenin amacının açıklanması iddiaya cevap veren ülkeye ait olacaktır.

Bu amaç AIHS'ın 8. maddesi çerçevesinde ulusal güvenliği korumak, suçu ve düzensizliği önlemek olabilir, askeri birliklerin güvenliğini tehdit eden yakın tehlikede müdahalenin meşruluğu amacı açısından uygun görülmüştür⁹⁷.

Diğer yandan, sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasında meşru amaç olarak şöyle bir sıralama yapılmıştır;

- ulusal güvenlik,
- kamu güvenliği,
- ülkenin ekonomik refahı,
- dirlik ve düzenin korunması,
- suç işlenmesinin önlenmesi,
- sağlığın veya ahlakın korunması,
- başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır.

Mahkeme birçok davada, müdahale eden devletlerin uygun ve meşru bir amaçla hareket ettiklerini kabul edip, davacının itirazlarında bile meşru amaçları reddetmemektedir⁹⁸.

⁹⁵ DÖNMEZER, Sulhi, "Telefon Dinleme Tartışması", s. 2, <http://www.ntvmsnbC.com/news/81965.asp>, E.T. 02.12.2008.

⁹⁶ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 296.

⁹⁷ Klass davası 45. paragraf, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=30>, E.T. 03.12.2008.

⁹⁸ KILIÇ, Barış, "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", s. 3, <http://www.turkhukusitesi.com>, Hukuki İncelemeler Kütüphanesi.htm, E.T. 03.12.2008.

1.3.2.2.4. Müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği

AIHS'nin 8. maddesinin 1. fıkrasında korunan bir hakka müdahale söz konusu ise bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması gerekir, yani haklı bir toplumsal zorunluluk ve meşru amaç çerçevesinde orantı bulunmalıdır⁹⁹.

Bu maddenin son safhası, **müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli** olup olmadığının saptanmasıdır. Müdahale eden devletin nedenlerinin olması yeterli görülmeyip müdahalenin gerekli olması önem arz etmektedir. Mahkeme, gerekli olmanın anlamını, Handyside-Birleşik Krallık, davasında şöyle açıklamıştır: “Bu “vazgeçilmez” ile eşanlamalı değildir “kabul edilebilir”, “normal”, “yararlı”, “makul” veya “arzu edilen” ifadeleri kadar esnekliği de yoktur¹⁰⁰”.

Mahkeme, Olslun-İsveç kararında gereklilik ifadesini, müdahalenin acil bir sosyal ihtiyaca yanıt verdiğini ve ulaşılmak istenen meşru amaçla orantılı olduğunu ima etmiştir. Gereklilik ifadesinin aşırı sınırlı ya da genel yorumları, orantılılık politikası gereği mahkeme tarafından kabul edilmemiştir¹⁰¹.

Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması şartı, Malon-Birleşik Krallık davasında da dikkate alınmıştır¹⁰².

Demokratik toplumlar, özellikle terörle mücadele ederken, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinin 1. fıkrasında kişilere tanınan haklarla, yine, 8. maddesinin 2. fıkrasında devlete yüklenen zorunluluk arasında dengeyi gözetmek zorundadır¹⁰³.

⁹⁹ ERGÜL, Ergin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Yargı Yayınevi, Ankara 2004, 2. B. s. 225.

¹⁰⁰ KILIÇ, s. 3.

¹⁰¹ KILKELLY, s. 29.

¹⁰² “Büyük Britanyada ; “suçların artışı ve özellikle örgütlü suçun fazlalaşması, suçluların tecrübelerinde ve hareketlerindeki serbestlik ve hızdaki artış, telefon dinlemeyi ağır suçların soruşturulmasında ve önlenmesinde vazgeçilmez bir araç haline getirmiştir.” Ancak bu tür yetkilerin kullanılması, içerdiği gizlilikten ötürü, ferdi olaylarda potansiyel olarak kolay olan ve bir bütün olarak demokratik toplum için zararlı sonuçlar doğurabilen bir tür kötüye kullanma tehlikesini de taşımaktadır. Bu nedenle, yapılan bir müdahale ancak, benimsenmiş belirli bir gizli izleme sisteminin kötüye kullanmaya karşı yeterli güvenceler içermesi halinde, “demokratik bir toplumda gerekli” bir müdahale olarak görülebilir”, (Malon-Birleşik Krallık Davası, 81.parg. <http://ihami.anadolu.edu.tr/> E.T. 03.12.2008).

¹⁰³ YENİSEY, Feridun, “Uluslararası Terörizmle Mücadelede Suç Siyaseti İlkeleri”, s. 1, www.feridunyenisey.com.tr, E.T. 04.12.2008.

İKİNCİ BÖLÜM

2. MUKAYESELİ HUKUKTA TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

2.1. Genel Olarak

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, Avrupa’da uzun yıllardan beri uygulanmakta olan koruma tedbirlerinden biridir¹⁰⁴. Bu tedbir, Almanya’da 1968, Avusturya’da 1974, İsviçre’de 1979, Danimarka’da 1984, İngiltere’de 1985, İtalya’da 1988, Fransa’da 1991 yılından buyana yasal olarak kullanıla gelmiştir¹⁰⁵.

11 Eylül’de ABD’de meydana gelen terör olayından sonra Avrupa Birliği ve ABD, istihbarat alanında yeni düzenlemeler yapmaya başlamışlardır. ABD’de yürürlüğe giren bir kanun, elektronik dinleme yapma yetkisi tanımaktadır¹⁰⁶.

Birçok batılı ülkede iletişimin denetlenmesi, insanların anayasa ile güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerine yapılan bir müdahale olarak kabul edilmektedir¹⁰⁷.

Günümüz devletleri, iletişimin denetlenmesine yönelik kanunlar çıkarmakta ve kendilerini korumak için bunlara başvurumaktadırlar¹⁰⁸. Bununla birlikte Avrupa Birliği’ne üye ülkeler de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları çerçevesinde düzenlemeler yapmaktadırlar.

¹⁰⁴ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 629.

¹⁰⁵ ERDEM, M.Ruhan, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s. 100 vd.

¹⁰⁶ “İngiltere’de de 2000 yılında yürürlüğe giren iki ayrı kanun istihbarat amaçlı dinlemeler konusunu düzenlemiştir. Bu konudaki önemli düzenlemelerden biri de Avusturya’da yürürlüğe konulan Önleme Kolluğu Kanunudur. Almanya’da 26 Haziran 2001 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren Kanun, Alman Anayasasının 10’uncu maddesinde yer alan "haberleşme özgürlüğü" nün nasıl kısıtlanacağını ayrıntılı olarak düzenlemiştir” (TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Başkanlığı, "İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Kayda Alınması ve Haberleşme Özgürlüğünün İhlali İddialarının Araştırılması", s. 2, http://www.tbmm.gov.tr/komisyoninsanhakortakr_telekulak_pdf, E.T. 05.12.2008.).

¹⁰⁷ “Örneğin Almanya, Avusturya ve İsviçre’de haberleşmenin gizliliği doğrudan doğruya anayasa ile garanti altına alınmış iken; Fransa’da özel hayatın gizli alanının kapsamlı olarak korunmasını sağlayan kişisel özgürlük hakkı yazılı olamayan bir anayasal hak olarak kabul edilmektedir” (ERDEM, M. Ruhan/ÖZBEK, Veli Özer, “Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000, s. 259).

¹⁰⁸ TAŞKIN, Mustafa, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2008, s. 34.

Avrupa Parlamentosu hazırlamış olduğu raporla, devletlerin ulusal güvenliklerinin sağlanması amacı ile iletişimin denetlenmesinin kabul edilebileceğini belirtmiştir¹⁰⁹.

Farklı ülkelerin iletişimin denetlenmesi ile ilgili düzenlemelerine göre denetlemenin yapılacağı fiillerin tespit edilmesi için, suçun niteliğine bakılarak üç farklı uygulamadan bahsedilmektedir;

- a- Oluşturulan suç kataloğuna istinaden denetleme,
- b- İşlenen suça göre verilecek cezanın ağırlığına bakarak denetleme,
- c- Suçun ağırlığına göre denetleme¹¹⁰.

İletişimin denetlenmesi kararını verecek merci açısından kullanılan üç ayrı sistem olduğu söylenebilir;

- a- Adli Yetki Sistemi,
- b- İdari Yetki Sistemi,
- c- Karma Yetki Sistemi¹¹¹.

Karşılaştırmalı hukukta sadece telefon dinlemesi ile ilgili düzenlemeler yapılmamış, her türlü haberleşme için denetleme öngörülmüştür. Bu düzenlemeler sadece dinlemeyi değil, kaydetme ve elde edilenlerin değerlendirilmesini de kapsamaktadır¹¹².

2.2. Avrupa Birliği Konseyinin İletişimin Yasal Denetlenmesine İlişkin İlke Kararı

Avrupa Birliği Konseyi, 17 Ocak 1995 tarihinde Avrupa Birliği Sözleşmesini nazara alarak bu ilke kararını almıştır¹¹³.

¹⁰⁹ 5397 Sayılı Kanunun Genel Gerekçesi.

¹¹⁰ MAHMUTOĞLU, Fatih S., "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi", Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri-II, 23-28 Ekim 2007, EGM Yayın Kataloğu 444, Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayın No 43, Ankara 2008, s. 406.

¹¹¹ "İdari yetki sisteminde, denetleme kararını idari bir makam vermekte, adli sistemde ise bu yetki adliye mensuplarına geçmektedir. Karma yetki sistemi diye adlandırılan usulde ise kararı kural olarak hakim verir, ancak gecikmede tehlike olan hallerde bu konuda savcıda karar vermeye yetkilidir" (GÖKCEN, s. 195).

¹¹² ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖZBEK, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 8. B. Ankara 2004, s. 678.

¹¹³ TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Başkanlığı, "İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Kayda Alınması ve Haberleşme Özgürlüğünün İhlali İddialarının Araştırılması", s. 2, http://www.tbmm.gov.tr/komisyoninsanhakortakr_telekulak_pdf, s. 3.

Konsey bu ilke kararını kabul ederken iletişimin denetlenmesine ilişkin tedbirin insan haklarına saygı çerçevesinde, yasal sınırlar içerisinde ve kişisel verilerin korunması ilkesine göre yapılması gerektiğini vurgulayarak, tedbiri uygulayacak kurumun belirli olmasını istemiştir¹¹⁴.

İletişimin denetlenmesi tedbirini uygulayacak yetkili merci, bir telekomünikasyon sistemi üzerinden geçici veya daimi olarak gerçekleştirilen iletişimin tüm içeriğine girme yetkisine sahip olmak mecburiyetindedir. Servis sağlayıcıları veya ağ operatörleri, iletişimi denetlenen kişiyle ilgili arama bilgilerini yetkili mercilere göndermek zorundadır¹¹⁵.

İletişimin denetlenmesine ilişkin kararın gizli olarak uygulanması ve ilgilinin haberdar olmaması gerekir. Ayrıca iletişimin denetlenmesi işlemi, yetkili olmayan tüm kullanıcıların ulaşmasını ve kötüye kullanmasını önleyecek ve denetlemeyle ilgili veriler muhafaza edilecek şekilde yerine getirilmek zorundadır¹¹⁶.

2.3. Alman Hukuku

2.3.1. Genel olarak

Türk hukukunda iletişimin denetlenmesi olarak ifade edilen tedbir, Alman Hukukunda haberleşmenin denetlenmesi, “Überwachung des Fernmeldeverkehrs” olarak ifade edilmekle birlikte, bu kavram, karşılıklı konuşma şeklinde yapılan haberleşme, telli olarak yapılan haberleşme ve elektronik haberleşmeyi de içine almaktadır¹¹⁷.

Haberleşmenin gizliliği Alman Anayasası ile güvence altına alınmış olup, Alman Anayasası’nın 10. maddesi gereği, kişisel haberleşmeye ancak yasal bir

¹¹⁴ TAŞKIN, s. 35.

¹¹⁵ TAŞKIN, s. 36.

¹¹⁶ TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Başkanlığı, “İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Kayda Alınması ve Haberleşme Özgürlüğünün İhlali İddialarının Araştırılması”, s. 2, http://www.tbmm.gov.tr/komisyoninsanhakortakr_telekulak_pdf, E.T. 05.12.2008. s. 6.

¹¹⁷ YENİSEY, Feridun/ALTUNÇ, Sinan, “İletişimin Denetlenmesi Hakkında”, Ord.Prof.Dr. Sulhi DÖNMEZER Armağanı, C. II, Ankara 2008, s. 1305.

düzenleme ile müdahale edilebilir ve orantılılık ilkesi de dikkate alınarak kanuni şartlara riayet edilerek sınırlama yapılabilir¹¹⁸.

Almanya’da 13.08.1968 yılında yürürlüğe giren Mektup, Posta ve Haberleşmenin Gizliliğinin Sınırlandırılmasına Dair Kanun ile Alman Ceza Usul Kanununa haberleşmenin denetlenmesine ilişkin hükümler girmiştir¹¹⁹. Bu hükümler, Alman CMUK’unun 100a, 100b ve 101. maddelerinde düzenlenmiştir¹²⁰. Zamanın ihtiyaçlarına göre bu maddelerde çeşitli değişikliklere gidilmiştir¹²¹.

2.3.2. Tedbirin şartları

2.3.2.1. Maddi şartlar

2.3.2.1.1. Tedbirin uygulandığı suçlar

Alman CMUK 100a maddesinde, tedbirin uygulanacağı suçlar katalog halinde sayılmıştır¹²². Bu suçlar dışında işlenen suçlarda denetleme yapılamamaktadır.

Maddedeki katalogda;

1. Ceza Kanunu’ndan:

a) 80-82, 84-86, 87-89, 94-100a maddelerine göre barışa ihanet, vatana ihanet ve demokratik hukuk devletini tehlikeye düşürme suçları ile casusluk ve dış güvenliği tehlikeye düşürme suçları,

b) 108e maddesine göre milletvekiline rüşvet (verme- alma) suçu,

c) 109d-109h maddelerine göre ülkenin savunulmasına karşı işlenen suçlar,

d) 129-130 maddelerine göre kamu düzeni aleyhine işlenen suçlar,

e) 152. madde ile bağlantılı olarak da 146 ve 151’nci maddelere, ayrıca 152a maddesinin 3’üncü fıkrası ve 152b maddesinin 1-4. fıkralarına göre kalpazanlık ve evrakı nakdiye sahtekârlığı,

¹¹⁸ SÖZÜER, Adem, “Türkiyede ve Karşılaştırmalı Hukukta, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi”, İÜHFM, C. LV, S. 3, 1997, s. 88; ERDEM/ÖZBEK, s. 259; TAŞKIN, s. 39.

¹¹⁹ YURTCAN, s. 362.

¹²⁰ ERDEM, Gizli Soruşturma, s. 100.

¹²¹ YURTCAN, s. 362.

¹²² NUHOĞLU, Ayşe, “Adli Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi İle Teknik Araçlarla İzleme Tedbirine Konu Olan Suçlar”, Yargı Dünyası, S. 128, Ağustos 2006, s. 9.

f) 176a, 176b, 177. maddenin 2. fıkrası 2 numaralı bendi ve 179'ncü maddenin 5'nci fıkrası 2 numaralı bendi hallerindeki seksüel açıdan kendi kaderini kendi tayin (seksüel özgürlük) hakkı aleyhine işlenen suçlar,

g) 184. maddenin 1-3. fıkraları ile 184c maddesinin 3. fıkrasına göre çocuk ve genç pornografisi ile ilgili eserlerin (kitapların) dağıtılması, satın alınması ve zilyetliği,

h) 211 ve 212. maddelere göre nitelikli adam öldürme ve nitelsiz adam öldürme suçları,

i) 232-233a, 234, 234a, 239a ve 239b maddelerine göre kişisel özgürlük aleyhine işlenen suçlar,

j) 244'ncü maddenin 1. fıkrasının 2 numaralı bendine göre çete halinde hırsızlık ve 244a ve 244k maddelerine göre çete halinde ağır hırsızlık ve 249-255 maddelerine göre soygun (ölümle korkutarak adam soyma) suçları ve şantaj,

l) 260 ve 260a maddelerine göre ticari (amaçla) yatakılık, çete halinde yatakılık ve ticari (amaçla) çete halinde yatakılık,

m) 261'nci maddenin 1, 2 ve 4'ncü fıkralarına göre kara paranın aklanması ve hukuka aykırı (haksız) edinilen malların (varlıkların) gizlenmesi,

n) 263'ncü maddenin 3'ncü fıkrası 2'nci cümlesinde anılan koşullar altında ve 263'ncü maddenin 5'nci fıkrasındaki halde ve de her iki durumda da 263a maddesinin 2'nci fıkrasıyla bağlantılı olarak, dolandırıcılık ve bilgisayar dolandırıcılığı,

o) 264'ncü maddenin 2'nci fıkrasının 2'nci cümlesinde anılan koşullar altında ve 263'ncü maddenin 5'nci fıkrasıyla bağlantılı olarak 264'ncü maddenin 3'ncü fıkrasındaki halde, sübvansiyon (devletin parasal (veya mali) yardımı) dolanı,

p) 267'nci maddenin 3'ncü fıkrasının 2'nci cümlesinde anılan şartları altında ve 267 nci maddenin 4 ncü fıkrasındaki halde, her defasında da 268 inci maddenin 5 nci yahut 269 uncu maddenin 3 ncü fıkraları ile bağlantılı olarak ve de 275. Maddenin 2 ve 276. Maddenin 2. fıkralarına göre, (resmi) evrakta sahtecilik suçları,

q) 283a maddesinin 2nci cümlesinde anılan şartlar altında basit iflas,

r) 298'nci ve 300'üncü madenin 2'nci cümlesinde anılan şartlar altında 299'ncü maddeye göre rekabet aleyhine işlenen suçlar,

s) 306-306c maddeleri, 307'nci maddenin 1-3ncü fıkraları, 308'nci maddenin 1-3'ncü fıkraları, 309'ncü maddenin 1-4'üncü fıkraları, 310'ncü maddenin 1nci fıkrası, 313, 314, 315'nci maddenin 3'ncü fıkrası, 315b maddesinin 3'ncü fıkrası ve de 316a ve

316c maddelerindeki hallerde, halkı tehlikeye maruz bırakıcı (kamuya zarar verici, toplum için genel tehlike yaratan) suçlar,

t) 332 ve 334'ncü maddelere göre, rüşvetçilik ve (ağır) rüşvet suçları,

2. Vergi Kanunu'ndan:

a) 370'nci maddenin 3'ncü fıkrasının 2'nci cümlesi 5 numaralı bendende anılan şartlar altında vergi kaçakçılığı,

b) 373'üncü maddeye göre, ticari amaçla, zorla ve çete halinde Kaçakçılık,

c) 374'üncü maddenin 2'nci fıkrasındaki halde, vergi (kaçırmaya) yataklık etme,

3. Tıbbi İlaç Kanunu'ndan:

95'inci maddenin 3'üncü fıkrası 2'nci cümlesinin 2 numaralı bendinin b harfinde anılan şartlar altında, 95'inci maddenin 1'inci fıkrasının 2a numaralı bendine göre suçlar,

4. İltica Usul Kanunu'ndan:

a) 84'üncü maddenin 3'üncü fıkrasına göre, usulsüz iltica talebi verilmesi için dağıtım (dağılım, paylaşırma...),

b) 84a maddesine göre, usulsüz iltica talebi verilmesi için ticari amaçla ve çete halinde dağıtım (dağılım, paylaşırma...),

5. İkamet(gah) Kanunu'ndan:

a) 96'ıncı maddenin 2'nci fıkrasına göre, yabancılara kaçak olarak sınırdan geçirilmesi,

b) 97'nci maddeye göre, ölümle sonuçlanan kaçak olarak sınırdan geçirme ve ticari amaçla ve çete halinde kaçak olarak sınırdan geçirme,

6. Dış Ekonomi Kanunu'ndan:

34'üncü maddenin 1-6'nci fıkralarına göre suçlar,

7. Uyuşturucu Maddeler Kanunu'ndan:

a) 29'uncu maddenin 3'üncü fıkrasının 2'nci cümlesinin 1 numaralı bendine dayanan (atfedilen) bir hükmüne göre, orada anılan şartlar altında, suçlar,

b) 29a maddesine, 30'uncu maddenin 1'inci fıkrasının 1, 2 ve 4 numaralı bentlerine ve de 30a ve 30b maddelerine göre suçlar,

8. Hammadde (kimyasal anlamda Element) Denetim Kanunu'ndan:

19'uncu maddenin 3'üncü fıkrasının 2'nci cümlesinde anılan şartlar altında, 19'uncu maddenin 1'inci fıkrasına göre suçlar,

9. Savaş Silahlarının Kontrolü Hakkında Kanun'dan:

a) 21'inci madde ile bağlantılı olarak, 19'uncu maddenin 1-3'üncü fıkraları ve 20'nci maddenin 1 ve 2'nci fıkraları ile 20a maddesinin 1-3'üncü fıkralarına göre suçlar,

b) 22a maddesinin 1-3'üncü fıkralarına göre suçlar,

10. Devletler Ceza Kanunu'ndan:

a) Madde 6'ya göre soykırım,

b) Madde 7'ye göre insanlığa karşı işlenen suçlar,

c) 8-12'nci maddelere göre savaş suçları,

11. Silah Kanunu'ndan:

a) 51'inci maddenin 1-3'üncü fıkralarına göre suçlar,

b) 52'nci maddenin 1'inci fıkrasının 1 numaralı bendi ile 2'nci bendinin c ve d numaralı alt bentleri ve de (maddenin) 5 ve 6'ncı fıkralarında belirtilen suçlardır¹²³.

01.01.2008 tarihinde yürürlüğe giren Alman CMUK'unun 100a/1-2. maddesindeki düzenleme ile denetleme kararı verilebilmesi için katalog suçlarının belli ağırlıkta olması gerekmektedir¹²⁴.

İletişimin denetlemesi haberleşme hürriyetine önemli müdahaleler içerdiği için kanundaki düzenlemede sadece ağır ve önemli suçlar bakımından öngörülmüştür¹²⁵.

Görüldüğü gibi, sınırlı sayıda suçlar için tedbir uygulanmasına rağmen sayılan katalog yeterince kapsamlıdır.

2.3.2.1.2. Tedbirin uygulanacağı şahıslar

2.3.2.1.2.1. Kapsamı

Tedbirin uygulanacağı kişiler katalogda sayılan suçların failleri, haberleşmeye aracılık eden kişi ve sanığın kullandığı haberleşme aracının sahibinin iletişimi

¹²³ 2008 tarihli kanun değişikliği ile eski düzenleme de belirtilen suç katalogu genişletilmiştir.

¹²⁴ “Suçun katalog kapsamında bulunması yeterli olmayacak, somut olayda denetim kararı verilebilecek fiilin ağır olarak kabul edilebilecek bir suç olması da aranacaktır” (KAYMAZ, Seydi, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 133).

¹²⁵ YURTCAN, s. 362.

denetlenebilir¹²⁶. Alman CMUK 100a maddesinde şüpheli dışındaki kişiler içinde denetleme kararı verilebileceği düzenlenmiş ve Alman Anayasa Mahkemesi yaptığı inceleme sonunda bu düzenlemenin anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir¹²⁷.

Tedbire, işlenmiş olan bir suç nedeniyle sanığın yerinin tespiti amacı ile başvurulabilir. Bunun yanında, önleme amaçlı olarak da denetleme yapılabilmektedir¹²⁸.

Meslek sırrı sahipleri ile tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar açısından iletişimin denetlenip denetlenmeyeceği doğrudan düzenlenmemiştir. Ancak Alman CMUK'unun genel yasaklama ilkeleri nazara alınarak tanıklıktan çekinme hakkına sahip kimselerin iletişiminin denetlenemeyeceği kabul edilmekte olup, meslek sırrı sahipleri için de bu tedbirin uygulanmaması gerektiği vurgulanmıştır¹²⁹.

Müdafii ile sanık arasında yapılan görüşmelerin müdafinin üstlendiği sosyal nitelikteki kamu görevi nedeniyle denetlenemeyeceği kabul görmektedir. Ancak Alman Federal Mahkemesi 1971 yılında verdiği bir kararda, müdafinin suça iştirak ettiği şüphesinin olduğu durumlarda müdafii ile müvekkili arasındaki görüşmelerin denetlenebileceğini belirtmiştir¹³⁰. Bunun aksine, suç şüphesinin olması halinde dahi müdafinin görüşmelerinin dinlenemeyeceği ve ancak suça iştirak dolayısıyla yasaklanmış olursa iletişimlerinin denetlenebileceği kabul edilmektedir¹³¹. Dinleme yapılırken dinlenenin müdafii olduğu anlaşılırsa dinlemenin hemen sona erdirilmesi gerekir¹³².

¹²⁶ “Habere aracılık eden kişiler olarak arkadaş, akraba, kiraya veren, komşular ve sair kişiler düşünülebilir” (ERDEM/ÖZBEK, s. 269).

¹²⁷ “Telefon sahibinin, telefonunun şüpheli tarafından kullanılmakta olduğunu bilmesi zorunlu değildir. telefon dinleme kararının verilebilmesi için, üçüncü şahsın şüpheliyi teşhis etmiş olması da şart değildir” (KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 713).

¹²⁸ SÖZÜER, s. 89.

¹²⁹ VATAN, Zeki, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s. 42. Tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanların iletişimlerinin denetlenememesi tedbiri işlevsiz kılacağı gerekçesiyle kabul görmemektedir (Bkz. ERDEM/ÖZBEK, s. 271).

¹³⁰ ERDEM/ÖZBEK, s. 271; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 714; VATAN, s. 42.

¹³¹ ZAFER, Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, Beta Yayınları, İstanbul 1999, s. 206.

¹³² “Müdafii hakkında, onun suça iştirak etmiş olmasından şüphelenilse dahi sanıkla müdafii arasındaki görüşme dinlenemez ve eğer dinleme sırasında taraflardan birinin müdafii olduğu anlaşılırsa, dinlemeye devam edilemez. Ancak müdafii suça iştiraktan dolayı yasaklanmış ise, bu taktirde onun konuşması dinlenebilir” (ÜNVER, Yener, “Federal Almanya’da Terör ve Organize Suçluluk İle İlgili Düzenlemeler”, Nurullah KUNTER’e Armağan, İstanbul 1998, s. 403).

2.3.2.1.2.2. Suç şüphesinin yoğunluğu

Alman CMUK'nın 100a/2 maddesinde, iletişimin denetlenmesine karar verilebilmesi için, en azından somut olaylara dayalı bir şüphenin bulunması aranmaktadır. Bu şüphe, katalog suçların işlendiğini yada teşebbüs edildiğini veya bu suçların işlenmesine işlenen başka bir suç nedeniyle hazırlık içerisinde olduğunun somut olgularla desteklenmesini zorunlu kılmaktadır¹³³. Belirli olgular kavramından, kriminalistik tecrübelerle göre soyut beklentinin üzerinde olan olgular anlaşılır. Bunun için şüphenin somutlaşması aranırken, bu şüphenin belli bir yoğunlukta olması aranmamıştır¹³⁴. Alman doktrini, iletişimin denetlenmesi için, basit şüphenin yeterli olamayacağını ve hazırlık soruşturması başlatabilecek yoğunluktaki şüphenin de bunu sağlamada zayıf kalacağını ileri sürmüştür¹³⁵. Ayrıca doktrin, şüphe ve belirti ayırımı yaparak denetleme için kuvvetli belirti bulunması gerektiğini savunmuştur¹³⁶. İletişimin denetlenmesi için tutuklamada aranan şüphe aranmamakta ve kamu davası açılması sonucunda mahkûmiyetin beraatten daha ağır olduğu yeterli şüpheden de hafif bir suç şüphesi aranmaktadır¹³⁷.

2.3.2.1.2.3. Tedbirin tali niteliği

İletişimin denetlenmesine ancak katalog suçlarla sınırlı olarak başvurulmaktadır. Alman CMUK 100a maddesinde sayılan suçların delillerinin başka surette elde edilemediği durumlarda, dinleme ya da banda kaydetme yoluyla delillerin tespitine çalışılabilir ve ancak bu şartla tedbire başvurulabilir¹³⁸. Tedbire başvurulmadan maddi olayın öğrenilmesi veya şüphelinin yerinin tespiti imkansız görünüyorsa ya da önemli derecede zorlaşacaksa ancak bu halde iletişimin denetlenmesine başvurulabilir¹³⁹. Bu ikincil uygulama Alman doktrininde dinlemenin tali niteliği olarak ifade edilmiştir¹⁴⁰. Mahkemenin denetleme kararı verebilmesi için, denetlemenin son

¹³³ SÖZÜER, s. 89.

¹³⁴ ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 712.

¹³⁵ YURTCAN, s. 363.

¹³⁶ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 717.

¹³⁷ ERDEM/ÖZBEK, s. 277.

¹³⁸ ZAFER, s. 205.

¹³⁹ YENİSEY/ALTUNÇ, s. 1309.

¹⁴⁰ YURTCAN, s. 363.

çare olduğunun ispatlanması zorunludur¹⁴¹. Orantılılık ilkesinin bir sonucu olan bu düzenleme suretiyle, tedbirin istenilen delillerin elde edilmesine elverişli olması gerektiği vurgulanmıştır¹⁴².

Kanun koyucu tedbirin tali niteliğini kanunda açıkça ifade ettiğinden, her olayın kendi özellikleri içerisinde değerlendirilmesi ve buna münhasıran uygulama yapılması gerektiği anlaşılmaktadır¹⁴³.

2.3.2.2. Şekli şartlar

2.3.2.2.1. Yetki

Bu tedbire karar verme yetkisi hakime aittir (Alman CMUK m.100b). Denetlemeye herhangi bir Alman mahkemesindeki hakim karar verebilmektedir¹⁴⁴. Karar verecek olan hakim, hazırlık soruşturmasında sulh hakimi, son soruşturmada ise olaya bakan mahkemenin hakimidir¹⁴⁵. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, denetlemeye savcı da karar verebilir. Fakat savcının kararı 3 gün içinde hakim tarafından onaylanmalıdır. Eğer onaylanmazsa, karar hükümsüz olacak ve geçerliliği kalmayacaktır¹⁴⁶. Bu tedbire başvurmada yazılı şekil şartı aranmakta olup, tedbirin türü, kime uygulanacağı, kişi ya da kişilerin isim ve adreslerinin ve denetleme süresinin başvuruda belirtilmesi gerekir (m.100b)¹⁴⁷.

2.3.2.2.2. Tedbirin uygulanması

İletişimin denetlenmesine karar verildiği zaman, kararda, tedbirin şekli, kapsamı ve süresi gösterilmek zorundadır. Alman CMUK 100b/2 maddesinde, bu

¹⁴¹ ÖZDOĞAN, Ali, "Alman ve Fransız Teknik Dinleme Mevzuatları", EGM. Polis Dergisi, Y. 8, S. 32, Temmuz-Ağustos-Eylül 2002, s. 14.

¹⁴² ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 715.

¹⁴³ YUTRCAN, s. 363.

¹⁴⁴ ÖZDOĞAN, s. 14.

¹⁴⁵ ERDEM/ÖZBEK, s. 284.

¹⁴⁶ İÇEL, Kayıhan/YENİSEY, Feridun, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, Beta Yayınları, 3. B. İstanbul 1990, s. 249.

¹⁴⁷ TAŞKIN, s. 40.

tedbire en çok 3 ay için karar verilebilir. Şartların varlığı ve zorunlu kılması durumunda bu süre her seferinde 3 aydan fazla olmaması şartıyla uzatılabilir¹⁴⁸.

İletişimin denetlenmesi kararı savcılık ve yardımcı kolluğu tarafından yerine getirilip, uygulanacaktır¹⁴⁹. Bu uygulama, ilgili haberleşme kuruluşunun savcı veya yardımcılara haberleşmeyi denetleyebilmeleri için gerekli imkanları sağlanması sonucu nihayete erecektir¹⁵⁰. Alman Federal Posta İdaresinin, karar gereği, hakim, savcılığın ve savcılığın yardımcı memurlarının telefonla yapılan konuşmaları dinlemelerini ve uzağa iletilen yazışmaları birlikte okumalarını sağlamak zorunluluğu vardır¹⁵¹. Almanya’da genellikle telefon ve diğer haberleşme araçları doğrudan dinlemeye alınmamakta, otomatik olarak kaydedilmekte ve daha sonra gerektiğinde tutanağa geçirilip kullanılmakta, bu durum ise orantılılık ilkesine aykırı sonuçlar doğurmaktadır¹⁵².

Almanya’da haberleşme hizmeti sunan kuruluşların kendinde kalan haberleşmenin zamanı, süresi ve konuşulan numaralar gibi bilgiler, Alman Telekomünikasyon Kanununun 12. maddesi uyarınca Alman Ceza Usul Yasasındaki kurallara tabi olmadan istenebilecektir¹⁵³.

2.3.3. Tedbirin hukuki sonuçları

2.3.3.1. Genel olarak

Hukuka aykırı olarak yapılan konuşma kayıtları ve elde edilen deliller duruşmada kullanılamamakla beraber, bu dinlemeye katılan kişilerin duruşmada dinlenmesi ve bunlara soru sorularak alınan cevapların da delil olarak kullanılması hukuka aykırıdır¹⁵⁴. Kural olarak denetleme sonucunda elde edilen bulgular, tedbir, kanunda çizilmiş olan sınırlar içerisinde yapılmışsa delil olarak kabul edilecektir. Ancak

¹⁴⁸ YURTCAN, s. 364.

¹⁴⁹ ÜNVER, s. 446.

¹⁵⁰ SÖZÜER, s. 90.

¹⁵¹ ÜNVER, s. 446.

¹⁵² ERDEM/ÖZBEK, s. 286.

¹⁵³ SÖZÜER, s. 89.

¹⁵⁴ Alman doktrini tarafından bu görüş benimsenmiştir. Bkz. YENİSEY/ALTUNÇ, s. 1313.

bu kayıtların ne şekilde davaya dahil edileceği konusunda Alman CMUK'un da açık bir düzenleme yoktur¹⁵⁵.

Alman doktrinde, ses ve görüntü kayıtları kolay değiştirilebildiği ve üzerinde oynanabildiği için, belge delili olarak kabul görmemekte, ancak keşif konusu objeler olarak kabul edilmektedir¹⁵⁶. Eğer bu kayıtlar yazıya dökülmüşse uygulamada belge delili olarak değerlendirilebilecektir¹⁵⁷. Bunun yanında, tedbiri uygulayan memur da mahkemede tanık olarak dinlenebilir¹⁵⁸. Alman Federal Mahkemesi ve Alman Anayasa Mahkemesi, özel hayata müdahale teşkil etmemesi şartı ile gizli bant kayıtlarını delil olarak kabul etmektedir. Bunun tek istisnası, toplumun yüksek çıkarlarının haklı göstermesi halinde elde edilen kayıtların kullanılması durumudur¹⁵⁹.

Alman hukuk usulünde de, ses kulakça duyulup, bandın dışarıdan sağlam olduğu da dokunularak ve görerek anlaşılabildiğinden, ses kayıtları, keşif konusu olarak nitelendirilmektedirler¹⁶⁰.

Alman hukukunda haberleşen taraflardan birinin rızasının olduğu durumlarda dinlemenin yapılıp yapılamayacağı tartışma konusudur. Alman Yargıtay'ı, 1993 yılında verdiği bir kararda, polis memurunun hazırlık soruşturması sırasında, konuşmaya katılan taraflardan birinin rızası ile dinleme yapmasını, haberleşmenin gizliliğinin devlete kaşı korunduğu ve kişiler arasında bu gizliliğin söz konusu olmadığı gerekçesiyle hukuka uygun bulmuştur¹⁶¹.

Bir kimseye ilişkin, katalog suçların aydınlatılmasında kullanılan bilgilerden, başka ceza davalarında sınırlı olarak faydalanılabilir (Alman CMUK m.100b)¹⁶².

¹⁵⁵ SÖZÜER, s. 91.

¹⁵⁶ ÖZTÜRK, Bahri, "Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Ceza Muhakemesi Hukukundaki Değeri", Prof. Dr. Seyfullah EDİS'e Armağan, DEÜY, İzmir 2000, s. 229.

¹⁵⁷ TAŞKIN, s. 40.

¹⁵⁸ ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 674.

¹⁵⁹ "Örnek olarak telefonda bir kişinin çocuğunun kaçırılacağı konusunda şantaj yapılması halinde bu konuşma kaydedilmişse, bandın değerlendirileceği ifade edilmektedir" (GÜRAKAR, Z. Özlem, "Ses ve Görüntü Kayıtlarının Delil Değeri", Prof. Dr. Çetin ÖZEK Armağanı, İstanbul 2004, s. 447).

¹⁶⁰ PLEYER, Klemens (Tercüme Eden, KURU, Baki), "Alman Hukuk Usulünde Ses Alma Cihazları ile Tesbit Edilen Seslerin İspat Vasıtası Olarak Kullanılması", AÜHFD, C. 16, S. 1-4, 1959, s. 323.

¹⁶¹ Bu karar, özel haberleşmenin kolayca ihlal edilmesine dayanak olacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. SÖZÜER, s. 91.

¹⁶² ÜNVER, s. 446.

Önleme amaçlı yapılan dinlemeler sırasında ele geçirilen delillerin yargılamada kullanılabilmesi tartışmalıdır. Alman Yargıtayı, verdiği bir kararda önleme amaçlı olarak yapılan dinlemeden elde edilen delillerin kullanılabileceğini kabul etmiştir¹⁶³.

2.3.3.2. Tesadüfen elde edilen deliller

Alman CMUK'unun 100. maddesi, hukuka uygun bir şekilde yapılan arama sonucunda elde edilen başka suçla ilgili delillere el konulabilmesini öngörmektedir. Bu husus iletişimin denetlenmesi tedbirine tabii olan suçlar için geçerlidir ve bunun kıyasla genişletilmemesi gerekir¹⁶⁴.

Alman CMUK'unun 100a maddesinde sayılan bir suça ilişkin olarak iletişim denetlendiğinde, elde edilen deliller o suç haricinde yine katalogda sayılan suçlardan biri ile ilgili ise bu deliller yargılamada kullanılabilecektir¹⁶⁵. Eğer katalogda sayılan suçlar dışında başka bir suçla alakalı delil elde edilirse bu deliller yasallık ilkesine aykırı olduğu için mahkemede kullanılamazlar¹⁶⁶.

Hukuka aykırı olarak elde edilen tesadüfi bilgiler delil olarak kullanılamamasına rağmen Alman Hukuku bunların şüphe sebebi olarak hazırlık soruşturmasında kullanılabilir olduğunu benimsemiştir¹⁶⁷.

Hukuka aykırı tesadüfi deliller yargılamada kullanılmamaktadır. Aynı zamanda bu delillere dayanılarak hukuka uygun bir şekilde yeni delil elde edildiğinde, bu yeni delilin hukuka aykırı delil üzerine inşa edildiği ve delilin uzak etkisi gereği yargılamada kullanılamayacağı Alman Hukukunda benimsenmiştir¹⁶⁸.

2.3.4. Tedbirin sona ermesi

Tedbir, süresinin sona ermesi halinde son bulur. Ayrıca 100a maddesinde tanımlanmış olan koşulların var olmaması durumunda, hakimin kararına dayanan tedbir

¹⁶³ VATAN, s. 45.

¹⁶⁴ YENİSEY/ALTUNÇ, s. 1312.

¹⁶⁵ "Alman doktrinde bu konu "rastlantıya dayanan buluntular" başlığı altında düzenlenmektedir" (YURTCAN, s. 365).

¹⁶⁶ SÖZÜER, s. 92.

¹⁶⁷ YENİSEY/ALTUNÇ, s. 1313.

¹⁶⁸ YURTCAN, s. 365.

gecikme olmadan süratle sonlandırılmalıdır. Bu durum hakime ve Federal Posta İdaresine iletilmelidir¹⁶⁹.

Tedbire son verilmesi halinde ilgisine ve haberleşme hizmeti veren şebekenin sahibine haber verme yükümlülüğü Alman Ceza Usul Kanununda açıkça düzenlenmiştir. Bunun yanında temel hakları tedbirden etkilenen c kişiler bakımından da haber verme yükümlüğünün olduğu Alman doktrininde baskın olarak kabul grmektedir¹⁷⁰.

Haber verme yükümlülüğü soruşturmanın tehlikeye düşmemesi ve tedbirin sonuşsuz kalmaması için uygulama sonrasına ertelenebilmekte ve böylelikle tedbire ilişkin hukuki başvuru olanağı kişiye verilmektedir (Alman CMUK m.101/1). Tedbir sonucu elde edilen kayıtlar dava dosyasına konulmakta ve müdafinin bunları inceleyebilmesi saėlanmaktadır¹⁷¹.

Almanya’da Alman vatandaşlarıyla ilgili tedbirler, beş kişilik bir parlamenter heyeti tarafından denetlenir. Yabancılar açısından da Federal Parlamento denetim yetkisine sahiptir¹⁷².

İletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen veriler bir dava için artık gerekli olmadıkları hallerde savcının gözetimi altında imha edilmelidirler. İmha işlemi sonucunda bir tutanak düzenlenmesi gereklidir (Alman CMUK, m.100b/son)¹⁷³. İmha için eldeki verilerin delil olma nitelik ve değerine sahip olmadıklarının öncelikle savcılık tarafından tespit edilmesi zorunludur¹⁷⁴.

2.4. Fransız Hukuku

2.4.1. Genel olarak

Fransız Anayasası’nda haberleşmenin gizliliğinin korunmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamakta, ancak özel hayatın gizliliğinin kapsamlı korunmasını sağlayan kişisel özgürlük hakkı yazılı olmayan anayasal bir hak niteliğinde

¹⁶⁹ ÜNVER, s. 446.

¹⁷⁰ ERDEM/ÖZBEK, s. 288.

¹⁷¹ SÖZÜER, s. 90.

¹⁷² ZDOğAN, s. 14.

¹⁷³ ÜNVER, s. 446.

¹⁷⁴ YURTCAN, s. 366.

benimsenmektedir¹⁷⁵. Fransız Anayasa Mahkemesi 1994 yılında verdiği bir kararda, haberleşmenin gizliliğinin korunmasının Anayasada dolaylı olarak korunmaya alınan ve tanınan bir hak olduğu ifade edilmiştir. Ancak 1978 yılında çıkarılan veri güvenliği yasası devlet tarafından tutulan kişisel bilgilerin korunmasına güvenceler öngörmüştür¹⁷⁶.

Fransa’da iletişimin denetlenmesiyle ilgili yasal düzenleme uzun süre olmadığı için Fransız Yargıtay’ı boşluğu dolduracak ayrıntılı içtihatlarla bulunmuştur. Ancak AİHM, Yargıtay içtihatları ile iletişimin denetlenmesine ilişkin kararların alınamayacağı ve mutlaka yasal düzenleme yapılması gerektiğini belirtip, bu gerekçeyle Fransa’yı, mahkûm etmiştir¹⁷⁷. Kruslin kararında AİHM, Fransız mevzuatının öngörülebilir olmadığını ve keyfiliği önleyici niteliğe sahip bulunmadığını belirtip Fransa’nın mahkûmiyetine karar vermiştir¹⁷⁸.

Fransız Parlamentosu 1991 yılında “Relative au secret des correspondences emises par la voie des telecommunications” adlı bir kanun çıkarmış ve bu kanunla Fransız Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa 100 ile 100-7. maddeleri eklenmiştir. Bu kanunda, telefon, faks gibi bireysel haberleşme araçlarının ne şekilde denetleneceğine dair kurallar belirtilmiştir¹⁷⁹. Bu düzelemeye kadar telefon dinleme tedbiri, Fransız Usul Yasasının 81. maddesindeki “Sorgu hakimi, yasaya uygun olmak koşuluyla, hakimnin gerçeği bulmasına yardım eden her türlü delil ve bilgi elde etmeyi kullanır” hükmü ile, aynı Kanunun 151. maddesinde düzenlenen ve sorgu hakiminin kararına dayanılarak

¹⁷⁵ KARAYAZGAN, Mehmet, “Yeni TCK İle İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması”, Polis Dergisi, S. 44, Nisan-Mayıs-Haziran 2005, s. 53.

¹⁷⁶ ÖZDOĞAN, s. 15.

¹⁷⁷ TAŞKIN, s. 42.

¹⁷⁸ “Bu olay şöyle gelişmiştir: Fransız Ceza Yargılaması Kanunu’nda yer alan “her türlü delili elde etme” yetkisi çerçevesinde soruşturma hakimi suç zanlısı bir şahsın telefonunun dinlenmesine karar vermiştir. Ancak, dinlenen telefonda, o sırada misafir olarak evde kalan Kruslin’in konuşmaları da dinlenmiş ve Kruslin’in bir başka şahısla yaptığı konuşmalardan, telefonun dinlenmesine dayanak olan suçtan bambaşka bir suça ilişkin delillere ulaşılmıştır. Bu kayıtlara dayanarak Kruslin göz altına alınmış, daha sonra yargılanmış ve mahkum olmuştur. Yargılamanın hiçbir aşamasında suçlamaları kabul etmeyen Kruslin AİHM’ne başvurmuş ve Mahkeme Fransa’yı mahkum etmiştir. Fakat, Fransa’nın mahkum olmasının nedeni, Fransız hukukunda telefon dinleme tedbirinin dayanağını oluşturan yasal çerçevenin, keyfiliği önleyecek nitelikten yoksun olmasıdır. AİHM’ne göre, Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen “özel yaşamın gizliliği hakkı” ancak 2.fıkra düzenlenmiş koşullara uygun olarak sınırlandırılabilir. Bu bağlamda, kamusal makamların haberleşme özgürlüğüne yönelik müdahalelerinin yasayla öngörülmesi gerekmektedir” (ERGÜL, s. 2).

¹⁷⁹ SÖZÜER, s. 95.

kolluğun, Fransa Telefon İdaresi memurlarının yardımıyla telefon dinlemesi yapabilmesine olanak veren hükme dayanılarak uygulanıyordu¹⁸⁰.

Özel haberleşmenin denetlenmesi tedbirine Fransa’da, hem önleme hem de adli amaçla başvurulabilmektedir. Bir başka denetleme şekli de ölüm veya kaybolma olaylarında soruşturma hakiminin iletişimin denetlenmesine hükmedebilmesidir¹⁸¹.

2.4.2.Tedbirin şartları

2.4.2.1. Maddi şartlar

2.4.2.1.1. Tedbirin uygulanacağı suçlar

İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanacağı suçlar Fransız Hukuku’nda katalog halinde sayılmamış, ancak asgari iki yıl hapis cezasına hükmedilebilecek suçlarda bu tedbirin uygulanabileceği öngörülmüştür¹⁸².

İdari dinleme bakımından ise, demokrasiyi, ülkenin ekonomik çıkarlarını ve milli güvenliği korumak, terörizmle, organize suçlarla, yıkıcı faaliyetlerle ve espionajla mücadele etmek amacıyla denetleme yapılır¹⁸³.

2.4.2.1.2. Tedbirin uygulanacağı kişiler

2.4.2.1.2.1. Kapsam

İletişimin denetlenmesi tedbirinin, kimler açısından uygulanacağı Fransız CMK’da açıkça düzenlenmemiştir. Ancak şüpheli ve onunla telefon ve benzeri iletişim araçlarıyla haberleşenlerin iletişimlerinin denetlenebileceği kabul edilmekte olup, iletişimi denetlenen şahsın suçla ilgili olmayan konuşmaları kaydedilemeyecektir¹⁸⁴.

Fransa’da müdafinin sanıkla olan iletişimi özel koruma altına alınmıştır. Bu koruma müdafiler, hekimler, eczacılar gibi mesleklerle tabi olanlar için sağlanmıştır. Bu nedenle müdafinin telefon ve benzeri haberleşmesi ancak istisnai hallerde ve baro başkanının da görüşü alınarak soruşturma hakimi tarafından verilecek kararlarla mümkün

¹⁸⁰ YILMAZ, Mehmet, Karşılaştırmalı Hukukta Telefon Dinleme, YÜSBE, YYLT, İstanbul 2007, s. 18.

¹⁸¹ VATAN, s. 55.

¹⁸² NUHOĞLU, s. 10.

¹⁸³ ÖZDOĞAN, s. 15.

¹⁸⁴ YILMAZ, Mehmet, s. 19.

hale gelebilmektedir¹⁸⁵. 12 Aralık 2005 tarihinde 2005-1549 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu sanıkla avukatının savunma konusundaki görüşmeleri kaydedilemez, kaydedilmişse de hüküm ifade etmez. Müdafii ile sanık arasındaki iletişim koruma altına alınmıştır¹⁸⁶. Fransız Yargıtay'ı vermiş olduğu bir kararda (Tourney kararı), gizli dinleme ve kaydetmeyle alakalı iki temel kural ortaya çıkarmıştır. Öncelikle herhangi bir yanıltma veya sahtecilik yapılmamış olmalı, ikinci olarak bu denetleme ile sanığın savunma hakkına saldırılmamış ve haksız bir müdahalede bulunulmamış olmalıdır¹⁸⁷.

2.4.2.1.2.2. Suç şüphesinin yoğunluğu

Fransa'da iletişimin denetlenmesi için, aranan suç şüphesi ile ilgili açık bir düzenleme yoktur. Ancak suç şüphesi bakımından diğer koruma tedbirleri için de aranan ve her bir soruşturma aşamasına göre ayrı ayrı hazırlanan şüphe derecesi yeterli görülmüştür. İletişimin denetlenmesi için tedbire ancak mahkeme tarafından yapılacak ön soruşturma aşamasında başvurabildiğinden burada ağır şüphe sebeplerinin var olması zorunludur¹⁸⁸.

Suçluluğa dair kuvvetli belirtiler varsa dinleme için izin istenebilir ve izin verilebilir. Yani kişinin suçlanabilmesi için zorunlu olan ağır şüphenin bulunması gereklidir¹⁸⁹.

2.4.2.1.2.3. Tedbirin tali niteliği

Geleneksel olarak ceza muhakemesinde delil elde etme serbestliği ilkesinin kabul edildiği Fransa'da, iletişimin denetlenmesi ile ilgili tali nitelik konusu önemsenmiştir denemez¹⁹⁰. Ancak Fransız hukukunda son çare prensibi bulunmaktadır.

¹⁸⁵ SÖZÜER, s. 96.

¹⁸⁶ TAŞKIN, s. 45.

¹⁸⁷ GÜRAKAR, s. 446; "Örneğin, sanık hapisanede avukatıyla görüşürken bir dinleme yapılamaz; yapılmışsa da dosyadan çıkartılması gerekir" (GÜRAKAR, s. 446).

¹⁸⁸ ERDEM/ÖZBEK, s. 276.

¹⁸⁹ TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Başkanlığı, "İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Kayda Alınması ve Haberleşme Özgürlüğünün İhlali İddialarının Araştırılması", s. 11, http://www.tbmm.gov.tr/komisyoninsanhakortakr_telekulak_pdf.

¹⁹⁰ ERDEM/ÖZBEK, s. 279.

Bunun sonucu olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başka yolla delil elde etme imkânının olmadığı durumlarda başvurulacaktır¹⁹¹.

2.4.2.2. Tedbirin şekli şartları

2.4.2.2.1. Yetki

Fransa’da soruşturma hakimi bu tedbire karar verebilir. Yalnızca mahkeme tarafından yapılan ön soruşturmada ve sadece sorgu hakimi tarafından iletişimin denetlenmesine karar verilebilir ve başka bir mercie bu yetki tanınmamıştır. Hazırlık soruşturması sırasında iletişimin denetlenmesi imkânı yoktur ve soruşturmayı yapan polisler acele hallerde dahi bu tedbire karar veremezler¹⁹².

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine terörizmin ve örgütlü suçluluğun önlenmesi gerekçesiyle Başbakan karar verir. Başbakan’dan, Milli Savunma Bakanı, İçişleri Bakanı, Gümrükler Bakanları gerekçeli olarak yazılı talepte bulunacaklar, Başbakan vereceği kararla müdahaleye imkan tanıyacaktır. Bu durum Fransa’nın bir ayrıcalığıdır¹⁹³.

İletişimin denetlenmesine ilişkin kararlar yazılı ve gerekçelidir. İlgilinin kimliği, tedbirin süresi, kapsamı ve nedeni kararda gösterilmek zorundadır¹⁹⁴.

2.4.2.2.2. Tedbirin uygulanması

İletişimin denetlenmesi ile ilgili karar sonrası hakimın talimatı ile polis, özel ve kamusal telefon yada haberleşme işletmelerinin görevlilerince, kararda yer alan haberleşme araçlarının denetlenmesini temin eder¹⁹⁵.

Denetleme kararı en fazla 4 ay süreyle verilebilmektedir. Ancak aynı şartların var olması halinde, aynı süre ve aynı usul gözetilerek iletişimin denetlenmesi tedbirinin 12 aya uzatılması mümkündür¹⁹⁶.

¹⁹¹ ÖZDOĞAN, s. 15.

¹⁹² ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 717.

¹⁹³ DÖNMEZER, Sulhi, “Telefon Dinleme Tartışması”, s. 2, <http://www.ntvmsnbc.com/news/81965.asp>, E.T. 20.12.2008.

¹⁹⁴ ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 717.

¹⁹⁵ SÖZÜER, s. 96.

¹⁹⁶ ÖZDOĞAN, s. 15; SÖZÜER, s. 96.

Önleme dinlemesinin süresi en fazla 4 aya kadardır. İhtiyaç duyulması halinde, ayrıntılı bir incelemeden sonra ve bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilmesi mümkündür. Fransa telekomünikasyon servis sağlayıcıları, tedbirin yürütülmesi için kolluğa yardım etmek mecburiyetindedirler¹⁹⁷.

2.4.3. Hukuki sonuçları

Fransa’da, delil serbestliği ve hakimın delilleri serbest değerlendirebilmesi ilkeleri geçerli olduğundan hukuka aykırı delil olması durumunda dahi mahkemenin bu delili değerlendirmesi mümkündür¹⁹⁸. Tedbir, özel hayata ağır bir müdahale taşıdığı için mahkemeler bu tedbir sonucu elde edilen delilleri belirti olarak kabul etmekte ve sanığın sadece bu delillere dayanılarak mahkûm edilmesini ise kabule şayan görmemektedir¹⁹⁹. Uygulamada Fransız Yargıtay’ı, ses ve görüntü bantlarının kolay tahrif edilip, değiştirilebildiklerini ve kişilik haklarının ihlal edilebileceğini gerekçe göstererek delil olarak kullanımlarına sınırlama getirmiştir. Bunun sonucunda, ses kayıtları ve benzeri deliller tanık beyanı veya belge gibi bir delil değil sadece vaka tahmini veya belirti olarak kabul edilmiştir²⁰⁰.

Fransa’da, önleme denetlemesinde elde edilen deliller mahkemede delil olarak değerlendirilemez. Bu nedenle bu tedbire, sadece ön soruşturma kapsamında başvurulur²⁰¹.

Tesadüfen elde edilen deliller bakımından Fransa’da, yeni suç ile tedbire konu suç arasında nasıl bir ilişki bulunması gerektiği açık olarak düzenlenmemiştir²⁰². Fransız Yargıtay’ı vermiş olduğu bir kararda; yapılan dinleme esnasında edinilen bir bilgiye istinaden savcının soruşturma açmasını hukuka uygun bulmuş ve bu kararı Fransız Ceza Usul Yasasının 41 ve 80. maddelerine dayandırmıştır²⁰³.

¹⁹⁷ ÖZDOĞAN, s. 15.

¹⁹⁸ VATAN, s. 57.

¹⁹⁹ SÖZÜER, s. 97.

²⁰⁰ ÖZTÜRK, “Ses ve/veya...”, s. 230.

²⁰¹ ÖZDOĞAN, s. 16.

²⁰² ERDEM/ÖZBEK, s. 294.

²⁰³ YENİSEY/ALTUNÇ, s. 1313.

2.4.4. Tedbirin sona ermesi

İletişimin denetlenmesi tedbiri dört aylık sürenin dolmasıyla kendiliğinden sona erer. Eğer süre uzatılmışsa uzatılan sürenin dolmasıyla sona erecektir.

Fransa’da, tedbir sonunda ele geçirilen dokümanların yok edilmesi öngörülmüştür. Bu dokümanların yok edilme süresi azami dört ay olarak belirtilmiştir. Ayrıca kamu davasının açılması için geçmesi gereken sürenin dolmasından sonra da dokümanların yok edilmesi gerekir²⁰⁴.

İletişimin denetlenmesi sonucunda elde edilen bilgiler ve bant kayıtları tutanakla birlikte mühürlenerek saklanır. Bantlar çözülerek yazılı hale getirilir. Zamanaşımına uğrayan davaların bantları, savcılık huzurunda imha edilmek mecburiyetindedir. Bu işlem de tutanağa geçirilir²⁰⁵.

Önleyici denetleme durumunda, amaca uygun olan bilgiler 10 gün içinde başbakanın ya da yetkilendirdiği kişinin gözetiminde yok edilmesi gerekir²⁰⁶.

Fransız Hukuku’nda, tedbir uygulanan kişiye bildirimde bulunulmasıyla ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun yanında sanığın tedbirden haberdar olma imkanının var olduğu, çünkü hazırlık soruşturmasında sanığın ve müdafinin dosyayı inceleme ve delil araçları konusunda bilgi edinme hakkı bulunduğu kabul edilmektedir²⁰⁷.

Önleme amaçlı yapılan iletişimin denetlemesinde hakkında işlem yapılan kimseye herhangi bir bildirimde bulunulmamaktadır²⁰⁸.

İletişimin denetlenmesi kararına ve kararın uygulanmasına karşı ilgilinin bir kanuni başvuru olanağı bulunmamaktadır. Ancak savcılığa gerekli bildirimde bulunarak dolaylı olarak savcının hakim kararına itiraz edebilmesinden yararlanması mümkündür²⁰⁹.

²⁰⁴ ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 721.

²⁰⁵ COŞKUN, Enis, “Gizli Dinlemenin Yasası Yok”, s. 3. www.milliyet.com.tr/22/01/1999 Entelektüel Bakış, Arşiv, E.T.18.12.2008.

²⁰⁶ TAŞKIN, s. 47.

²⁰⁷ ERDEM/ÖZBEK, s. 288.

²⁰⁸ ERÇELİK, Ersan, “Telefon Dinlemece”, s. 1, <http://blog.milliyet.com.tr/Blog.aspx?BlogNo=33011>. E.T.19.12.2008.

²⁰⁹ SÖZÜER, s. 97.

2.5. Amerikan Hukuku

2.5.1. Genel olarak

Amerikan hukuk doktrini tarafından, kişinin haberleşmesinin gizlice denetlenmesi, özel hayata bir müdahale şekli olarak kabul edilmiştir²¹⁰. Amerikan Hukuku'nda iletişimin denetlenmesi, 1928 yılında verilen *Olmstead vs. United States* kararında, elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasıyla ilgili olarak yapılan tartışmada özellikle ifade edilmeye başlanmıştır. Kararda evin içine girmeden gerçekleştirilen telefon dinlemelerde, Anayasa'nın koruduğu özel hayatın gizli alanına müdahale edilmiş sayılmayacağı kabul edilmiştir. Dinleme, olayın geçtiği eyaletin kanunlarına aykırı olarak yapılsa dahi, Anayasa'ya da aykırı olmadıkça geçerliliğine halel gelmeyecektir. Federal Mahkeme'nin bu delilleri kullanabileceği şeklinde karar verilmiştir²¹¹.

1934 yılında yürürlüğe giren Federal Muhabere Kanunu ile; yetkisiz bir şahsın telgraf haberleşmelerini dinleyemeyeceği hükme bağlanmış, bunun sonucunda, haberleşmenin taraflarından birinin rızası olmadan yapılan denetlemeler delil olmaktan yasaklanmıştır²¹².

Mahkeme 1967 yılında verdiği *Katz vs. United States* (389 U.S. 347) kararı ile bu zamana kadar uyguladığı içtihadını değiştirmiştir. Yeni kriter, makul ve orta zekalı bir insanın özel hayatının gizliliği konusundaki beklentisi ölçütüdür (reasonable expectation of privacy). Katz hakkındaki suçlayıcı deliller, FBI'ın genel kullanıma açık bir telefon kulübesine yerleştirdiği dinleme cihazından elde edilmişti. Yüksek mahkeme, makul ve orta zekalı bir insanın, kapısı kapanabilen bir aleni telefondan yaptığı konuşmaların (gizli kalacağı beklentisine) sahip olabileceğini kabul etmiş ve eve fiziki girme kriterini uygulamadan kaldırmıştır. Bununla beraber, sinyal gönderen araçların kullanılması açısından, (eve girmek) kriteri korunmuştur²¹³. Anayasa konuşmaların kaydını müsadere olarak değerlendirmekte ve kişileri güvence altına almaktadır²¹⁴.

²¹⁰ ŞEN, Özel Hayatın Gizliliği, s. 44.

²¹¹ ÖZBUDUN, s. 275.

²¹² VATAN, s. 47.

²¹³ YENİSEY/ALTUNÇ, s. 1307.

²¹⁴ EREM, Faruk, "Teknik İlerleme ve Ceza Hukuku", AÜHFD, C. XXVII, S. 3-4, s. 24.

ABD’de iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak, 1968 yılında çıkarılan ve federal düzeyde yürürlüğe sahip olan “Title III-Omnibus Crime Control and Safe Streets Act²¹⁵” yasası ile açıkça düzenleme yapılmıştır²¹⁶. Bu kanunun Türkçe karşılığı “Suçun Kontrolü ve Sokakların Güvenliği Hakkında Kanun” dur. Ayrıca 1979 tarihli telekomünikasyonun denetlenmesi yöntemi kanunu düzenlenmiştir²¹⁷.

Seksenli yıllarda, ABD’de, organize suçluluğa karşı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmuştur²¹⁸. Yani seksenli yıllarda önleme dinlemesi için ABD’de devlete yetki tanınmıştır²¹⁹.

ABD Anayasasında özel haberleşme hürriyetiyle ilgili açık bir düzenleme yoktur. Fakat sınırsız aramaya hükmedilmeyeceği Anayasayla güvenceye alındığından, Federal Mahkeme verdiği kararlarla özel konuşmaların gizliliğinin korunmasını sağlamaya çalışmıştır²²⁰.

Son dönemde Amerika’nın, Kanada, İngiltere, Yeni Zelanda ve Avustralya’yla birlikte Küresel Gözaltı diye adlandırılan bir sistem kurduğu, bu sistemle dünyanın etrafının uzaydan çevrilmiş bir ağ içerisine alındığı ve bir saniye içerisinde internet, faks, telefonlar ile cep telefonlarının dahil olduğu 90 bin iletişime müdahale edildiği iddia edilmiştir²²¹.

²¹⁵ İlgili kanuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SAVELSBERG, Joachim J., CLEVELAND , Lara L., KING, Ryan D., “Institutional Environments and Scholarly Work: American Criminology, 1951-1993”, Social Forces, 82(4), June 2004, p1275–1302; FRIEDMAN, Lawrence, Crime and Punishment in American History, Basic Books, New York, 1993.

²¹⁶ MAHMUTOĞLU, s. 406.

²¹⁷ WONG, Thomas, “Regulation of Interception of Communications in Selected Jurisdictions”, Research and Library Services Division Legislative Council Secretariat 2 February 2005, s. 37.

²¹⁸ SÖZÜER, Adem, “Organize Suçluluk Kavramı ve Batı Ülkelerinde Bu Suçlulukla Mücadele İle İlgili Gelişmeler”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1995, C. 9, S. 1-3, s. 268.

²¹⁹ SARTIK, İhsan, “Haberleşmenin Denetlenmesi Bağlamında Telefon Dinleme ve Ulusal ve Uluslararası Hukuktaki Uygulamaları”, Adalet Dergisi S. 12, son bölüm, http://www.yayin.adalet.gov.tr/12_sayi%20i%C3%A7erik/%C4%B0hsan%20SARTIK.htm, E.T. 22.12.2008.

²²⁰ SÖZÜER, s. 98.

²²¹ COŞKUN, Enis, “Telefon Dinleme Tartışması”, s. 3, <http://www.ntvmsnbC.com/news/81965.asp>, E.T. 20.12.2008.

2.5.2. Tedbirin şartları

2.5.2.1. Maddi şartlar

2.5.2.1.1. Tedbirin uygulandığı suçlar

ABD Hukuku'nda, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabildiği suçlar katalog halinde sayılmıştır²²².

Bu suçlar 1968 yasasının üçüncü başlığında (Title III) sayılmıştır. Bu suçlar, adam öldürme, adam kaçırma, hırsızlık, gasp, rüşvet vermek, çocuk tacizi, uyuşturucu madde suçları, ulusal güvenliğe karşı suçlar ve diğer ölüm cezasını gerektiren suçlar ve bir yıldan fazla hapis cezası ile cezalandırılabilir suçlar şeklinde sayılmıştır²²³.

1968 yılındaki yasayla insanların aralarında yaptıkları konuşmaların teknik aletlerle uzaktan dinlenmesi mümkün kılınmıştır²²⁴.

2.5.2.1.2. Tedbirin uygulanacağı kişiler

2.5.2.1.2.1. Kapsamı

Amerikan hukukunda, sadece şüphelinin iletişiminin denetlenmesi gerekir. Başka bir ifadeyle denetleme telefon hattına yapılamayıp, kişiyi hedef almaktadır. Fakat denetim sonucunda, iletişimin karşı tarafı da zorunlu olarak denetlendiğinden, belirtilen koruma hüküm ifade etmemektedir²²⁵.

2.5.2.1.2.2. Suç şüphesi

Kanunda gösterilmiş olan katalogdaki suçlarla ilgili olarak, somut olaylara dayanan basit bir şüphenin bulunması zorunludur²²⁶. Hakim ayrıca, bahsi geçen suçla ilgili bir iletişime, bu tedbirle ulaşılabileceğine ihtimal vermeli ve denetlenecek iletişimin yapıldığı aletin ifade edilen suçla ilgili kullanıldığını veya kullanılma ihtimali olduğunu düşündürecek sebebin var olduğuna da inanmalıdır²²⁷.

²²² AKGÜL, s. 19.

²²³ WONG, s. 21.

²²⁴ VATAN, s. 49.

²²⁵ SÖZÜER, s. 98.

²²⁶ SÖZÜER, s. 98.

²²⁷ ÖZBUDUN, s. 283.

İletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için ABD’de, en azından somut olaylara dayanan basit bir şüphenin bulunması gerekir²²⁸.

2.5.2.1.2.3. Tedbirin tali niteliği

ABD’de tedbirin az uygulanması amacıyla tali niteliği ifade edilmiştir. Anlaşılacağı gibi, haberleşme araçlarının denetlenmesine ancak en son çare olarak başvurulacaktır. Eğer bu tedbire başvurulmadan diğer koruma tedbirleri ile delil elde edilebiliyorsa, tali nitelik gereği iletişim denetlenemeyecektir²²⁹.

Ayrıca, normal soruşturma yöntemleri ile delil elde edilmeye çalışılması tehlikeli durumlara neden olabilecekse, bu halde de denetlemeye hükmedilebilecektir²³⁰.

2.5.2.2. Şekli şartlar

2.5.2.2.1. Yetki

İletişimin denetlenmesi kararını kural olarak hakim verecektir. Ancak, adam öldürme veya kasten yaralama suçlarının işlenmesi bakımında doğrudan bir tehlikenin veya milli çıkarlara karşı bir tehdidin var olduğuna yönelik gecikmesinde sakınca olan hallerde denetleme kararını savcılığın verebileceği de kabul edilmiştir. Fakat bu karar, 48 saat içerisinde hakim tarafından onaylanmalıdır. Hakim, savcının kararını onaylamazsa o ana kadar elde edilen bilgiler delil olarak kullanılamayacaktır²³¹.

Ayrıca ABD Başkanının da dinleme emri verme yetkisi bulunmaktadır. Ancak davaya bakan hakimin, başkanın verdiği dinleme emrinin kanunlara uygunluğunu denetleme ve gerekirse bu emre binaen elde edilen delilleri yargılamada hükümsüz sayma yetkisi de mevcuttur²³². Başkanın bu yetkisi, devletin birlik ve bütünlüğünün, cebir ve diğer hukuki olmayan metotlarla bozmaya yönelik yakın muhtemel tehlikeler bulunması halinde tanınmıştır²³³.

²²⁸ GÖKCEN, s. 191.

²²⁹ GÖKCEN, s. 191.

²³⁰ ÖZBUDUN, s. 283.

²³¹ SÖZÜER, s. 99.

²³² ŞEN, Ersan, “Anglo Sakson Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı”, İÜMHAD, No 18, 1990, s. 88.

²³³ YENİSEY/ALTUNÇ, s. 1306.

Hakim verdiği kararda; iletişimi denetlenecek kişinin kimliğini, iletişimin geçtiği yeri veya iletişimde kullanılacak cihazı, denetlenecek haberleşmenin çeşidini ve denetlemenin hangi suç için yapıldığını, denetlemeyi yapacak makamı ve denetleme süresini açıkça göstermek zorundadır²³⁴.

ABD’de, haksız denetleme kararlarının verilmemesi için bu tedbire ilişkin karar almak isteyen kovuşturma makamları, kararın verilmesi gerektiğine ilişkin ayrıntılı bir rapor verip yüksek dereceli savcılıktan yetki almakta ve bu yetkiyi aldıktan sonra bir karar verilmesi için hakime başvurabilmektedirler²³⁵.

Milli güvenliği tehdit eden veya örgütlü suçlar bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde, Adalet Bakanının, Eyalet Başsavcısının veya o eyaletin kanunları izin verdiği taktirde eyaletin idari bölümlerinden birinin savcısının özel olarak gösterdiği polis amiri, hakim kararı olmadan iletişimi denetleme yetkisine haiz olmaktadır. Ancak bunun hüküm ifade edebilmesi için, 48 saat içinde hakim onayına sunulması ve hakim onaylaması gerekir²³⁶.

2.5.2.2.2. Tedbirin uygulanması

İletişimin denetlenmesi kararı 30 gün süre için verilebilmektedir. Ancak, şartlar mevcut olduğunda sürenin uzatılabilmesi olanak dahilindedir. Denetleme sonunda elde edilen kayıtlar hakime götürülecek ve hakim talimatı ile mühürlenecektir. Bu kayıtlar mühürlü olmadığı takdirde yargılamada delil olarak hüküm ifade etmeyecektir²³⁷.

ABD Kongresi, 1978 yılında yürürlüğe koyduğu yasa ile Başkan, Başsavcı vasıtasıyla, yabancı devletlerden gelebilecek tehlikeleri öngörebilmek maksadıyla, 1 yıla kadar bir süreyle iletişimin denetlenmesini sağlayabilir²³⁸.

ABD’de, hazırlık soruşturması tamamen savcı ve polis tarafından yapıldığı için, iletişimin denetlenmesine ilişkin kararın yerine getirilmesi de onlara aittir²³⁹.

Amerikan Hukuku’nda iletişimi sağlayan kurum veya kuruluş dinleme ve tespit işlemleri için gerekli olanakları sağlayacaktır. Denetleme işlemi kural olarak iletişimi

²³⁴ VATAN, s. 50.

²³⁵ GÖKCEN, s. 196.

²³⁶ ÖZBUDUN, s. 284.

²³⁷ SÖZÜER, s. 99.

²³⁸ “Foreign Intelligence Surveillance Act”, (YENİSEY/ALTUNÇ, s. 1306).

²³⁹ GÖKCEN, s. 196.

sağlayan kurum veya kuruluşun tesislerinde yapılır. Bu nedenle iletişimi sağlayan kurum veya kuruluştaki özel denetleme odaları kurulması ve bu odaların gizli olması, o birimin amiri dahil yetkisiz hiç kimsenin girmemesi zorunludur²⁴⁰.

2.5.3. Tedbirin hukuki sonuçları

İletişimin denetlenmesi tedbiri, özel hayatın gizliliği hakkına ciddi müdahaleler gerektirmektedir. Özel hayatın gizliliğine haksız olarak müdahale edilmesi sonucu elde edilen bilgiler delil olarak yargılamada kullanılamayacaktır. Ancak kanuni şartlar çerçevesinde yapılan denetlemeler sonucunda elde edilen bilgiler yargılama sırasında delil olarak hüküm ifade edecektir²⁴¹.

Amerikan Hukukunda, radyo dalgaları ile bağlantı kuran araç telefonları gibi, aynı frekansa giren herkesin konuşmayı manyetik ortamda belirlemesi kolay olduğundan, genel kullanıma açık radyo dalgaları yayarak yapılan haberleşme hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir²⁴².

2.5.4. Tedbirin sona ermesi

İletişimin denetlenmesi tedbiri kararı, ilgililere uygun bir süre içerisinde bildirilecektir²⁴³. Ancak hakimin dinleme kararı vermesinden başlayarak en geç 90 gün içinde, tedbirin uygulanana haber verilmesi yasal olarak zorunludur. Hakim, tedbire tabi tutulan dışındaki ilgililerin de bu tedbirden haberdar olmaları yönünde karara hükmedebilir²⁴⁴.

ABD’de, geniş bir haber verme sistemi yer almaktadır. Savcı ve mahkeme hakimi, yapılan denetime ilişkin düzenli rapor hazırlamaktadır²⁴⁵.

Hükmedilen tedbir gereği yapılan kayıtlar, yetkili hakimin kararı ile en erken on yıl sonra imha edilmektedir²⁴⁶.

²⁴⁰ ŞAHİN, Ali Oğuz, “Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Kapsamında İletişimin Dinlenmesi ve Tesbiti”, AD. S. 3, s. 6, http://www.yayin.adalet.gov.tr/3_sayi%20icerik/ali%20oguz%20shahin.htm, E.T. 25.12.2008.

²⁴¹ ŞEN, “Anglo Sakson”, s. 87.

²⁴² VATAN, s. 51.

²⁴³ ŞAHİN, s. 6.

²⁴⁴ YILMAZ, Mehmet s. 5; SÖZÜER, s. 99.

²⁴⁵ ERDEM/ÖZBEK, s. 288.

²⁴⁶ GÖKCEN, s. 202.

2.6. İngiliz Hukuku

2.6.1. Genel olarak

İletişimin denetlenmesi İngiltere’de 25.07.1985 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Haberleşmeye Müdahale Kanunu (Interception of Communication) ile yasalaşmıştır. Melon davasında AİHM, İngiltere aleyhine tazminata hükmedince bu düzenleme yapılmıştır²⁴⁷.

İletişimin denetlenmesi tedbirine, milli güvenliğe ilişkin çıkarların korunması, ülkenin ekonomik refahının güvence altına alınması ve ağır suçların işlenmesinin önlenmesi ve koğuşturulması amaçlarıyla başvurulabilir. Anlaşılacağı gibi, bu düzenleme ile hem önleyici hem de adli amaçlı iletişimin denetlenmesi vurgulanmıştır²⁴⁸.

İngiltere’de, iletişimin önleme amaçlı denetlenmesi konusunda “The Regulation of Investigatory Powers 2000” adlı kanunda da düzenleme öngörülmüştür²⁴⁹.

2.6.2. Tedbirin şartları

2.6.2.1. Maddi şartlar

2.6.2.1.1. Tedbirin uygulanacağı suçlar

İngiliz hukukunda, suçun ağırlığına göre, haberleşme araçlarının denetlenmesi öngörülmüştür. Suçun ağır olması ile, fiile uygulanacak cezanın en az 3 yıl hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmesi, şiddet kullanma sonucu büyük bir kazanç elde edilmesini sağlayan suçlar veya çok sayıda kişinin ortak bir amaç çerçevesinde birleşip işlediği suçlar anlaşılmaktadır²⁵⁰. Görüldüğü gibi diğer ülkelerden farklı olarak suçların katalog halinde sayılması yoluna gidilmemiştir.

²⁴⁷ SÖZÜER, s. 92.

²⁴⁸ SÖZÜER; s. 93.

²⁴⁹ INTERPOL-EUROPOL-SİRENE DAİRESİ BAŞKANLIĞI, “ABD ve Bazı Avrupa Ülkelerinde Ceza Muhakemesi Kanunu ile İlgili Uygulamalar”, EGM, Polis Dergisi, Y. 11, S. 44, Nisan-Mayıs-Haziran 2005, s. 234.

²⁵⁰ ŞEN, “Özel Hayatın”, s. 50.

2.6.2.1.2. Tedbirin uygulanacağı kişiler

2.6.2.1.2.1. Kapsamı

İletişim denetlenmesi, suç zanlısının başkasıyla iletişimde bulunması ve bir başkasının da onunla iletişim kurmasını içerisine almaktadır. Bununla beraber, denetlenen suçla ilişkisi olmadığı bilinen iyiniyetli üçüncü kişi de, şartlar dahilinde, lüzum olursa denetime tabi tutulabilmektedir²⁵¹. İngiltere’de başka kanunlarla tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan ve meslek sırrı sahibi kişiler belli oranda korunmaya tabidirler. Ancak iletişimin denetlenmesi açısından herhangi bir istisna düzenlenmemiştir²⁵². Şartlar dahilinde bu kişiler denetlenebilecektir.

İngiliz Hukuku’nda müdafinin iletişiminin denetlenmesi konusunda da herhangi bir düzenleme mevcut değildir²⁵³.

2.6.2.1.2.2. Şüphenin yoğunluğu

Bu ülkede iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurabilmek için gerekli olan şüphenin ne sınırdan olacağına ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır²⁵⁴. Ancak tutuklama ve arama koruma tedbirleri için özel şüphe aranmıştır²⁵⁵. Bununla birlikte, tedbirin son çare olması prensibi gereği, tedbire başvurabilmek için sanığın mahkum edilebileceği konusunda kabule şayan nedenlerin bulunması gereklidir²⁵⁶.

2.6.2.1.2.3. Tedbirin tali niteliği

Tedbirin uygulanmasını azaltmak için tedbirin tali niteliği ön plana çıkarılmış ve tedbirin uygulanabilmesi için başka surette delil elde edilememesi gerektiği belirtilmiştir. Yani tedbirin son çare olması aranmaktadır²⁵⁷. İletişimin denetlenmesi

²⁵¹ SÖZÜER, s. 93.

²⁵² ERDEM/ÖZBEK, s. 271.

²⁵³ TAŞKIN, s. 50.

²⁵⁴ GÖKCEN, s. 191.

²⁵⁵ ERDEM/ÖZBEK, s. 276.

²⁵⁶ SÖZÜER, s. 93.

²⁵⁷ GÖKCEN, s. 191.

tedbirine başvurulabilmesi için, suçların aydınlatılması açısından mecburilik bulunması gerektiği, kanunda somut şekilde belirtilmiştir²⁵⁸.

2.6.2.2. Şekli şartlar

2.6.2.2.1. Yetki

İletişimin denetlenmesi tedbirine karar verecek makam diğer ülkelerden farklı bir yapıya haizdir. Bu sisteme idari yetki sistemi denilmektedir. 1953 tarihli Posta Servisleri Kanununun 58. bölümü ile bu yetki, İçişleri Bakanına tanınmıştır. Bu düzenleme ile kolluk tedbir gereği denetim yapmak için yetki isterken İçişleri Bakanına tedbirin gerekçesi ve amacını yazılı olarak bildirmek mecburiyetindedir. Bakan yaptığı incelemeden sonra, yazılı olarak karar vermek zorundadır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde sözlü olarak da karar verilebilir. Ancak bunun en kısa zamanda yazılı hale getirilmesi gerekir²⁵⁹. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kararı sözlü olarak verecek olan kişi İçişleri Bakanlığının yetkili bir memuru da olabilmektedir²⁶⁰.

2.6.2.2.2. Tedbirin uygulanması

İngiliz Hukuku'nda tedbirin süresi en çok 2 ay olmalıdır. Ancak suçun niteliğine göre 6 aylık ve 1 aylık sürelerle tedbirin uzatılması imkan dahilindedir. Bu sürelerin geçirilmesi sonucu yapılan denetimler hukuka aykırılık arz edecektir²⁶¹.

İngiltere'de iletişimin denetlenmesi işlemi, kararı veren yetkili organ görevlileri tarafından yerine getirilmektedir²⁶².

Denetleme kararının alınmasından sonra bu karar, kamusal telefon idaresine gönderilecek ve bu idarenin görevlileri de tedbiri yerine getirdikten sonra, ellerindeki kayıtları soruşturmayı yürüten makama ulaştırmak mecburiyetindedirler²⁶³.

²⁵⁸ VATAN, s. 59.

²⁵⁹ AKMANLAR, Bülent, "Avrupa Konseyi Üyesi Bazı Devletlerde Telefon Konuşmalarının Dinlenmesi Ve Telekomünikasyonun Kaydedilmesi", Y.D. C. 8, S. 4, Ekim 1982, s. 667.

²⁶⁰ SÖZÜER, s. 94.

²⁶¹ GÖKCEN, s. 199.

²⁶² AKMANLAR, s. 669.

²⁶³ YILMAZ, Mehmet, s. 9.

Ayrıca İngiltere’de denetleme tedbirine başvuru telefon sayısı da belli bir sayıyla sınırlıdır. Bu nedenle zorunlu olmayan denetlemelerin sona erdirilmesi ve gerekli olan denetleme kararlarının yerine getirilmesi amaçlanmaktadır²⁶⁴.

2.6.3. Tedbirin hukuki sonuçları

Haberleşmeye Müdahale Kanunun 9. maddesine göre, denetleme sonunda elde edilen ses kayıtları ve bu kayıtların yazılı içeriklerin olduğu tutanaklar ceza yargılaması açısından delil niteliğine haiz değildirler ve delil olarak kullanılamazlar. Fakat bu verilere dayanılarak elde edilen deliller yargılamada kullanılabilir²⁶⁵.

İngiliz hukukunda ses kayıtları, bir iki istisna haricinde belge olarak kabul görmemektedir. Ayrıca, 1984 yılında “Police and Criminal Evidence Act” ile adil yargılama ilkesine aykırılık teşkil edecekse, hakimlere hukuka uygun olarak elde edilen delilleri dahi, kullanmama konusunda takdir yetkisi tanınmıştır²⁶⁶.

Denetleme yapılırken iletişimin taraflarından birisi bu denetime rıza göstereceği makul sebeplerin var olduğu anlaşılıyorsa, yapılan denetlemenin hukuka uygun olduğundan söz edilebilecektir²⁶⁷.

2.6.4. Tedbirin sona ermesi

İletişimin denetlenmesi tedbiri, hükmedilen sürenin tamamlanması ya da suçla ilgili delil elde edilmesine lüzum kalmadığı hallerde sona erecektir. Tedbire karar veren merci, sona ermeye de hükmetme yetkisini haizdir²⁶⁸.

Tedbir son bulduğunda, tedbirin amacının tehlikeye düşeceğini gerekçe göstererek ilgiliye haber verilmesi hususunda kanunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir²⁶⁹.

İngiliz Hukukunda, delillerin değerlendirilmesi yasağıyla ilgili kanuni düzenlemelere göre, ele geçirilen bilgilerin kamu davasının açılmasından sonra yok edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır²⁷⁰.

²⁶⁴ GÖKCEN, s. 200.

²⁶⁵ SÖZÜER, s. 94.

²⁶⁶ ÖZTÜRK, “Ses ve/veya”, s. 230.

²⁶⁷ ERDEM/ÖZBEK, s. 274.

²⁶⁸ ERDEM/ÖZBEK, s. 291.

²⁶⁹ ERDEM/ÖZBEK, s. 287.

Aynı şekilde, iletişimin denetlenmesi konusunda kamuoyu, resmi bir komisyon tarafından hazırlanan yıllık bir raporla bilgi sahibi olmaktadır. Ancak gizlilik gerekçesiyle bu raporlarda birçok bilgi ve belge bulunmamaktadır²⁷¹.

Son olarak, haber verilme yükümlülüğü bulunmamasına rağmen, kişi iletişiminin denetlendiği hususunda bir kanaate sahip olursa beş hukukçudan oluşan komisyona başvurabilmektedir. Komisyon gerekli incelemeyi yaptıktan sonra tedbir olup olmadığını ve varsa tedbirin hukuka uygunluğunu denetleyecektir. Bunun sonucunda ilgili şahıs uygulamadan haberdar edilmiş olacaktır²⁷².

2.7. Avusturya Hukuku

2.7.1. Genel olarak

Avusturya Hukuku'nda haberleşmenin gizliliği anayasal koruma altına alınmıştır²⁷³. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avusturya Hukuku'nda Anayasayla eş bir statüde kabul görmektedir. Bu nedenle AİHS 8. maddesinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir²⁷⁴. 1974 yılında yapılan bir kanunla Avusturya Ceza Muhakemesi Kanununa 149/a, 149/b ve 414a maddeleri eklenerek elektronik, optik ve elektromanyetik şekilde yapılan özel haberleşmenin bir koruma tedbiri olarak denetime tabi tutulmasının şartları belirtilmiştir²⁷⁵.

İletişimin denetlenmesi tedbirine işlenmiş bir suçla ilgili olarak bilgi elde edilmesi için karar alınabilir. Ayrıca sanıklar ile kaçakların yer tespiti için bu tedbire karar almak da mümkündür. Bununla birlikte, iletişimin önleme amaçlı olarak

²⁷⁰ VATAN, s. 60.

²⁷¹ SÖZÜER, s. 94.

²⁷² SÖZÜER, s. 94.

²⁷³ “Avusturya Anayasasının 10. maddesinde düzenlenmiştir” (AKMANLAR, s. 666).

²⁷⁴ YILMAZ, Mehmet, s. 21; SÖZÜER, s. 99.

²⁷⁵ “Avusturya’da “uzaktan haberleşme” (fernmelde) biçiminde adlandırılmakta bu kavram ise “Uzaktan Haberleşme Kanunu’nun 1. maddesinde tarif edilmektedir. Buna göre işaret, yazı, resim , ses dalgası veya hertürlü haberin telli, telsiz, optik, ses dalgası ya da başkaca elektronik sistemlerle gönderilmesi veya alınması “uzaktan haberleşme” sayılmaktadır. Bu nedenle Avusturya’da telefon, telsiz, faks, teletex, çağrı cihazı gibi araçlarla yapılan bütün özel haberleşmelerin denetlenmesi mümkündür” (SÖZÜER, s. 99).

denetlenmesi, Avusturya Ceza Muhakemesi Kanununun 149/a maddesinde düzenlendiği cihetle mümkün değildir²⁷⁶.

2.7.2. Tedbirin şartları

2.7.2.1. Maddi şartlar

2.7.2.1.1. Tedbirin uygulanacağı suçlar

Avusturya’da iletişimin denetlenmesi tedbirinin başvurulacağı suçlar için öngörülen sistem belli bir cezaya mahkum olma ihtimali olan suçlar bakımından uygulamadır²⁷⁷. Yani katalog suçlar sistemi bu ülkede de kullanılmamaktadır.

Bu tedbir, alt sınırı bir yıldan fazla olan hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suçlar için uygulanabilir. Bu suçlar açısından cürüm veya cünha ayırımı yapılmamışken, taksirli suçlara tedbirin uygulanması mümkün değildir. Teşebbüs halinde kalmış suçlar için ise cezanın alt sınırının bir yıldan fazla olması şartıyla bu tedbire hükmedilebilir²⁷⁸. Sayılan bu suçlarda aranan 1 yıllık alt sınır ilgilinin rızasının bulunmadığı haller içindir, eğer ilgilin rızası varsa 6 aylık sınır aranmaktadır²⁷⁹.

Bu konu ile ilgili olarak, Medya Kanununun 31/3 maddesinde bir istisna bulunmaktadır. Basın kuruluşlarının özel haberleşme araçlarının denetlenmesi müebbet hapis cezası veya alt sınırı beş yıldan az olmayan hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlar için mümkündür²⁸⁰.

Ayrıca, telefon konuşmalarında konuşmanın nereyle yapıldığı, zamanı, ne kadar süreyle konuşulduğu ve kiminle konuşulduğu ile ilgili dış verilere Avusturya’da koğuşturma amacıyla her durum ve her zaman tedbire başvurmak mümkündür²⁸¹.

²⁷⁶ SÖZÜER, s. 100; VATAN, s. 52; TAŞKIN, s. 51.

²⁷⁷ GÖKCEN, s. 190.

²⁷⁸ “Buna karşılık, bir suçun hazırlık hareketleri aşamasında, söz konusu tedbirin uygulanması yasaklanmıştır. Ancak bu hareketler bağımsız bir suç tipi olarak cezalandırılıyor ise (vatana ihanete hazırlık suçu gibi) yine denetimin uygulanması mümkün olabilecektir” (SÖZÜER, s. 100).

²⁷⁹ NUHOĞLU, s. 10.

²⁸⁰ SÖZÜER, s. 100; YILMAZ, Mehmet, s. 22.

²⁸¹ ERDEM/ÖZBEK, s. 265.

2.7.2.1.2. Tedbirin uygulanacağı kişiler

2.7.2.1.2.1. Kapsamı

Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 149a-1 maddesinde, kuvvetli suç şüphesi altında bulunan kişiler ve aynı zamanda kanunda belirtilen iletişim araçlarının sahibi ve suç şüphesi altında bulunmamakla birlikte şüpheli veya sanığa denetim konusu araçları kullanmaya müsaade eden araç sahibi hakkında iletişimin denetlenmesine hükmedilebilir²⁸².

Avusturya'da, avukat, müdafii, mali müşavir ve noterlerin iletişimleri, Avusturya CMK'sının 149a, 226 ve 66/1 maddeleri uyarınca denetime tabi tutulamamaktadır²⁸³. Şüphelinin bu meslek sahiplerinin yanında barınması veya iletişim kurmasının ümit edilmesi durumlarında dahi denetim mümkün değildir²⁸⁴. Avusturya Yüksek Mahkemesi, denetim yasağı olan kişilerin faile yardım ve yataklık etmeleri ya da onun fiilinden yararlanmaları halinde bu yasağın hüküm ifade etmeyeceğine ilişkin içtihatla bulunmuştur²⁸⁵.

2.7.2.1.2.2. Şüphenin yoğunluğu

Avusturya'da iletişimin denetlenmesi için birçok ülkeden farklı olarak basit şüphe ya da kuvvetli belirti değil, doğrudan kuvvetli şüphe aranmıştır²⁸⁶. Belirli somut olaylara dayanmayan tahminlere istinaden bu tedbire başvurulamaz. Bu konuda aranan şüphenin yoğunluğu, tutuklama tedbiri için aranan şüphe yoğunluğuyla aynı seviyededir²⁸⁷.

2.7.2.1.2.3. Tedbirin tali niteliği

Avusturya Hukuku'nda söz konusu tedbirin tali niteliğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak İHAS'ın kabul edilmesi ve temel yasa olarak öngörülmesi sonucu, doktrin ve uygulamada İHAS'ın 8. maddesi nazara alınmaktadır.

²⁸² CENTEL, Nur, "Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler", MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 8, S. 1-3, 1994, s. 728; SÖZÜER, s. 101; AKGÜL, s. 22.

²⁸³ AKMANLAR, s. 668.

²⁸⁴ SÖZÜER, s. 101; VATAN, s. 53.

²⁸⁵ SÖZÜER, s. 101; VATAN, s. 53.

²⁸⁶ GÖKCEN, s. 191.

²⁸⁷ AKGÜL, s. 22; TAŞKIN s. 52; SÖZÜER, s. 101.

Bu maddeye göre; başka tedbire başvurulduğunda delile ulaşılması mümkün değilse ya da en azından güçlük çekilecekse, söz konusu tedbire hükmedilebilir²⁸⁸.

2.7.2.2. Şekli şartlar

2.7.2.2.1. Yetki

Avusturya’da, bu tedbire karar verme yetkisi, hakime tanınmıştır. Burada Avusturya CMK’nın 149a, maddesi gereği denetleme yetkisi “Rastkammer” adı verilen ve üç hakimden oluşan soruşturma kuruluna aittir²⁸⁹. Bu kurul, Avusturya Yüksek Mahkemesinin bir dairesidir. Bu tedbir kararının verilmesi talebini savcı önsoruşturmayı yürüten mahkeme hakimine bildirmekte, o hakim de bu bildirimi kurula ulaştırmaktadır²⁹⁰.

Gecikmesinde sakınca bulunan acele hallerde soruşturma hakimi yalnız olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine hükmedebilir. Fakat bu kararın en kısa sürede onaylanması zorunludur. Kurul verilen karara onay vermez ise, o zamana kadar yapılan denetim kayıtlarının yok edilmesi gerekir²⁹¹.

2.7.2.2.2. Tedbirin uygulanması

İletişimin denetlenmesi kararı verildikten sonra bunun posta servisi memurları ya da polis servisleri tarafından uygulanacağı belirtilmiştir²⁹². Bu karar soruşturma hakimi tarafından kolluğa bildirilir, kolluk birimleri de ilgili haberleşme kurumunun görevlileriyle iletişime geçerek tedbirin yerine getirilmesini sağlamaktadır. Tedbirin süresine ilişkin olarak kanunda bir üst sınır bulunmamaktadır. Tedbire başvuru şartlarının ortadan kalkması halinde karara hükmeden kurul, denetlemeye son verme kararını da verecektir²⁹³.

²⁸⁸ ERDEM/ÖZBEK, s. 279.

²⁸⁹ AKMANLAR, s. 667.

²⁹⁰ SÖZÜER, s. 101.

²⁹¹ SÖZÜER, s. 101.

²⁹² AKMANLAR, s. 669.

²⁹³ SÖZÜER, s. 102.

2.7.3. Tedbirin hukuki sonuçları

Avusturya’da ses ve görüntü kayıtlarının hukuki durumu Alman Hukuku’ndaki düzenlemeleri andırmaktadır²⁹⁴.

Hukuka aykırı olarak yapılan denetleme bakımından şebeke sahibinin açık rızası varsa başvurulanan tedbir hukuka uygun hale gelir²⁹⁵.

Avusturya’da hukuka uygun olarak yapılan denetim sonunda başka bir fail ve suç hakkında elde edilen tesadüfi bilgiler de delil olarak hüküm ifade etmektedir²⁹⁶. Bu ülkede devletin suçu aydınlatma yükümlülüğü gereği, muhakeme kurallarına uyulmadan elde edilen bulguların değerlendirilebileceği kabul görmektedir²⁹⁷.

2.7.4. Tedbirin sona ermesi

İletişimin denetlenmesi tedbiri, karar verilen sürenin tamamlanması ya da aranan kanuni şartların ortadan kalkması ile son bulacaktır²⁹⁸.

Bu tedbire son verildikten sonra ilgisine haber verileceği Avusturya Usul Kanununda açık şekilde düzenlenmiştir²⁹⁹. Avusturya kanunlarına binaen denetleme işlemi tamamlanınca sorgu hakimi ilgililere bunu haber vermekte ve bu ilgililer kayıtları inceleme imkanına sahip olmaktadır³⁰⁰. Bu çerçevede iletişimin denetlenmesi son bulduktan sonra haberleşme aracının sahibine ve sanığa, ceza muhakemesinde ele geçirilen delillerin onun için önemli olması şartıyla dosyayı inceleme hakkı öngörülmüştür³⁰¹.

Tedbire ilişkin dökümanların yok edilmesi yükümlülüğü Avusturya kanunlarında açıkça yer almış ve en erken şüpheliye dosyayı inceleme hakkının tanınmasından sonra kayıtların yok edileceği öngörülmüştür³⁰².

²⁹⁴ ÖZTÜRK, “Ses ve/veya...”, s. 229.

²⁹⁵ ERDEM/ÖZBEK, s. 274.

²⁹⁶ “Ancak bu bulguların alt sınırı bir yıldan az olan bir suç bakımından da geçerli olup olmayacağı tartışmalıdır” (SÖZÜER, s. 102).

²⁹⁷ ERDEM/ÖZBEK, s. 296.

²⁹⁸ SÖZÜER, s. 102; ERDEM/ÖZBEK, s. 290.

²⁹⁹ ERDEM/ÖZBEK, s. 288.

³⁰⁰ AKMANLAR, s. 669.

³⁰¹ ERDEM/ÖZBEK, s. 289.

³⁰² ERDEM/ÖZBEK, s. 291.

Bu ülke hukukuna göre denetleme kararına karşı kanuni yollara başvurma imkanı bulunmaktadır. Tedbirin uygulandığına dair kararın ilgiliye tebliğinden itibaren 14 gün içerisinde Avusturya Yüksek Mahkemesinin ilgili dairesine başvuruda bulunulacaktır. Ayrıca ilgililer sınırlı bir çerçevede, temel haklarının korunması dayanağı ile Anayasa Mahkemesine ya da Yüksek İdare Mahkemesine başvurmak imkânına sahiptirler³⁰³.

2.8. İsviçre Hukuku

2.8.1. Genel olarak

İsviçre’de haberleşmenin gizliliğine anayasal güvence tanınmıştır³⁰⁴. İsviçre Federal Anayasası’nın 36/4 maddesinde, Posta ve telgraf yoluyla yapılan haberleşmelerin dokunulmazlığı düzenlenmiştir. Ancak mahkeme içtihatlarında ve öğretide telefon ve benzeri yollarla yapılan haberleşmenin de bu anayasal zırhın içerisine girdiği kabul edilmektedir. Fakat bu düzenleme ile devlet posta idaresinin müdahalelerine karşı bir koruma sağlanmakta, diğer devlet organlarının müdahaleleri açısından, anayasal güvence altında olan kişisel özel alanın dokunulmazlığına ilişkin anayasal korunmalara dayanılmaktadır. Bundan dolayı, ceza muhakemesi tedbiri olarak özel hayata müdahale içeren işlemler için, kişilik haklarının anayasal güvenceleri temel teşkil edecektir³⁰⁵.

İsviçre Federal Anayasasında özel haberleşme hürriyeti ve kişisel alana dair haklar, ancak bir kanun ile kamu yararı amaçlanarak ve orantılılık ilkesi çerçevesinde, hakların özüne müdahale edilmeden sınırlamaya tabi tutulabilir³⁰⁶. Ayrıca 28.11.1974 tarihinden itibaren AİHS bağlayıcı bir hukuki düzenleme olarak İsviçre’de yerini almıştır. Yani AİHS ile getirilen güvencelerde göz önünde bulundurulacaktır³⁰⁷.

İsviçre’de iletişimin denetlenmesi tedbiriyle alakalı Kantonlarda ve Federal Ceza Muhakemesi Kanununda (Bundesstrafprozess=BStP) düzenlemeler

³⁰³ SÖZÜER, s. 102; VATAN, s. 55; YILMAZ, Mehmet, s. 23.

³⁰⁴ ERDEM/ÖZBEK, s. 259; AKGÜL, s. 15.

³⁰⁵ SÖZÜER, s. 102.

³⁰⁶ SÖZÜER, s. 103; YILMAZ, Mehmet, s. 24.

³⁰⁷ “Sözleşme kanunlar hiyerarşisinde, diğer federal kanunlar düzeyinde olmakla birlikte; eğer sözleşmenin, federal veya kanton Anayasalarına göre daha fazla güvence sağlıyorsa, bağımsız anlamda bir üst norm niteliğinde görülmektedir” (SÖZÜER, s. 103).

bulunmaktadır. Esas olarak Federal Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenlemeler nazara alınacaktır. İsviçre Telefon ve Telgraf Kanun'da, uzakla yapılan haberleşme; elektrik ve radyoelektrik yollarla her türlü işaret, resim ve sesin alınması ve gönderilmesi şeklinde tanımlanmıştır. Bu kanunun yönetmeliğinde bütün yeni özel haberleşme araçlarını içeren bir tanım yapılmakta ve bu araçların tamamının denetime tabi olduğu anlaşılmaktadır. Suçların önlemesi veya suçların kovuşturulması amacıyla denetime başvurulması olanaklıdır³⁰⁸.

2.8.2. Tedbirin şartları

2.8.2.1. Maddi şartlar

2.8.2.1.1. Tedbirin uygulanacağı suçlar

Bu ülkede tedbire başvurulabilmesi için ne suç kataloğu ne de belli bir cezaya mahkum olma ihtimali olan suçlar kriteri benimsenmektedir. Kendine has özellikleri ile suçun belirli ağırlıkta olması kriteri esas alınmıştır. İsviçre'de kriterin açık olmadığı ifade edilerek, doktrince eleştirilmiştir³⁰⁹.

İsviçre'de CMK'ya göre bir cürüm, cünha ve hatta kabahatin ağırlığı ya da özelliği bu tür bir tedbir uygulanmasını haklı çıkarıyorsa, denetime karar verilebilir. Ayrıca telefonun bir suç aracı olarak kullanıldığı suçlarda da denetime başvurulabilir. Bu şekilde ki düzenleme, istisnai olsa da, bazı hallerde taksirle işlenen suçlarda dahi denetime başvurma olanağı sağlamaktadır. Anlaşıldığı gibi, İsviçre'de neredeyse bütün suçlar itibariyle denetimin uygulanması olanağı vardır. Fakat burada suçun ağırlığı ve gösterdiği özellik biçimindeki orantılılık ilkesine dikkat edilmesi zorunludur³¹⁰.

2.8.2.1.2. Tedbirin uygulanacağı kişiler

2.8.2.1.2.1. Kapsamı

İletişimin denetlenmesi tedbirine, fail ya da şeriklik şüphesi altındaki kişiler aleyhine başvurulur. Fakat, belirli olaylar üçüncü kişilerin şüpheli veya sanığa dayanan haberleri aldığını veya ilettiğini gösteriyorsa ya da sanığın bu kişilere ait telefonları

³⁰⁸ SÖZÜER, s. 103.

³⁰⁹ GÖKCEN, s. 190.

³¹⁰ SÖZÜER, s. 104.

kullandığına ilişkin bir şüphe bulunmakta ise, bu kişiler hakkında da denetim kararı verilebilir³¹¹.

İsviçre’de CMK’nın 66/1 maddesine göre tanıklıktan çekinme hakkına sahip meslek sahipleri olan avukat, noter, mali müşavir, doktor, ve eczacıların denetime tabi tutulmaları mümkün değildir³¹². Ancak etkili bir ceza kovuşturması yapılabilmesi gerekçesiyle tanıklıktan çekinme hakkı olan sanık yakınları ise denetim yasağının dışında bulunmaktadır. Bununla beraber, kanunun 78. maddesine göre, tanıklıktan çekinme hakkına sahip memurlar da iletişimin denetlenmesi tedbirinin aleyhlerine uygulandığı kişiler olarak sayılmıştır. Ayrıca sanığın, tedbirin uygulanmasının yasak olduğu kişilerin telefonlarını kullanması durumu varsa veya bu kişilerin doğrudan fail, şerik veya faile yataklık ettiklerinden şüpheleniliyor ise, haklarında denetime hükmedilmesi olanaklı hale gelecektir³¹³.

2.8.2.1.2.2. Şüphenin yoğunluğu

Denetim tedbirinin uygulanabilmesi için İsviçre’de, şüpheyeye dayanak olacak belli olguların bulunması gerekmektedir. Bu ise, halen mevcut ve somutlaşmış fakat basit suç şüphesi anlamına gelmektedir³¹⁴. Asgari somut olaylara dayanan bir şüphe bulunmalıdır³¹⁵.

Posta veya Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Haberleşmenin Denetlenmesi Hakkında Kanunu’na göre, İsviçre’de belirlenmiş olgulara dayanan ciddi şüphe ile beraber fiilin ağırlığının tedbirin lüzumunu gösterir ölçüde olması gerekmektedir³¹⁶.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında somut olaylara dayanan kuvvetli suç şüphesi bulunmasını aramıştır³¹⁷.

³¹¹ SÖZÜER, s. 104

³¹² AKMANLAR, s. 668.

³¹³ VATAN, s. 62; SÖZÜER, s. 105.

³¹⁴ ERDEM/ÖZBEK, s. 276.

³¹⁵ GÖKCEN, s. 191.

³¹⁶ YENİSEY/ALTUNÇ, s. 1309.

³¹⁷ SÖZÜER, s. 104.

2.8.2.1.2.3. Tedbirin tali niteliği

Denetim tedbirinin tali niteliği, daha önceden başvurulmuş tedbirlerin delil elde etmede yetersiz olmasını veya araştırmanın denetim olmadan mümkün olmamasını ya da araştırmanın son derece zorlaşması şartlarının bulunmasını gerektirmektedir³¹⁸.

İsviçre’de tedbirin tali niteliği yasal düzenleme içerisinde yer almaktadır³¹⁹.

2.8.2.2. Şekli şartlar

2.8.2.2.1. Yetki

İletişimin denetlenmesi tedbiri İsviçre’de, kovuşturmanın aşamasına göre farklılık arz etmektedir. Adli polisin federal savcının emriyle yaptığı hazırlık soruşturması sırasında karar verme yetkisi savcıya aittir. İlk soruşturmanın başlamasından sonra ise savcı talepte bulunabilirken, karar verme yetkisi soruşturma hakimine tanınmıştır³²⁰.

Esas olarak İsviçre’de bu tedbire karar verme yetkisi hakime ait bulunmaktadır³²¹.

2.8.2.2.2. Tedbirin uygulanması

Denetlemeye en çok 6 ay süre ile karar verilmektedir (İsviçre CMK, m. 66)³²². Şartların oluşması halinde bu sürenin 6 ay daha uzatılmasına da hükmedilebilir³²³.

İsviçre’nin bazı kantonlarında bu sürenin 30 gün olarak belirlendiği görülmektedir. Diğer bazı kantonlarda ise 6 aylık süreler bulunmaktadır³²⁴.

Denetim tedbirinin uygulanması, kararı veren federal savcı veya soruşturma hakiminin yazılı talebi üzerine telekomünikasyon işletmelerinin idaresi bünyesindeki memurlar tarafından yerine getirilmektedir bu çerçevede özel olarak yetiştirilmiş

³¹⁸ YENİSEY/ALTUNÇ, s. 1309.

³¹⁹ ERDEM/ÖZBEK, s. 279.

³²⁰ SÖZÜER, s. 105.

³²¹ ERDEM/ÖZBEK, s. 284.

³²² SÖZÜER, s. 105.

³²³ AKMANLAR, s. 668.

³²⁴ GÖKCEN, s. 199.

memurlar, iletişimi denetlemekte ve bir denetim protokolü düzenleyip ilgili adli makamlara iletmektedirler³²⁵.

Ayrıca, İsviçre’de haberleşme hizmeti veren şebekenin memuru yetkili kılınmakta ve haberleşme hizmeti veren şebekelere bu konuda yükümlülük de getirilmesi mümkün olmaktadır³²⁶.

2.8.3. Tedbirin hukuki sonuçları

İsviçre’de denetim sonucu elde edilen kayıt ve tespitler ceza muhakemesinde keşif konusu delil olarak kabul edilmektedir. Aynı zamanda kayıtları yapan ve bunları yazıya geçiren memurun tanık olarak dinlenmesine de karar verilebilmektedir³²⁷.

Ayrıca, İsviçre’de ses ve görüntünün gizlice kaydedilerek ceza yargılamasında delil olarak kullanılmasının hem anayasaya hem de insan haysiyetine aykırı olduğu yönünde görüşlerde bulunmaktadır³²⁸.

Özel haberleşmeye katılan kişilerden birinin rızasının bulunması halinde, tedbire başvurulabilmektedir. Rızanın bulunduğu hallerde yetkili makamın kararının bulunup bulunmaması gerektiği tartışma konusudur. Ancak bu çerçevede yapılacak denetimde kanundaki şartların oluşup oluşmadığı dikkate alınmalıdır³²⁹.

Hukuka uygun bir dinleme sonucunda, dinleme kararında yer almayan suçlarla alakalı tesadüfî bulgulara rastlanması halinde, bunların nasıl değerlendirileceği bakımından, ne federal düzeyde ne de kanton düzeyinde bir yasa ya da bir içtihat yoktur. Fakat, tesadüfî bulguların delil olarak değerlendirilebilmesinin mümkün olduğu genel kanaat sonucu kabul edilmektedir³³⁰.

İsviçre’de Federal Yüksek Mahkemenin son kararlarında, hukuka aykırı olarak yapılan denetim sonucu elde edilen delillerin kullanılabilmesinde şöyle bir yöntem izlenmiştir; hukuka aykırı olarak başvuru tedbir neticesinde ihlal edilen kişisel değer

³²⁵ SÖZÜER, s. 105.

³²⁶ ERDEM/ÖZBEK, s. 286.

³²⁷ SÖZÜER, s. 106.

³²⁸ ÖZTÜRK, “Ses ve/veya”, s. 229.

³²⁹ SÖZÜER, s. 106.

³³⁰ SÖZÜER, s. 106.

ile suçun aydınlanması sonucu elde edilecek yarar arasında bir kıyaslama yapılacak ve hangi değerin üstün tutulması gerektiği tespit edilerek buna göre hüküm kurulacaktır³³¹.

2.8.4. Tedbirin sona ermesi

Tedbire karar verilen süre sona erince ya da suçun aydınlatılmasına artık lüzum kalmadığı hallerde denetim tedbiri son bulacaktır³³².

İsviçre’de federal düzeyde bir düzenleme bulunmamakla birlikte 16 kantonda etkili hukuki korunma açısından ilgiliye tedbir uygulandıktan sonra haber verme yükümlülüğü öngörülmüştür³³³.

İsviçre Yüksek Mahkemesi 1983 ve 1984 yıllarından itibaren AİHM kararları ve orantılılık ilkesi ile AİHS’nin 13. maddesinde bulunan hukuki yollara başvurma hakkı gerekçe olarak kabul edilmiş ve denetim tedbirinin amacının tehlikeye düşmediği anlaşılır anlaşılmaz ilgiliye haber verilmesi gerektiği vurgulanmıştır³³⁴.

İsviçre CMK’sının 66. maddesinde, tedbir sonunda elde edilen kayıtlar ve protokoller ayrı olarak kasalara konulacak ve davanın kesin hükümle sonuçlanmasına kadar muhafaza edilecek ve bu andan sonra imha hükmü verilecektir.

İsviçre’nin bazı kantonlarında değerlendirilmesi mümkün olmayan delillerin yok edilebileceği kabul edilmiştir. Ancak bu delillerin yok edilmesi muhakemenin sonunda yapılacaktır³³⁵.

2.9. İtalyan Hukuku

2.9.1. Genel olarak

İtalyan 1947 tarihli Anayasasının 15. maddesinde yazışma ve diğer her türlü haberleşme hürriyetine ve gizliliğine dokunulamayacağı ve ancak kanunların tanıdığı güvenceler çerçevesinde adli makamların gerekçeli kararı ile bu hürriyete müdahale edebileceği düzenlenmiştir³³⁶.

³³¹ VATAN, s. 64; SÖZÜER, s. 106.

³³² ERDEM/ÖZBEK, s. 290.

³³³ ERDEM/ÖZBEK, s. 288.

³³⁴ SÖZÜER, s. 105.

³³⁵ GÖKCEN, s. 202.

³³⁶ ŞEN, Özel Hayatın Gizliliği, s. 44.

Haberleşme hürriyetinin ve gizliliğinin korunması, eski İtalyan Ceza Usul Kanununa 8 Nisan 1974 tarihli ve 98 sayılı “Özel Yaşantının ve Haberleşme Serbestliğinin ve Gizliliğinin Korunması Hakkındaki Kanunla” dahil olmuştur³³⁷.

İletişimin denetlenmesi tedbiri ise 1988 yılında yürürlüğe giren İtalyan Ceza Usul Kanununun 266. ve devamı maddelerindeki genel düzenlemelere ve başka kanunlardaki özel düzenlemelere göre uygulama alanı bulmaktadır. Kanunun 266/1. maddesine göre telefon, faks gibi bütün haberleşme araçları iletişimin denetlenmesi tedbirinin kapsamı içerisindedir³³⁸.

Aynı zamanda İtalyan CMK’sının geçiş maddeleri ile eski Kanununun 226. maddesinin önleme amaçlı denetime imkan veren hükümleri muhafaza edilerek suçların önlemesi amacıyla iletişimin denetlenmesi mümkün olmuştur³³⁹. Bununla birlikte 1992 yılında yürürlüğe giren “Organize Suçluluk Çerçevesinde İşlenen Fiillerin Araştırılması ve Yargılanmasının Koordinesi Hakkında Kanun” ile de iletişimin önleme amaçlı olarak denetlenmesi öngörülmüştür³⁴⁰.

2.9.2. Tedbirin şartları

2.9.2.1. Maddi şartlar

2.9.2.1.1. Tedbirin uygulanacağı suçlar

İtalyan CMK’ nın da, tedbirin uygulanacağı suçlar açısından, suç kataloğu modeli ve belli bir ceza miktarına çarptırılma ihtimalinin olduğu suçlar modelinin karma şekilde uygulandığı bir sistem benimsenmiştir³⁴¹.

Bu suçlar şu şekilde sayılmıştır:

- Ömür boyu hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suçlar,
- Alt sınırı 5 yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar,
- Uyuşturucu madde kaçakçılığı suçları,
- Silah kaçakçılığı suçları,

³³⁷ TOSUN, Öztekin, “8 Nisan 1974 Tarihli ve 98 Sayılı “Özel Yaşantının ve Haberleşme Serbestliğinin ve Gizliliğinin Korunması Hakkındaki İtalyan Kanunu”, İÜMHAD, Y. 10, 1976, S. 13, s. 199.

³³⁸ SÖZÜER, s. 106.

³³⁹ SÖZÜER, s. 107.

³⁴⁰ SÖZÜER, “Organize Suçluluk”, s. 265.

³⁴¹ GÖKCEN, s. 190; NUHOĞLU, s. 10.

- Patlayıcı madde kaçakçılığı suçları ile,
- Telefonla işlenen hakaret, tehdit ve kişilerin rahatsız edilmesi gibi suçlar³⁴².

Sayılan bu suçların kanunun belirttiği sınırın altında bir ceza gerektirmesi dahi denetime tabi olmasına engel olmaz³⁴³. Nitekim bu suçlar katalog olarak sayılmıştır.

Önleme denetlenmesi için de, devlete karşı işlenen suçlar, organize suçlar, adam öldürme, yağma ve adam kaldırma suçlarının bulunması gerekir³⁴⁴.

2.9.2.1.2. Tedbirin uygulanacağı kişiler

2.9.2.1.2.1. Kapsamı

Bu tedbir, suç şüphelisi olan şahıslar bakımından öngörülmüştür. Eski İtalyan Ceza Usul Kanununun muhafaza edilen 226. maddesindeki düzenlemede müdafinin, noterlerin ve mali müşavir gibi belli bazı meslek sahiplerinin iletişimleri denetlenmemektedir³⁴⁵.

Kanunun gerekçesinde bu yasağın mutlak nitelikte olduğu belirtilmiş ve bunun savunmanın dokunulmazlığı hakkına dayanan doğal bir sonuç olduğu vurgulanmıştır³⁴⁶.

2.9.2.1.2.2. Şüphenin yoğunluğu

İletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için sayılan suçlar bakımından ciddi belirtilerin bulunması zorunludur³⁴⁷.

Önleme amaçlı denetleme için de ciddi ve somut belirti bulunması gerektiği ifade edilmiştir³⁴⁸. Ancak bu şüphenin adli denetimde aranan şüphe yoğunluğundan daha hafif bir şüphe olduğu kabul edilmektedir³⁴⁹.

³⁴² GÖKCEN, s. 190; SÖZÜER, s. 107; TOSUN, “Özel Yaşantı”, s. 202.

³⁴³ SÖZÜER, s. 107.

³⁴⁴ SÖZÜER, s. 107.

³⁴⁵ AKMANLAR, s. 668.

³⁴⁶ TOSUN, “Özel Yaşantı”, s. 202.

³⁴⁷ SÖZÜER, s. 107.

³⁴⁸ TOSUN, “Özel Yaşantı”, s. 202.

³⁴⁹ SÖZÜER, s. 107.

2.9.2.1.2.3. Tedbirin tali niteliği

İletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için, kanunda belirtilen suçların soruşturulması açısından mutlak zorunluluk bulunması aranmıştır³⁵⁰.

Önleme amaçlı denetim bakımından, başka şekilde delil elde etme imkanının bulunmaması ve tedbire başvurmanın zorunlu olması şartları gerekmektedir³⁵¹.

2.9.2.2. Şekli şartlar

2.9.2.2.1. Yetki

Bu tedbire, savcılığın talebi üzerine hakim tarafından karar verilmesi öngörülmüştür. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcılık tarafından da tedbire karar verilmesi mümkündür. Fakat yetkili hakim bu karardan 24 saat içerisinde haberdar edilmeli ve 48 saat içinde de tedbirin onaylandığına ya da onaylanmadığına ilişkin kararını vermelidir. Eğer tedbir kararını onaylamazsa o ana kadar tutulan kayıtlar ve elde edilen deliller mutlak değerlendirme yasağının kapsamındadır³⁵².

Önleme denetiminde, içişleri bakanı, emniyet müdürleri, maliye veya polis, yer bakımından yetkili savcıdan iletişimin denetlenmesi talebinde bulunma imkanını haizdir³⁵³.

2.9.2.2.2. Tedbirin uygulanması

Denetim tedbirinin ne şekilde, nasıl ve ne süreyle uygulanacağına doğrudan savcılık tarafından hükmedilmektedir. Fakat tedbirin uygulanma süresi 15 günü geçemez. Bununla birlikte savcılığın gerek gördüğü durumlarda 15 günü geçmemek kaydıyla hakimden uzatma kararı vermesi istenebilir. En fazla iki defa süre uzatılabilmektedir³⁵⁴.

Savcılık tedbirin uygulanmasını bizzat kendisi yapabileceği gibi, bunu adli polis memurlarına da yaptırabilir³⁵⁵.

³⁵⁰ SÖZÜER, s. 107.

³⁵¹ TOSUN, “Özel Yaşantı”, s. 202.

³⁵² SÖZÜER, s. 107.

³⁵³ SÖZÜER, s. 107.

³⁵⁴ SÖZÜER, s. 107; TOSUN, “Özel Yaşantı”, s. 202.

³⁵⁵ AKMANLAR, s. 669; SÖZÜER, s. 107.

Denetim tedbirine ilişkin bütün işlemler savcılık tarafından tutulan dosyaya konulacak ve korunacaktır. Bununla beraber, savcılık yapılan tespit ve kayıtların içeriğini tutanak haline getirerek, hükmün kesinleşmesine kadar muhafaza edecektir³⁵⁶.

2.9.3. Tedbirin hukuki sonuçları

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcılık tarafından verilen denetim kararları 48 saat içinde hakim tarafından onaylanamazsa bu süreye kadar elde edilen bulgu ve belgeler delil olarak kullanılamaz³⁵⁷. Bu denetim sonunda elde edilen bilgilerin ve tutulan kayıtların başka davada delil olarak kullanılması da mümkün değildir. Ancak bu kullanımın istisnası, bir failin suçüstü halinde yakalanması için mecburilik bulunması durumunda uygulamadır³⁵⁸.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinde elde edilen tespit ve kayıtların ceza yargılamasında delil olarak kullanılması mümkün değildir. Ayrıca, 1992 yılında yürürlüğe giren Organize Suçlulukla Mücadele Kanununa göre elde edilen bulgu ve bilgilerin de delil olarak kullanılamayacakları açıkça düzenlenmiştir³⁵⁹.

2.9.4. Tedbirin sona ermesi

İtalya’da bu tedbirin uygulandığı hakkında bir bilgi, tedbir uygulanan kişiye resmi olarak bildirilmemekte, ancak ceza kovuşturmasına geçildiğinde iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulandığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Böylece, ilgili dosyayı incelerken tedbiri de öğrenmiş olmaktadır³⁶⁰.

Dava kesin hükümle sona erdikten sonra, elde edilen kayıtların başka bir suçun ispatlanmasında kullanılmasının zorunluluk arz etmediği anlaşılırsa, davaya bakan mahkeme denetim sonunda elde edilen kayıtların yok edilmesine hükmedecektir³⁶¹.

³⁵⁶ SÖZÜER, s. 107.

³⁵⁷ YILMAZ, Mehmet, s. 31; SÖZÜER, s. 107.

³⁵⁸ SÖZÜER, s. 107.

³⁵⁹ SÖZÜER, s. 108.

³⁶⁰ AKMANLAR, s. 669.

³⁶¹ SÖZÜER, s. 107; VATAN, s. 66.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. CEZA MUHALEMESİ KANUNUNA GÖRE TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

3.1. İletişimin Denetlenmesinin Amacı, Kapsamı Ve Türleri

3.1.1. Amaç

Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenmiş olan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi bir koruma tedbiri olduğundan, öncelikle maddi gerçeğin araştırılması ve ortaya çıkarılması amacını içerir³⁶².

Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 135. maddesinde bu tedbire, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada delil elde edilmesi amacıyla başvurulabileceği düzenlenmiştir³⁶³. Yani iletişimin denetlenmesi tedbirinin amacı delil elde edilmesidir.

Öğretide bu tedbire ancak bu amaçla başvurulabileceği ve bu tedbir sonucunda elde edilen bilgilerin başka bir amaçla kullanılamayacağı ifade edilmiştir³⁶⁴.

CMK'nın 135.maddesinin 4.fıkrasında belirtilmiş olan mobil telefonun³⁶⁵ yerinin tespiti tedbirine ise, şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla başvurulacağı düzenlenmiştir.

Mobil telefonun yerinin tespitine ancak yakalama amacıyla başvurulabileceği ve delil elde etmek amacıyla başvurulamayacağı iddia edilmiştir³⁶⁶. Bununla birlikte maddeye ilişkin adalet komisyonu raporunda, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla da bu tedbire başvurulabileceği ifade edilmiştir³⁶⁷. Kanaatimizce şüpheli veya

³⁶² CENTEL/ZAFER, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin, belli suçlar için başvurulabilen özel ve gizli bir koruma tedbiri olduğu görüşündedir (CENTEL/ZAFER, s. 391).

³⁶³ “Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması durumunda, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir” (CMK m. 135/1).

³⁶⁴ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 631.

³⁶⁵ “1. Araç telefonu. 2. Cep telefonu”, www.tdk.gov.tr, 10.08.2009.

³⁶⁶ KAYMAZ, s. 56.

³⁶⁷ “CMK'nın 135. maddesinin dördüncü fıkrasında, maddi gerçeğin açıklığa kavuşturulması ya da şüpheli veya sanığın yakalanmasının mümkün kılınması amacıyla yönelik olarak, telsiz telefonla yaptığı konuşmaların yer ve zamanın belirlenmesine ilişkin kararın içeriği ve uygulama süresi

sanığın yakalanması amacıyla bu tedbire başvurulacaktır. Ancak, mobil telefonun yeri tespit edilirken delil de elde edilebileceğinden, bu deliller de dikkate alınacaktır.

Sanığın yakalaması için mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin düzenlendiği ve iletişimin dinlenmesi, kaydı, tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerine sanık veya şüphelinin yakalanması amacıyla başvurulamayacağı ileri sürülmüştür³⁶⁸. Ancak CMK'nın 135. maddesindeki düzenlemeye göre, bu tedbirlere kovuşturma evresinde de başvurulabildiğinden sanığın yakalanması amacıyla iletişimin dinlenebileceği kabul edilmelidir³⁶⁹.

3.1.2. Kapsamı

CMK'da düzenlenen “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” tedbirinin kapsamına, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, kaydedilmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespiti girmektedir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim ise, işaret, 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 alınmasını kapsamaktadır³⁷⁰. Anlaşılacağı üzere telefon, faks, elektronik posta ve benzeri yollarla gerçekleştirilen iletişim bu kapsamdadır³⁷¹.

İletişimin denetlenmesine yönelik olan tedbirler, hakkında tedbir uygulanacak kişinin üzerine kayıtlı veya kullanmakta olduğu iletişim araçlarının tümü hakkında uygulanabilir. Hakkında karar verilen kişi ile iletişim araç sahibinin farklı kişiler olması halinde bu durum talep ve kararda açıkça belirtilir. İletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda

hakkında düzenleme yapılmıştır” (ŞAHİN, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 378).

³⁶⁸ TAŞKIN, s. 72; KAYMAZ, s. 56.

³⁶⁹ Aynı görüş için bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 712.

³⁷⁰ Bkz. 14.02.2007 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmış olan “Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”, m. 4/j.

³⁷¹ KOYUNCU, Tuğçe, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletimin Denetlenmesi”, Hukuk Gündemi, Ankara 2005, s. 78.

alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kararı kişilerin yurt dışı bağlantılı iletişimini de kapsamaktadır³⁷².

3.1.3. Türleri

3.1.3.1. İletişimin tespiti

İletişimin tespiti, iletişimin içeriğine müdahale etmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri ifade etmektedir³⁷³. Yani, iletişimin tespiti, iletişimin içeriğini öğrenme amacı taşımamakta ve fakat şüpheli veya sanığın kimlerle, ne sürede, ne zaman ve nerede iletişim kurduğunun saptanmasını içermektedir.

Adalet Komisyonu raporunda, iletişimin tespiti, belli bir telefon numarasından kimlerin ne zaman arandığı, konuşmaların ne kadar süreyle yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının tespit edilmesi³⁷⁴ şeklinde tanımlanmıştır.

Öğretide, bazı yazarlar iletişimin tespiti kavramını yönetmelikteki tanım doğrultusunda kabul etmişlerdir³⁷⁵. Ancak iletişimin tespiti, farklı anlamda da kullanılmış ve “dış bağlantı verileri” olarak adlandırılarak, iletişimin kimler arasında ve hangi saatte yapıldığına ilişkin bilgilerin CMK 135 maddesi kapsamında olmadığı ve bu maddedeki usullere tabi olmayacağı iddia edilmiştir³⁷⁶.

Diğer bir görüş ise, CMK anlamında tespitten, telefonun veya telefonu kullanan kişinin bulunduğu yerin saptanmasının anlaşılacağını ve CMK’nın 135. maddesinin 4. fıkrasında da tespitten, mobil telefonun yerinin bulunması olarak ifade edildiğini belirtmiştir³⁷⁷.

³⁷² Bkz. 14.02.2007 Tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği”, m. 7.

³⁷³ 14.02.2007 Tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği”, m.4/f.

³⁷⁴ YILMAZ, Zekeriya, Notlu-Gerekçeli-Genel Açıklamalı Karşılaştırmalı ve Tutanaklı Ceza Muhakemesi Kanunu ve İlgili Mevzuat, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 475.

³⁷⁵ ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 421; ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 266; ŞEN, Türk Hukuku, s. 51; KAYMAZ, s. 113; TAŞKIN, s. 77.

³⁷⁶ “Özellikle telefonla taciz, hakaret gibi olayların aydınlatılması amacıyla, haberleşme hizmeti sunan kurum tarafından, yapılan konuşmaları ücretlendirmek amacıyla tutulan bu bilgilerden yararlanılmasına CMK 135 engel oluşturmamaktadır” (ÖZTÜRK/ERDEM, s. 630).

³⁷⁷ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 715.

Yargıtay ise, iletişimin tespiti kavramını, soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı telefonuyla yaptığı görüşmelere ilişkin detay bilgilerinin, yani telefonla yapılan bağlantıların kimlerle ve ne zaman yapıldığının belirlenmesi olarak tanımlamıştır³⁷⁸.

İletişimin tespiti için, suç sınırlaması bulunmamaktadır. 5271 sayılı CMK.'nın 135. maddesi uyarınca, katalog suçlarla sınırlandırılmış olan denetim şekilleri, dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesidir. Anlaşılacağı gibi, iletişimin tespiti bunun dışında tutulmuştur³⁷⁹. Nitekim Yargıtay 5. Ceza Dairesi 03.10.2005 tarihli kararında hangi suça ilişkin olursa olsun, şüpheliye ait telefonda kimlerle, ne zaman görüşüldüğüne dair tespitin CMK'nın 135. maddesinin 6. fıkrası dışında bırakıldığını ve hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısının kararıyla suç sınırlaması olmadan tespiti karar verilebileceğini karara bağlamıştır³⁸⁰.

3.1.3.2. İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması

İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması, yönetmeliğin tanımlar başlıklı 4/e maddesinde “telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri ifade eder” şeklinde düzenlenmiştir³⁸¹. Ancak, iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması birbirinden ayrılmakta ve farklılık arz etmektedir. Nitekim, öğretide de bu iki denetim şekli birbirinden ayrı olarak tanımlanmıştır³⁸². Buna karşılık, yönetmelikte yapılan tanıma paralel tanımlar da yapılmıştır³⁸³.

³⁷⁸ T.C. YARGITAY 5. C. D. 2005/14969 E, 20489 K, 03.10.2005 tarihli karar, YKD Haziran 2006, C. 32, S. 6, s. 992.

³⁷⁹ Bu madde (Değişik ibare: 5353 - 25.5.2005 /17) “kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler” ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir (CMK, m.135/6).

³⁸⁰ T.C. YARGITAY 5. C. D. 2005/14969 E, 20489 K, 03.10.2005 tarihli karar, YKD Haziran 2006, C. 32, S. 6, s. 992-994.

³⁸¹ 14.02.2007 Tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği”, m.4/e.

³⁸² ŞEN, Türk Hukuku, s. 51; ÖZBEK, s. 421; KAYMAZ, s. 110-112; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 715.

³⁸³ “Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi ise araya bir vasıta sokulmak suretiyle gerçekleştirilen her türlü haberleşmenin gizlice dinlenmesi, burada elde edilen bilgilerin kaydedilmesi ve değerlendirilmesi olarak tanımlanabilir”, (ÇOKSEZEN, Atakan, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi

3.1.3.2.1. İletişimin dinlenmesi

Öğretide, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi, yapılmakta olan iletişimin sadece, yetkilendirilen üçüncü kişi tarafından dinlenmesi, bu şekilde yapılmakta olan iletişim hakkında bilgi sahibi olunması şeklinde tanımlanmıştır³⁸⁴. Bu dinlemenin, canlı dinleme³⁸⁵ olduğu ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin bu konuda yetkili kılınan üçüncü kişi tarafından dinlenilmesini ifade ettiği belirtilmiştir³⁸⁶.

Diğer bir tanıma göre, iletişimin dinlenmesi kural olarak bir kamu görevlisinin şüpheli veya sanığın diğer kişilerle kurduğu iletişimin içeriğine müdahale edilmeksizin dinlenilmesini ifade eder³⁸⁷. Kanaatimizce, iletişimin dinlenmesi, sanık veya şüphelinin konuşmalarının yapıldığı anda, canlı olarak takip edilmesi anlamına gelmektedir.

3.1.3.2.2. İletişimin kayda alınması

İletişimin kayda alınması, telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmalar ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla kayda alınması anlamına gelmektedir³⁸⁸. İletişimin kaydedilmesi, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan konuşmalardaki ses veya görüntüler ile elektronik posta yoluyla yapılan iletişim içeriği hakkında uygulanacaktır³⁸⁹.

Öğretide iletişimin kayda alınmasına ilişkin çeşitli tanımlara rastlanmaktadır. Şöyleki;

Şen, iletişimin kayda alınmasını, konuşulanların elektronik ortamda bir üçüncü kişi tarafından kayıt cihazı yardımıyla kaydedilmesi/kayıt altına alınması³⁹⁰ olarak tanımlamıştır.

Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Tedbiri Olarak İletişimin Dinlenmesi”, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_229.htm, s. 3, E.T. 21.01.2009).

³⁸⁴ ÖZBEK, s. 421.

³⁸⁵ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 715; KAYMAZ, s. 110.

³⁸⁶ ŞEN, Türk Hukuku, s. 51.

³⁸⁷ “Bu işlemin ispat aracı olarak kullanılabilmesinin temini için kaydedilmesi de benimsenmiştir” (TAŞKIN, s. 79).

³⁸⁸ 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 işlemleri, olarak tanımlanmıştır (14.02.2007 tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği”, m. 4/e).

³⁸⁹ Adalet komisyonu raporu için, bkz. YILMAZ, Zekeriya, Ceza Muhakemesi, s. 475.

³⁹⁰ ŞEN, Türk Hukuku, s. 51.

Özbek ise, iletişimin kayda alınması kavramının, telekomünikasyon yoluyla yapılmakta olan iletişimin, yetkilendirilen üçüncü kişi tarafından, bir kayıt cihazı yardımı ile kaydedilmesini³⁹¹ ifade ettiğini belirtmiştir.

Diğer bir görüşe göre de iletişimin kayda alınması, konuşulanların elektronik ortamda veri olarak kayıt altına alınmasıdır³⁹².

İletişimin dinlenilmesi ve kayda alınmasına, CMK'nın, 135. maddesinde belirtilen suçlarla sınırlı olarak başvurulabilecektir (CMK. m.135/6).

İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbirine başvurulması halinde bunun yönetmelikte belirtilen tutanakla tespit edilmesi gerekir³⁹³.

³⁹¹ ÖZBEK, s. 421.

³⁹² KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 715.

³⁹³ 14.02.2007 Tarihli "İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği ", Ek 1, Tutanağı;
İLETİŞİMİN DİNLENMESİ VE KAYDA ALINMASINA İLİŞKİN TUTANAK

.....Mahkemesi hakimi/savcısı tarafından verilen tarihli ve
.....soruşturma sayılı iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması kararının
uygulanması sonucunda adlı kişiye ait adlı kişinin kullandığı
..... numaralı/ iletişim aracının
..... tarihleri arasında yapılan dinlenmesi esnasında aşağıdaki konuşma/konuşmalar tespit
edilmiştir.

Kayıt Sıra No(*):

Tarih saat ve süre :

Arayan ve Aranan İletişim Aracının Numaraları:

Arayan ve Aranan Kişiler:

Konuşma Dili/Lehçesi :

Konuşmanın İçeriği :

Bu iletişimin dinlenmesi sırasında dillerindeki konuşmalar
tarafından tercüme edilmiştir.

Bu Tutanak tarihinde saat.....'da tanzim edilmiş ve tarafımızdan imzalanmıştır.

Kolluk Görevlisinin: Varsa Çeviren

Aidiyet NumarasıAdı Soyadı

İmzaİmza

3.1.3.3. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi

Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesine 5353 sayılı Kanunla sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi eklenmiştir. Sinyal bilgisi, bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veri anlamına gelmektedir³⁹⁴. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ise, *“iletişimin 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 işlemlerini ifade eder”*³⁹⁵ şeklinde tanımlanmıştır. Anlaşılabileceği üzere, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinde iletişim içeriğine müdahale söz konusu değildir. Ancak, bu tedbire başvurulabilmesi için, CMK’nın 135. maddesinde düzenlenmiş olan suç katalogundaki suçlardan birinin bulunması gerekir (CMK. m.135/6).

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin, elde edilen kişisel veriler üzerinde araştırma yapmak ve elde edilen verileri analiz etmek anlamına geldiği belirtilmiştir³⁹⁶.

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işleminin uygulanma şekli öğreti de Şahin tarafından şu şekilde ifade edilmiştir, *“Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemi şu şekilde gerçekleştirilmektedir: bu sinyal bilgilerin oluşturduğu bilgiler firmalar tarafından muhafaza edilerek, fatura bilgisine çevrilmektedir. Bu işlemler gerçekleşirken, müşterilerin bilgisi olmaksızın firma çalışanlarınca dahi bu bilgiler görülebilmektedir. Oluşan bu fatura bilgilerini, Hakim veya cumhuriyet savcısı kararıyla alan kolluk, bir program aracılığıyla, şüpheli veya sanığı tespit için yararlanılabilecek hale getirmektedir. Kişiler arasındaki iletişim trafiği, görüşmenin içeriğine başvurulmaksızın izlenmektedir. Telefon detay kayıtları, -fatura bilgileri esas olmak üzere- arayan, aranan, kullanılan makine ve yer bilgilerini kapsamaktadır. sinyal bilgileri ile şüpheli veya sanık takip edilerek aynı güzergahtan aynı zaman dilimi*

(*) Bu bölümdeki bilgiler, suçla ilgili her konuşma için ayrı ayrı doldurulacak ve 1’den başlayarak birer kayıt numarası verilecektir.

³⁹⁴ 14.02.2007 Tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği”, m. 4/h.

³⁹⁵ 14.02.2007 Tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği”, m. 4/ı.

³⁹⁶ ŞEN, Türk Hukuku, s. 51; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 715.

içerisinde geçmiş olan kişilerin geriye dönük olarak yapılan incelemesi ile bazı bilgilere ulaşılmaya çalışılmaktadır”³⁹⁷.

3.1.3.4. Mobil telefonun yerinin tespiti

Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 135. maddesinde düzenlenmiş olan bir diğer iletişimin denetlemesi şekli mobil telefonun yerinin tespitidir.

Mobil telefonlar kapsama alanında bulundukları GSM operatörüne ait baz istasyonu ile sinyal alışverişine girmekte ve iletişim de telefonun göndermiş olduğu sinyalin baz istasyonunca cevaplanması sonucu gerçekleşmektedir. Mobil telefonun gönderdiği sinyal bilgilerinden sinyali gönderen telefonun bulunduğu yer ve numarası tespit edilebilmektedir³⁹⁸. Bu bilgiler, “Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmeliğin” tanımlar başlıklı 3. maddesinde “yer verisi” olarak adlandırılmıştır³⁹⁹.

Öğretide “mobil telefonun yerinin tespitine” ilişkin farklı görüşler söz konusudur. Bir görüşe göre, iletişimin dinlenmesi, tespiti, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, mobil telefonlar vasıtasıyla yapılan iletişimi de kapsamaktadır. Bundan dolayı iletişimin tespitinin, mobil telefonu da içine aldığı gerekçe gösterilerek bu düzenlemenin yerinde olmadığı ileri sürülmüştür⁴⁰⁰. Bir başka görüşe göre, mobil telefonun yerinin tespiti, sanık veya şüphelinin yakalanması amacını taşıdığından ve 135/4’de ayrıca düzenlendiğinden, iletişimin dinlenmesi, tespiti, kaydedilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinden farklılık arz etmekte olup, ayrı bir koruma tedbiri olarak düzenlenmelidir⁴⁰¹. Ayrıca, diğer bir görüşe göre ise, mobil telefonun yerinin tespit için denetime tabi tutulması, ayrı bir iletişimin

³⁹⁷ ŞAHİN, Ceza Muhakemesi s. 267 .

³⁹⁸ KAYMAZ, s. 128.

³⁹⁹ “Yer verisi: Kamuya açık telekomünikasyon hizmeti kullanıcısına ait bir telekomünikasyon cihazının coğrafi konumunu belirleyen şebekede işlenen her türlü veriyi ifade eder” (Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik, m. 3, http://www.tk.gov.tr/duzenlemeler/hukuki/yonetmelikler/Kisisel_Bil_Yon_06_02_04.pdf, E. T. 23.01.2009).

⁴⁰⁰ ÖZBEK/KANBUR/BACAŞIZ/DOĞAN, s. 266.

⁴⁰¹ YOKUŞ SEVÜK, Handan, “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, TBB Dergisi, S. 69, Mart-Nisan 2007, s. 112.

denetlenmesi çeşidi olmayıp, iletişimin tespiti ile sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin özel bir şeklidir denilmiştir⁴⁰².

Mobil telefonun yerinin tespit edilmesi CMK'nın 135. maddesinin 4. fıkrasındaki ilk düzenlemede, şüpheli veya sanığın "kullanmakta olduğu" mobil telefonun yerinin tespitini ihtiva ediyordu. Ancak 5353 sayılı Yasayla bu madde de bulunan, şüpheli veya sanığın **"kullanmakta olduğu"** ve **"kullanılan"** ibareleri madde metninden çıkarılmıştır. Böylelikle, sanık veya şüphelinin yakalanması amacıyla, sadece şüpheli veya sanığın mobil telefonu değil, şüpheli veya sanığa ulaşılmasını sağlayacak herhangi bir mobil telefonun yeri tespit edilebilecektir⁴⁰³. Fakat bu değişiklik, sadece şüpheli veya sanığın adına olan mobil telefon hakkında tespit yapılabileceği ve bunun da olumsuz netice doğuracağı şeklinde de yorumlanmıştır⁴⁰⁴.

Mobil telefonun yerinin tespiti işlemine başvurulabilmesi, CMK'nın 135. maddesinde belirtilen suç katalogu ile sınırlı değildir. Bütün suçlar için bu tedbire başvurulabilmesi olanaklıdır⁴⁰⁵. Ancak bu tedbire sadece suç katalogunda bulunan suçlar için başvurulabileceği yönünde de görüş bildirilmiştir⁴⁰⁶.

Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilecektir. Bu konuda verilecek kararda, mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilecek, tespit işlemi en çok üç ay için yapılabilecek ve bu süre, bir defa daha uzatılabilecektir (CMK.135/4). Kanun hükmü, karar verme yetkisini hâkime tanımış, ancak gecikmesi sakıncalı hallerde cumhuriyet savcısının da karar vermeye yetkili olduğunu belirtmiştir. Cumhuriyet savcısı verdiği kararı en kısa sürede hâkim onayına sunacaktır. Gerekli süre geçmesine rağmen hâkim onayına sunulmayan kararlara dayanılarak yapılan tespit hukuka aykırılık arz edecektir⁴⁰⁷.

⁴⁰² ŞAHİN, Ceza Muhakemesi, s. 265.

⁴⁰³ HAKERİ, Hakan, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması", EÜHFD, C. I, S. 1, Y. 2006, s. 25; YOKUŞ SEVÜK, s. 112; NUHOĞLU, s. 12; KAYMAZ, s. 129; TAŞKIN, s. 82.

⁴⁰⁴ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 713.

⁴⁰⁵ ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 379; ÖZBEK, s. 424; TAŞKIN, s. 82; KAYMAZ, s. 131.

⁴⁰⁶ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 636.

⁴⁰⁷ KAYMAZ, bu durumun hukuka aykırı olacağını ve fakat bunun bir yaptırımının olmadığını belirtmiştir (KAYMAZ, s. 131).

Mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine sadece sanık veya şüphelinin yakalanması amacıyla başvurulabildiğinden, hükümlünün yakalanması için başvurulamayacaktır. Bu durum öğretide eleştirilmiştir⁴⁰⁸.

3.1.3.5. Diğer iletişim bilgilerinin istenmesi

Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada Cumhuriyet savcıları veya mahkemeler, abone bilgileri, telefon numarası, elektronik cihaz bilgileri veya iletişim bağlantısının tespitine imkan veren kodu gibi iletişimin tespiti kapsamı dışındaki diğer bilgileri işletmecilerden isteyebilirler. Bu tür istemler işletmeciler tarafından derhal yerine getirilecektir⁴⁰⁹. Diğer iletişim bilgileri öğretide detaylandırılmaya çalışılmıştır⁴¹⁰.

3.2. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesinin Şartları

3.2.1. Genel olarak

Ceza Muhakemesi Kanunumuzun “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” şeklinde düzenlenmiş olan iletişimin dinlenmesi, kaydedilmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, iletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirleri hukuk devleti olmanın gereği olarak özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetinin ihlaline sebep olunmaması ya da yasal çerçeve ile müdahale edilebilmesi için yasa koyucu tarafından belli şartlara bağlanmıştır. Bu şartlar; iletişimin dinlenmesi, kaydedilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri için CMK 135.maddesinin 6. fıkrasında belirtilen katalog kapsamında bir suç işlenmesi, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması ve de hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararının bulunmasıdır.

⁴⁰⁸ “Beraat etme ihtimali bulunan şüpheli veya sanığın duruşmaya getirilebilmesi amacıyla yakalanması için mobil telefonun yeri tespit edilebilirken, hakkında kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı bulunan hükümlünün cezasının infazı için yakalanması amacıyla mobil telefonunun yerinin tespit edilemiyor olmasının yasal bir eksiklik olduğunu ve değiştirilmesi gerektiğini düşünüyoruz” (TAŞKIN, s. 82).

⁴⁰⁹ 14.02.2007 Tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği”, m. 10/2.

⁴¹⁰ “Diğer iletişim bilgilerinden kast edilen, abone ismi, abone adresi, abone kimlik bilgileri, telefon numarası, İmei numarası sorgusu veya eşleştirmesi, ip sorgusu bilgileri, sim kart bilgisi ve eşleştirmesi, imsi bilgisi, puk numarası bilgisi, kontör kartları bilgisi ve eşleştirmesi, roaming bilgisi ve telefonun açık olup olmadığı bilgisidir” (TAŞKIN, s. 83).

İletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti işlemleri için suç katalogu şartı aranmamıştır. Herhangi bir suç sınırlaması olmadan bu tedbirlere başvurulabilecektir. Bununla birlikte, iletişimin tespiti için, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması ve de hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararının bulunması şartları ise aranmıştır. Bunun aksine, mobil telefonun yerinin tespiti işlemi bakımından kuvvetli şüphe sebebi ve başka surette delil elde edilmesi şartları gerekmemekte ve ancak hakim kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının karar vermesi şartı ise gerekmektedir (CMK 135/1).

Sayılan nedenlerle, şartlar açıklanırken özellikle iletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirleriyle ilgili istisnalar ayrıca belirtilecektir.

3.2.2. Denetimin uygulanacağı suçlar açısından

3.2.2.1. Genel olarak

İletişimin denetlenmesi tedbiri, karşılaştırmalı hukuk bölümünde⁴¹¹ belirttiğimiz gibi, özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetine müdahaleler içerdiğinden, her ülkede uygulanılacak suçlar açısından çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. Tedbirin uygulanacağı suçlar, düzenlenen suç kataloguna, işlenen suça göre verilecek cezanın ağırlığına ve suçun ağırlığına göre belirlenmektedir⁴¹². Bu durum, aynı zamanda AİHM kararlarında da vurgulanan, iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurmada “ancak demokratik kurumları korumak bakımından mutlak zorunluluk bulunması” şartının bir uzantısıdır ve denetimin belli suçlarla sınırlandırılması zorunluluk arz etmektedir⁴¹³.

4422 sayılı ÇASÖMK’nın 2. maddesinde, iletişimin dinlenmesi ve tespiti işlemlerinin uygulanacağı suçlar için suç katalogu veya belli bir ağırlıkta olma ilkeleri benimsenmemiştir. Bu tedbirlerin uygulanacağı suçları, kanunda belirtilen suçlar diye ifade etmiş ve geniş bir uygulama alanı sağlamıştır⁴¹⁴. Bu suçlar, suç işlemek amacıyla

⁴¹¹ Bkz. 2.Bİ.

⁴¹² MAHMUTOĞLU, s. 406.

⁴¹³ ERDEM, Mustafa Ruhan, “5271 Sayılı CMK’da İletişimin Denetlenmesi”, HPD S. 3, Nisan 2005 s. 98; ÖZBEK, s. 422.

⁴¹⁴ Mülga 4422 sayılı ÇASÖMK, m. 2, “Bu kanunda öngörülen suçları işleme veya bunlara iştirak yahut işlendikten sonra faillere 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

örgüt kurma veya yönetme, örgüt için faaliyette bulunma ve örgüt için bilerek hizmet üstlenmektir. Ayrıca aynı Kanunun 16. maddesinde bir kısım kanunlardaki suçların da bu Kanunun kapsamında olduğu belirtilmiştir. Fakat, bu Kanunda çıkar amaçlı suç örgütü tanımı belirlilik ilkesine uygun olarak yapılmadığından dolayı, tedbirin uygulanabileceği suçların öngörülme olanağı da yoktu⁴¹⁵.

5271 sayılı CMK’da ise tedbirin uygulanabileceği suçlar suç katalogu şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme, karışıklığın önlenmesi ve belirliliğin sağlanması için önem taşımaktadır. 2001 Tasarısında ise cezaların ağırlığı kriteri benimsenmiş ve beş yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suçlar için bu tedbire başvurulabileceği öngörülmektedir⁴¹⁶.

Suç katalogu iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi için gereklidir. Ancak iletişimin tespiti⁴¹⁷ ve mobil telefonun yerinin tespiti işlemleri için suç katalogu sınırlaması bulunmamaktadır. Bu işlemler her suç için uygulanabilir (CMK m.135/6).

3.2.2.2. Katalog halinde sayılan suçlar

İletişimin dinlenmesi, kaydı ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi için öngörülen suç katalogu CMK’nın 135. maddesinin 6.fıkrasında düzenlenmiştir. Bu suçlar;

- 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),

elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri ve diğer nitelikteki bilgileri dinlenebilir veya tespit edilebilir”.

⁴¹⁵ ERDEM, “İletişimin Denetlenmesi”, s. 98.

⁴¹⁶ HAKERİ, “İletişimin Tespiti”, s. 22.

⁴¹⁷ İletişimin tespiti için suç katalogu sınırlaması olmaması eleştirilmiştir. Bkz. ŞEN, Türk Hukuku, s. 63.

8. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220)⁴¹⁸,

9. Fuhuş (madde 227, fıkra 3)⁴¹⁹,

10.İhaleye fesat karıştırma (madde 235),

11. Rüşvet (madde 252),

12. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),

13. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315),

14. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu⁴²⁰,

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar⁴²¹.

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar⁴²²,dır.

⁴¹⁸ Ancak 14.02.2007 Tarihli “Telekomünikasyon.... Yönetmeliği” 8. maddesinde, bu fıkraların terör örgütü faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde denetime tabi olacağı belirtilmiştir; Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, ancak Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesinin altıncı fıkrasında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 220. maddesinin iki, yedi ve sekizinci fıkralarında yer alan suçların bir terör örgütünün faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde bu suçlar için de iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerine başvurulabilir.

⁴¹⁹ Bu suç, 25.05.2005 t. ve 5353 sayılı kanunun 17. maddesi ile kataloga eklenmiştir. Ancak TCK 227. maddenin 3. fıkrası 5560 sayılı kanunun 45. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁴²⁰ Bu suç, 25.05.2005 t. ve 5353 sayılı kanunun 17. maddesi ile kataloga eklenmiştir. Ayrıca bankacılıktaki zimmet suçunu düzenleyen 4389 sayılı bankalar kanunu, 5411 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılmış olup, 5411 sayılı kanunun 160/3. maddesinde zimmet suçu düzenlenmiş ve 166/b deise bu suçların soruşturma ve kovuşturmalarında, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135 ila 138 inci maddelerin uygulanacağı ifade edilmiştir (R.G. 1 Kasım 2005 – S. 25983).

⁴²¹ R.G. 31.03.2007- S. 26479, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunun’un 25. maddesi ile 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. 5607 sayılı kanunun geçici 1. maddesinde “Diğer kanunlarda mülga 7/1/1932 tarihli ve 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun ile bu Kanunla yürürlükten kaldırılan Kaçakçılıkla Mücadele Kanununa yapılan atıflar, bu Kanuna yapılmış sayılır” denilerek bu hükmün yeni kanun içinde geçerli olacağı belirtilmiştir.

⁴²² 23/01/2008-5728 S. K./411-416.maddeleriyle değişiklik 68 ve74. maddelerde değişiklik yapılmıştır. Kültür ve tabiat varlıklarını bu Kanuna aykırı olarak yurt dışına çıkaran kişi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır (R.G. 23.07.1983, S. 18113, 2863 sayılı kanun m.68).

Denetim tedbirinin en temel şartı olarak da kabul edilen katalog suçlar ile sınırlama yapılmış ve bunlar dışındaki suçlar hakkında tedbire başvurulması önlenmiştir⁴²³. Düzenlenmiş olan suçlar, belirli ağırlıkta olan ve işleniş şekilleri sebebiyle iletişimin denetlenmesi tedbirine en çok ihtiyaç duyulacak suçlar şeklinde gösterilmiştir⁴²⁴. Bu suçlar arasında, örgütlü olarak işlenebilen suçlar ve bireysel şekilde işlenen suçlar bulunması olumlu bulunmuştur. Ancak telefon yoluyla sıklıkla işlenen şantaj, hakaret, tehdit, cinsel taciz ve hırsızlık gibi suçların katalogda yer almaması eleştirilmiştir⁴²⁵. Ayrıca, yağma, nitelikli dolandırıcılık, resmi belgede sahtecilik, güvenliğin kasten tehlikeye sokulması, radyasyon yayma ve atom enerjisiyle patlamaya sebep olma suçlarının da kataloga eklenmesi ve bu doğrultuda genişletilmesi gerektiği de ileri sürülmüştür⁴²⁶.

Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kapsamında hapis cezasını gerektiren bütün suçlar için iletişimin denetlenmesine karar verilebilmesi, katalogda düzenlenen diğer suçlara nazaran daha az cezayı gerektirdiğinden ve tedbirin düzenlenme amacına da uygun olmadığından, orantılılık ilkesine aykırılık teşkil edeceği gerekçesiyle yerinde görülmemiştir⁴²⁷. Nitekim, 5607 sayılı Kanunun 3/6. maddesine göre; özel kanunları gereğince gümrük vergilerinden kısmen veya tamamen muaf olarak ithal edilen eşyayı, ithal amacı dışında başka bir kullanıma tahsis eden, satan veya devreden ya da bu özelliğini bilerek satın alan veya kabul eden kişinin, üç aydan bir yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Görüldüğü gibi burada belirtilen cezanın ağırlığı üç aydan bir yıla kadardır. Bu nitelikte bir ceza öngörülen bir suça ilişkin olarak iletişimin denetlenebilmesi tedbirin niteliği dikkate alındığında yerinde olmayacaktır. Eleştiriye tabi olması da doğaldır.

⁴²³ HAKERİ/ÜNVER, s. 215.

⁴²⁴ TAŞKIN, s. 93.

⁴²⁵ ÖZBEK, s. 424.

⁴²⁶ ŞEN, Türk Hukuku, s. 62.

⁴²⁷ KAYMAZ, s. 161.

3.2.2.3. Özel durumlar

3.2.2.3.1. Suçun teşebbüs halinde kalması

Sayılan katalogda ve CMK'nın 135. maddesinin düzenlemesinde bu suçlara teşebbüs⁴²⁸ halinde tedbirin uygulanacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, teşebbüs⁴²⁹ aşamasında kalan suçlar yaptırıma tabi tutulduğu ve teşebbüs, suçun özel görünüş şekillerinden⁴³⁰ biri olduğundan dolayı teşebbüs aşamasında kalan suçlar için de iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi olanaklıdır⁴³¹. Teşebbüs halinde kalan suçlar, iletişimin denetlenmesi açısından tamamlanmış suç gibi değerlendirilecektir⁴³².

Bunun yanında, hazırlık hareketleri ceza hukukumuzda cezalandırılmadığından, katalogda sayılan suçların hazırlık hareketleri aşamasında bulunması durumunda denetime başvurulması mümkün değildir⁴³³. Ancak, somut, belirli bir suçun hazırlık hareketleri olduğu anlaşılabilen teşebbüs öncesindeki hazırlık hareketlerinin iletişimin denetlenmesi için yeterli olduğu şeklinde aksi görüş de ileri sürülmüştür⁴³⁴.

⁴²⁸ “İcrasına başlanan ancak elde olmayan sebeplerle tamamlanamayan suçlara, teşebbüs halinde kalmış suçlar denilmektedir. Teşebbüs, suçun icraya başlanmasıyla tamamlanması arasında söz konusu olan hukuki bir durumdur” (KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 337); HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 7. B. Ankara, 2008, s. 278; teşebbüs hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

⁴²⁹ Teşebbüs TCK' nın 35. maddesinde; “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. Suça teşebbüs hâlinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir, şeklinde düzenlenmiştir (R.G. 12.10.2004, S. 25611, 5237 sayılı TCK m. 35/1-2).

⁴³⁰ ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 3. B. Ankara, 2007, s. 715; DEMİRBAŞ, suçun özel gerçekleşme şekilleri olarak ifade etmiştir (DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 3. B. Ankara, 2005, s. 382).

⁴³¹ ERDEM, “İletişimin Denetlenmesi”, s. 98.

⁴³² KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 723.

⁴³³ ERDEM, “İletişimin Denetlenmesi”, s. 98; TAŞKIN, s. 96 KAYMAZ, s. 149.

⁴³⁴ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 723.

3.2.2.3.2. Suça iştirak durumu

Teşebbüs gibi suçun özel görünüş şekillerinden biri de iştiraktır⁴³⁵. Bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kişinin işbirliği yapmaları sonucunda gerçekleştirilmesi haline iştirak denir⁴³⁶. TCK'nın 37. maddesine göre; suçun kanunî tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olacaktır⁴³⁷. CMK'nın 135. maddesinde belirtilen katalogdaki suçlardan birinin birden fazla kişi tarafından müşterek fail olarak, azmettiren olarak ya da yardım eden şeklinde iştirak suretiyle işlenmesi halinde, iştirak eden şeriklerin iletişimi denetlenebilir⁴³⁸. Ayrıca, bir şüpheli ve sanık hakkında usulüne uygun olarak yapılan denetim sırasında başka kişi veya kişilerinde suça iştirak ettiğine ilişkin delil elde edilirse, bu kişiler hakkında da iletişimin denetlenmesi yoluna gidilebilir⁴³⁹.

Suç işlendikten sonra faillere yardım veya aracılık ya da yataklık etmek iştirakin kapsamı içerisinde bulunmamaktadır ve bu suç katalogda sayılan suçlardan değilse, bu kişilerin iletişimi denetlenmemektedir. Çünkü fail suç işlendikten sonra yardımda bulunursa, bu yardım ancak TCK'nın 281. maddesinde düzenlenmiş olan suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme ve 283. maddede belirtilen suçluyu kayırma suçlarının işlenmesine neden olacaktır. Nitekim, TCK'nın 281. ve 283. maddeleri suç katalogunda sayılan suçlardan değildir⁴⁴⁰. Ancak bu suç sınırlaması

⁴³⁵ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 754.

⁴³⁶ DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Beta Yayınları, 12. B. C. II, İstanbul 1999, s. 446;

⁴³⁷ “Suçun kanuni tanımında öngörülen fiili gerçekleştiren kişi fail olup; suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda, bu kişilerin her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardır” (ŞAHİN, Cumhur/ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Gazi Külliyyatı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 131); “fiili birlikte gerçekleştiren kişiler müşterek faildir” (ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 3. B. Ankara, 2008, s. 450).

⁴³⁸ Azmettirme TCK. m.38 de şu şekilde ifade edilmiştir; Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır (TCK, m.38/1). Ayrıca yardım etme de, TCK'nın 39. maddesinde düzenlenmiştir; 39/2 Aşağıdaki hâllerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur:

- a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek.
- b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak.
- c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak.

⁴³⁹ KAYMAZ, s. 150.

⁴⁴⁰ HAKERİ, İletişimin Tespiti, s. 24; ŞEN,Özel Hayat, s. 68.

iletişimin tespiti ve mobil telefonun tespiti için geçerli olmadığından bütün suçlar için tespit yapılabilir.

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu (TCK m. 283) ise katalogda belirtildiği için bu suçla ilgili olarak iletişimin denetlenmesi yoluna gidilebilecektir (CMK 135/6a-12).

3.2.2.3.3. Örgüt suçları ve örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar

Katalogda sayılan suçlardan, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu (TCK 220.m.) ve silahlı örgüt (TCK 314.m.) suçları⁴⁴¹ için iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesine rağmen, bu örgütlerin himayesinde işlenen amaç suçların açığa kavuşturulması için, bu suçlar CMK'nın 135/6. maddesinde sayılan diğer suçlar arasında açıkça belirtilmedikçe, bu tedbire başvurulamamaktadır⁴⁴². Bununla birlikte, bir suçun “örgüt faaliyeti” çerçevesinde işlenmiş olup olmadığının belirgin bir ölçütünün olmadığı ve bunun da keyfi uygulamalara neden olabileceği öğretide vurgulanmıştır⁴⁴³. Bunun aksi şekilde yorumlanması denetleme tedbirinin uygulama alanını genişletecektir⁴⁴⁴. Örgütlerin amaçlarını gerçekleştirmek için işledikleri suçların kıyas yoluyla denetime tabi tutulması, temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil edeceği ve 135/6 da belirtilen katalogu anlamsız kılacağı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir⁴⁴⁵. Ayrıca CMK'nın 135. maddesinde sayılan suç işlemek amacıyla örgüt

⁴⁴¹ “Öncelikle örgütlü suç (organize suç) kavramının, “birden çok kişinin belli bir disipline ve hiyerarşik düzene bağlı ve sürekli olarak, kamu düzenini bozduğu kabul edilen suçları işlemek için oluşturduğu örgütlenme” anlamına geldiğinin bilinmesi gerekmektedir”, Bu konuda Bkz. KAZAN, Turgut, “Organize Suçlarla Mücadelede Koruma Tedbirleri”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, İzmir Ekim 2000, s. 566.

⁴⁴² ERDEM, “İletişimin Denetlenmesi”, s. 98; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 637; örneğin TCK'nın 302. maddesindeki devletin birliğini ve ülkenin bütünlüğünü bozmak ve 309. maddedeki anayasayı ihlal suçlarından dolayı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması mümkün değildir; ancak maddenin adalet komisyonunca görüşülmesi esnasında devletin güvenliğine karşı 302,303,304,305, 306, 307, 308 ve 309. maddelerde yer alan suçların unutulduğu ve bunların da kapsam içerisine alınması gerektiği ifade edilmiştir. Bunun üzerine Özgenç, 314 ve 315. maddelerin içeriğine bakıldığı zaman devletin güvenliğine ve anayasal düzene karşı suçların hepsinin bu maddelerin kapsamına girdiğini belirtmiştir. Aynı zamanda, Öztürk de bu suçların örgütlü işlenen suçlar olduğunu ve bunlarında tedbir kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Görüşmenin devamında Gökçen de söz almış ve bu suçların 220 ve 314 ile 315. maddeler içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini ve bu suçların böylelikle tedbir kapsamında olduğunu beyan etmiştir (“Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu”, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Başkanlığı Yayını, Ankara 2005, s. 587 vd.).

⁴⁴³ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 635; SEVÜK, s. 111.

⁴⁴⁴ TAŞKIN, s. 94.

⁴⁴⁵ NUHOĞLU, s. 12.

kurma suçunun (CMK m.135./6a-8) torba hüküm niteliği taşıdığı ve tedbirin uygulama alanını son derece genişleterek özel hayatın gizliliğini gereğinden fazla sınırlandığı ileri sürülmüştür⁴⁴⁶.

Örgütlerin bünyesinde işlenen amaç suçlarla ilgili olarak açılmış bir kamu davası bulunması halinde, bunlara ilişkin yapılan denetim sonunda elde edilen deliller davada kullanılabilecektir. Eğer açılan davada amaç suçun örgütlü olarak işlenmediği anlaşılırsa, ele geçmiş olan delillerin davada kullanılması mümkün olmayacağı da ifade edilmiştir⁴⁴⁷. Ek olarak, katalog dışında kalan suçlar için tedbire başvurulamayacağı için, bir suçun örgüt bünyesinde işlenmiş olması ancak katalog da bulunması şartıyla denetlenebilecektir. Aksi halde hırsızlık suçunun dahi örgütlü olarak işlendiği durumlarda iletişimin denetlenmesinin mümkün olacağı belirtilmiştir⁴⁴⁸.

CMK'nın 135. maddesinin 6. fıkrasında belirtilen istisnalar, terör örgütü faaliyeti çerçevesinde işlendiği takdirde uygulanmayacaktır (CMK m.135/6a-8). Buna göre; 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun⁴⁴⁹ 5532 sayılı Kanunun 9. maddesiyle değişik soruşturma ve kovuşturma usulü başlıklı 10/f maddesine göre, Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (8) numaralı alt bendindeki istisna uygulanmayacaktır. Anlaşılacağı gibi, TCK'nın 220. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olma, yedinci fıkrasında düzenlenen örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım etme ve sekizinci fıkrasında gösterilen örgütün veya amacının propagandasını yapma suçlarının bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, istisna uygulanmayacak ve bu suçlar içinde iletişimin denetlenmesine karar verilebilecektir⁴⁵⁰.

⁴⁴⁶ ŞEN, Türk Hukuku, s. 67.

⁴⁴⁷ ŞEN, Türk Hukuku, s. 68.

⁴⁴⁸ TAŞKIN, s. 94.

⁴⁴⁹ R.G. 12 Nisan 1991 – S. 20843; bu konuda terör ve terörizm tanımları için bkz. ; BALTACI, Vahit, Yeni TCK ve CMK'da Terör Suçları ve Yargılaması, Seçkin Yayınları, Ankara 2007; TAŞTAN, Mehmet, "Terör ve Terör Suçları", Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı Yayını, AD. S. 33, Ocak 2009, s. 213-214.

⁴⁵⁰ TCK m. 220/2; suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır,

TCK m. 220/7; örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek veya isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır,

Kanaatimizce kanun koyucu, iletişimin denetlenmesi (dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi) tedbiri için suç sınırlaması yaptığından dolayı denetime tabi suçların yorum yoluyla genişletilerek temel haklara kanunun amacına aykırı olarak müdahalelerde bulunulması yerinde olmayacaktır. Ancak örgütlü olarak işlenen suçlarda, suçlar iç içe olduğundan ve bu suçların aydınlatılarak örgütlerin çökertilmesi esas öneme haiz olduğundan, örgütlerin faaliyetleri doğrultusunda işlenen amaç suçların belli ağırlıkta olmaları şartıyla denetime tabi olması gerektiği düşüncesindeyiz⁴⁵¹.

3.2.2.3.4. Suçun niteliğinin değişmesi

İletişimin denetlenmesine karar verildikten sonra, kararın uygulanması aşamasında suçun vasfı değişebilir. Suçun vasfı değiştikten sonra ortaya çıkan bu yeni suç katalog kapsamında bir suç olabileceği gibi, katalog kapsamında olmayan bir suç ta olabilir. Bu duruma ilişkin nasıl bir yol takip edileceği kanunda belirtilmemiştir. Örnek olarak katalog kapsamında bulunan göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçundan kovuşturma yapılırken bu suçun katalog kapsamında olmayan iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun olduğu tespit edilebilir. Aynı zamanda katalog kapsamında bulunan göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçundan kovuşturma yapılırken, bu suçun yine katalog kapsamında bulunan işkence suçu olduğu anlaşılabılır.

İletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanırken, ele geçen delillerin katalog kapsamında bulunmayan başka bir suç oluşturduğunu gösterdiği durumlarda denetlemeye hemen son verilmelidir. Çünkü katalog dışındaki bir suçla ilgili elde edilen deliller tedbire başvurulamadığından kullanılamayacaktır⁴⁵². Ayrıca, ele geçen delillerden katalog kapsamında bulunan başka bir suçun olduğu anlaşılırsa, yine tedbirin hemen sona erdirilmesi lazımdır. Aynı zamanda bu suça ilişkin denetleme koşullarının oluşup oluşmadığına bakılması ve bu yeni durumun değerlendirilerek hakim tarafından ayrı bir denetleme kararı verilmesi gerekir. Ancak bu suç, iddianamede sınırları çizilen olay ile belirtilen maddi vakıalara göre

TCK 220/8; örgütün veya amacının propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında arttırılır.

⁴⁵¹ Aynı görüş için bkz. KAYMAZ, s. 158.

⁴⁵² TAŞKIN, s. 96; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 723.

değerlendirilebilecek bir suç ise, ek savunma hakkı verilerek yargılamaya devam edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁵³.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bu konuda verdiği bir kararda, iletişimin denetlenmesi tedbirine katalog kapsamındaki suçlarla sınırlı olarak başvurulabileceğini ve buna aykırı şekilde yapılan denetim sonucunda elde edilen delillerin de yasa dışı olacağı kanaatine varmıştır⁴⁵⁴.

3.2.3. Şüphe açısından

3.2.3.1. Şüphe kavramı ve çeşitleri

3.2.3.1.1. Genel olarak

Şüphe, kelime anlamı olarak, “kuşku, bir olguyla ilgili gerçeğin ne olduğunu kestirememekten doğan kararsızlık” şeklinde tanımlanmıştır⁴⁵⁵. Şüphe, “zan, san, zihninin bir konuda kesin bir sonuca varamayıp duraksaması”dır⁴⁵⁶.

Ceza muhakemesi şüphe üzerine başlayıp, ceza muhakemesi işlemlerine başvurulabilmesi için, muhakemenin farklı aşamalarında ayrı ağırlıklarda şüphe bulunması gerekmektedir⁴⁵⁷.

Ceza muhakemesi hukukunda aranan şüphe, soruşturmanın başında, görevlilerin delillere dayanan bir tahmininden oluşur. Soruşturmanın daha sonraki devrelerinde ve kovuşturma evresinde ise şüphe, iddiayı destekleyen delillerle savunmayı destekleyen delillere görevlilerce aynı mesafeden bakılıp, savunma veya iddia lehinde veya aleyhinde kesin bir fikre ulaşılamaması halidir⁴⁵⁸. Ceza muhakemesinde şüphe, dedikodu veya tahmine dayanmayıp, olaylara ve delillere dayanmaktadır⁴⁵⁹. Olaylara dayanmayan ve sadece basit bir tahminden oluşan şüphe, soruşturma evresinin başlatılması için yeterli görülmemektedir. Devletin adli

⁴⁵³ KAYMAZ, s. 160.

⁴⁵⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2006/4.MD-122 Esas, 2006/162 Karar ve 13.06.2006 tarihli kararı, YKD. Şubat 2006, C. 33, Sy. 2, s. 327-350.

⁴⁵⁵ www.tdk.gov.tr 10.02.2009.

⁴⁵⁶ YILMAZ, Ejder, s. 764.

⁴⁵⁷ VATAN, s. 68.

⁴⁵⁸ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 528.

⁴⁵⁹ KAYMAZ, s. 211.

yetkilerinin kullanılabilmesinin ana şartı, somut olayda suç şüphesinin varlığının aşîkar olarak bulunmasıdır⁴⁶⁰.

Öğretide koruma tedbirlerinin özellikleri içerisinde belirtilen “görünüşte haklılık” şüphe ile ilgilidir. Bir koruma tedbirine başvurulduğunda, bu tedbirin yapılan yargılama için gerekli olup olmadığı ancak yargılama devam ederken veya sonunda anlaşılır. Bunun önüne geçmek için, bir koruma tedbirine başvurulduğu zaman, tedbire başvurma dış görünüş olarak haklı olması ve bu haklılıkla ilgili bir kanaatin oluşması gerekir. Bu konuda ilk değerlendirmeyi tedbire başvuran makam veya kişi yapmalıdır. Ayrıca aleyhine tedbire başvuru olanlar da haberdar edilip, hukukilik denetimi sağlanmalıdır⁴⁶¹.

Ceza muhakemesinde şüphe, elde edilen delillerin çokluğuna ve kuvvetine göre değer kazanır. Delillerin kuvvetine göre şüphe çeşitleri, basit şüphe, yeterli şüphe ve kuvvetli şüphe şeklinde belirtilmekte ve birbirinden ayrılmaktadır⁴⁶².

Öğretide şüphenin kuvvet dereceleri bilgi toplama evresinden mahkumiyete doğru aşağıdan yukarıya bir piramit şeklinde şematik olarak gösterilmiştir⁴⁶³:

6. Seviye	Kanaat	Mahkumiyet
5. Kuvvetli Şüphe	Yakalama	Tutuklama
4. Yeterli Şüphe	İddianame	Kamu Davası
3. Zehap	Soruşturma	Araştırma
2. Umma	Durdurma	Arama
1. Endikatör	Bilgi Toplama	

Koruma tedbirlerine başvurulmasının şartlarından biri olarak gösterilen şüphenin kuvvet derecesi her tedbir için bulunmak zorundadır. Aranmış şüphe derecesinin bulunmadığı tedbirler hukuka aykırı olarak uygulanmış olacaklardır⁴⁶⁴.

⁴⁶⁰ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 471.

⁴⁶¹ YURTCAN, s. 303.

⁴⁶² ÖZTÜRK/ERDEM, s. 528; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 471; VATAN, s. 69; KAYMAZ, s. 211; ÖZTÜRK/ERDEM, şüpheyi basit şüphe ve yoğun şüphe diye ayırmakta ve yoğun şüpheyi kendi içerisinde yeterli ve kuvvetli şüphe olarak tasnif etmektedir. Bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 528;

⁴⁶³ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1548.

⁴⁶⁴ Örneğin tutuklama için CMK’nın 100. maddesinin 1. fıkrasında aranacak olan kuvvet derecesi açıkça ifade edilmiştir; “Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir”.

3.2.3.1.2. Basit şüphe (Başlangıç şüphesi)

Basit şüphe, şüphenin en hafif derecesi olup, somut olaylarla ortaya konulmuş bulunan ve suçu araştırma bilimi olan kriminalistik biliminin verilerine dayanılarak, kovuşturulabilir bir suçun varlığı tespit edildiği için, var olduğu benimsenen bir şüphe çeşididir⁴⁶⁵.

Basit şüphe, dayandığı deliller basit, yetersiz veya sayıca az olan şüphedir. Soruşturmaya başlanabilmesi için, belli ve yaşanmış somut olaylar çerçevesinde, en azından belirti şeklinde ortada bulunan delillerle bir suçun işlendiği konusunda bir şüphe uyandırılması gerekir. Somut olaylara ve belirti şeklinde delillere dayanmayan ve sadece tahmin derecesinde olan şüphe ile soruşturmaya başlanamaz. Bu, tedbir uygulamalarında keyfiliğin önlenmesi için de önem arz etmektedir⁴⁶⁶.

CMK'nın 160. maddesinde “suçun işlendiği izlemine veren hal” ile kamu davasının açılacağı belirtilmiş ve bu “suç işlendiği izlenimi veren hal” ifadesi öğretide basit şüphe örneği ya da basit şüphenin kanunda yer bulması olarak kabul görmüştür⁴⁶⁷. Usul açısından kabul edilen “kamu davasının mecburiliği” ilkesi gereği, cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığını araştırmak zorundadır. Aynı zamanda, bu zorunluluk, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve adil bir yargılama yapılabilmesinin de şartıdır (CMK m. 160).

3.2.3.1.3. Makul şüphe

CMK'nın 116. maddesinde “yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir” denilerek, makul şüphe kavramı kanunda yer almıştır.

Adli ve önleme aramaları yönetmeliğinde makul şüphe şu şekilde tanımlanmıştır: “Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir. Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından

⁴⁶⁵ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 471.

⁴⁶⁶ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 529.

⁴⁶⁷ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 471; GÖKCEN, .68; VATAN, s. 69.

şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir. Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır”⁴⁶⁸.

3.2.3.1.4. Yeterli şüphe

Elde edilen delillere göre yapılacak yargılamada sanığın mahkum olma ihtimali beraat etme ihtimalinden daha yüksek ise, yeterli şüphe hayat bulmuş olacaktır⁴⁶⁹. Yeterli şüphenin, %51 mahkumiyet olasılığının bulunduğu olaylarda var olduğu kabul edilmektedir⁴⁷⁰.

Yeterli şüphe hali Ceza Muhakemesi Kanununda da yer almaktadır. CMK’nın 170/2. maddesinde “Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturunca; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler”, ifadesiyle, kamu davası açılabilmesi için yeterli şüphenin bulunması gerektiği vurgulanmıştır. Ancak, arama ve el koyma gibi bazı koruma tedbirleri için, orantılılık ilkesinin bir uzantısı olarak somut olaylar dikkate alınarak yeterli şüphe ile, hatta istisnai organize suçluluk durumlarında da basit şüphe ile dahi yetinilebileceği ileri sürülmüştür⁴⁷¹.

Bir ceza davasında, bir kişiye suç isnadında bulunulabilmesi için, mahkumiyet ihtimalinin yüksek olması gerekir. Bu ihtimal, yapılmış olan araştırmaların o günkü durumuna göre yürütülecek tahminine dayanacaktır. Eldeki emareler doğruluk derecesi açısından denetlendikten sonra, normal yeteneklere sahip bir araştırmacının gözünde şüphelinin fail olduğu kuvvetli bir ihtimal olarak beliriyoorsa ve araştırmacı bu olay hakkında kamu davası açılabilceği kanaatinde ise, daha önceki olaylar da buna benzer kuvvetli şüphe varken suç isnadında bulunulmuş ve kamu davası açılmış ise, bir kişiye suç isnadında bulunabilecektir⁴⁷².

⁴⁶⁸ Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.6.

⁴⁶⁹ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 529.

⁴⁷⁰ YENİSEY, “CMK Soruşturma”, s. 14.

⁴⁷¹ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 529.

⁴⁷² KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 476.

3.2.3.1.5. Kuvvetli şüphe

Elde edilen delillere göre, yapılacak yargılamada sanığın mahkum olması kuvvetle muhtemel ise, kuvvetli şüphenin var olduğu kabul edilir⁴⁷³. Yeterli şüphenin bir üst şekli kuvvetli şüphedir. Kuvvetli şüphede %90 mahkumiyet ihtimali var demektir⁴⁷⁴. Şüpheli veya sanığın suçun faili veya şeriki olduğu kuvvetle muhtemelse “kuvvetli şüphe”nin bulunduğu aşikârdır⁴⁷⁵.

Kanunumuzda kuvvetli şüphe, çeşitli maddelerde zikredilmiştir. Bu maddelerde; gözlem altına alma (CMK m. 74) için “fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunması”, tutuklama (CMK m. 100) için “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması”, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (CMK m. 139) için “soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması” ve teknik araçlarla izleme (CMK m. 140) için “aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebepleri bulunması”, şeklinde ifade edilmiş olup, kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması aranmıştır. Ayrıca suçüstü halinde de kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu kabul görmektedir⁴⁷⁶.

Yakalama ve tutuklama için kanunun aradığı şüphe, kamu davası açılması için gereken şüpheden daha kuvvetli bir şüphedir⁴⁷⁷.

3.2.3.2. İletişimin denetlenmesi için gerekli olan şüphe

İletişimin denetlenmesinde, suç işlendiğine ilişkin şüphe ve iletişimin denetlenmesi için gerekli olan şüphe olmak üzere iki çeşit şüphe söz konusudur. Suç şüphesi kuvvetli, yeterli veya basit nitelikte olabilir. Ancak tedbire başvurabilmek için lazım gelen şüphe ihbar, gözetleme, iz takibi gibi olaylara dayanan ve tedbirin amacına ulaşabilmesi için lüzumlu ve yeterli olan bir tahmin olarak ortaya çıkar⁴⁷⁸.

Mülga 4422 sayılı Kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasında iletişimin dinlenmesi veya tespiti için “bu kanunda öngörülen suçları işleme kuşkusu” ifadesi kullanılmış, 2. fıkrasında ise “ancak kuvvetli belirtilerin varlığı” halinde karar verilebileceği

⁴⁷³ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 530; GÖKCEN, s. 70.

⁴⁷⁴ YENİSEY, “CMK Soruşturma”, s. 15.

⁴⁷⁵ CENTEL/ZAFER, s. 79.

⁴⁷⁶ GÖKCEN, s. 70.

⁴⁷⁷ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 477.

⁴⁷⁸ ERDEM/ÖZBEK, s. 277.

vurgulanmıştı. Bu kanun şüphe ile belirti kavramı arasındaki farkı belirtmişti⁴⁷⁹. Bu kanunda yer alan kuvvetli belirtinin mahiyeti ile ilgili farklı açıklamalar getirilmiştir. Kuvvetli belirtinin, kuvvetli şüphe anlamına gelmediği ve olaylara dayanan basit şüphe mahiyetinde olduğu ileri sürülmüştür⁴⁸⁰. Aynı zamanda “kuvvetli belirti” tabirinin “kuvvetli delil” anlamına gelmeyeceği ve delil ile belirti arasında ayırım yapılması gerektiği ifade edilerek, kuvvetli delilin bulunduğu bir durumda zaten iletişimin denetlenmesine ihtiyaç bulunmayacağı vurgulanmıştır⁴⁸¹.

Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 135. maddesinde, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi için, “bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı (CMK m.135/1)”, ifadesi ile kuvvetli şüphenin aranacağı düzenlenmiştir. 14/02/2007 tarihli Yönetmeliğin 5. maddesinde de “bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı” aranmıştır. Unutulmamalıdır ki, burada bahsedilen denetim, mobil telefonun yerinin tespiti içine almamaktadır. Yani aranan kuvvetli şüphe sebepleri, iletişimin dinlenmesi, tespiti, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi içindir. Ancak mobil telefonunun yerinin tespiti için yakalamaya ilişkin şartların gerçekleşmesi gerektiği iddiasında olan yazarlara göre, mobil telefonun yerinin tespiti için de kuvvetli şüphe şartının aranması zaruridir⁴⁸². Fakat buna katılmak mümkün değildir. Kuvvetli şüphe, mobil telefonun yerinin tespiti için kanunda şart olarak sayılmamıştır. Bu husus söz konusu düzenlemeden açıkça anlaşılmaktadır. Aynı zamanda, maddede geçen suç şüphesi, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi için katalog suçlarıyla sınırlıyken, iletişimin tespiti için suç sınırlaması bulunmamaktadır (CMK 135/6).

Madde de belirtilen kuvvetli şüphe sebepleri kavramından ne anlaşılması gerektiği belirli değildir. Bunun açıklığa kavuşması gerekmektedir. Nitekim öğretide bu durum dikkate alınmış ve kuvvetli şüphe kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklanmaya çalışılmıştır:

⁴⁷⁹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 717.

⁴⁸⁰ ERDEM/ÖZBEK, s. 277.

⁴⁸¹ DÖNMEZER, Sulhi, “Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 Sayılı Kanunla Kabul Edilen Koruma Tedbirleri”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, İzmir, Ekim 2000, s. 551.

⁴⁸² KAYMAZ, s. 219.

Bir görüşe göre, kuvvetli şüphe sebebi kavramı kuvvetli şüphe olarak anlaşılmamalı ve aynı zamanda basit bir başlangıç şüphesi ile de iletişimin denetlenmesine başvurulmamalıdır. Yani, kuvvetli şüphe sebebinden, basit bir başlangıç şüphesinden daha yoğun ama yeterli ya da kuvvetli şüphe derecesine ulaşması zorunluluğu bulunmayan şüphe derecesinin anlaşılması gerekir. Bunun aksine bir düşünce, tedbirin son çare olması şartıyla çelişecek ve tedbirin kullanılamaz hale gelmesine neden olacaktır⁴⁸³.

Bir başka görüşe göre, tutuklama için aranan kuvvetli şüphe ile iletişimin denetlenmesinde aranan şüphe farklı olmalıdır. Çünkü tutuklama kararı verilecek kadar kuvvetli suç şüphesi varsa iletişimin denetlenmesine başvurulması mümkün olmayacaktır. Denetlemeye karar verilebilmesi için çok basit bir şüphe yeterli ise de suç işlendiğine ilişkin belirtilerin kuvvetli olması aranmalıdır. Yani basit şüphe yeterli olmakla birlikte, kanunda belirtilen suçların işlendiğine dair somut, elle tutulur, müşahhaslaşmış, olaylara dayanan belirtilerin mevcut olması gereklidir⁴⁸⁴.

Diğer bir görüşe göre ise, CMK'nın 135. maddesinde, 4422 sayılı Kanundan farklı olarak belirtiden değil de şüpheden bahsedilmesinin özel bir amacının bulunup bulunmadığının anlaşılamadığını, haberleşme özgürlüğüne ağır müdahale oluşturan bu tedbire, kesin olarak açıklanamayan ve sınırı çizilemeyen basit şüpheye dayanılarak başvurulmasını ve kötüye kullanılmasını önlemek kaygısıyla tedbirin uygulanamaz hale getirilmemesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁸⁵. Ayrıca buradaki kuvvetli şüphe kavramının, sanığın mahkum edilmesi konusunda yüksek bir ihtimal bulunduğu şeklinde anlaşılması halinde, denetleme tedbirine başvurulmasının, oranlılık ilkesi açısından yerinde olmayacağı; çünkü sanığın, büyük olasılıkla mahkum edilmesini gerektirecek yoğunlukta delile ulaşılmışsa, artık bu tedbire başvurulmasının bir gereğinin de kalmayacağı vurgulanmış ve denetleme tedbirine başvurulabilmesi için *kuvvetli şüphe* şartının aranmasının, aynı zamanda, *başka surette delil elde edilmesi olanağının*

⁴⁸³ ÖZBEK, s. 424.

⁴⁸⁴ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 717.

⁴⁸⁵ ERDEM, “İletişimin Denetlenmesi”, s. 99;

bulunmaması şeklinde ifade edilen ikincilik ya da son çare ilkesiyle de bağdaşmayacağı ileri sürülmüştür⁴⁸⁶.

Benzer bir görüşe göre, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabilmesi açısından diğer koruma tedbirlerine nazaran özel şartların aranması mümkün olmakla birlikte, bu tedbire zaten kuvvetli delil elde edilmesi ve dava açılarak delillerin davada kullanılması amacıyla başvurulduğundan, “kuvvetli şüphe sebebi bulunması” şartının denetleme tedbirini uygulanamaz hale getirmemesi gerekir. Kuvvetli şüphe sebeplerini aramak, dava açmak için yeterli delilin var olmasını aramakla aynı nitelikte olup, bu durum çoğu zaman dava açıldıktan sonra tedbire başvurulmasına ve bu süreçte delillerin karartılmasına sebep olabilecektir. Ancak sonuçları açısından ağır ve temel haklara müdahaleyi gerektiren bu tedbire, basit şüphe veya delil veya emareye dayanmayan yalın kuşkuya binaen de hükmedilmemelidir⁴⁸⁷.

Suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ile başka surette delil elde edilmesi imkanının bulunmamasını birbirinden bağımsız değerlendirmek gerektiğini söyleyen Şen, şüphelinin olay anında bulunduğu yer, tespit edilen beyanları, mağdurla olan geçmiş ilişkileri gibi sebeplerle suç işlendiği ve işlenen bu suçun şüphelisi bakımından ciddiyet hasıl olduğu vakit, CMK’nın 135. maddesinde aranan şüphe sebebinin ortaya çıkmış olduğunu ve denetime başvurulabileceğini ifade etmiştir. Bununla birlikte, kanunkoyucunun 135. maddenin aşırı kullanımından kaynaklanacak suiistimallerin önüne geçmek için “kuvvetli suç şüphesi” şartını aradığını, fakat tedbire başvurulabilmesinde, şüpheli tarafından suçun işlendiği şüphesini kuvvetli olarak destekleyecek delil ve emarelerin öncelikle ele geçirilmesi şeklinde adlandırılacak derece ve zorlukta şart koşmadığını belirtmiş ve tedbire başvurulabilmesi için elde kuvvetli delil bulunmasının daha isabetli olacağını ancak bunun bir ön koşul olarak değerlendirilmemesi gerektiğini vurgulamıştır⁴⁸⁸. Ayrıca, uygulamada bu şartın

⁴⁸⁶ ERDEM, “İletişimin Denetlenmesi”, s. 99; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 631; benzer görüş için bkz. HAKERİ, “İletişimin Tespiti”, s. 23; DERVİŞOĞLU, İhsan, “İletişimin Denetlenmesi”, Batman Barosu Dergisi, S. 1, Ocak/Şubat/Mart 2009, s.15.

⁴⁸⁷ ÜNVER, Yener, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, SeçkinYayınları, CHD. Y.1, S. 2, Aralık 2006, s. 147.

⁴⁸⁸ ŞEN, Türk Hukuku, s. 60.

gerçekleşip gerçekleşmediğinin derinlemesine incelemesi yapılmadan denetime karar verildiğini ve bununla özel hayatın gizliliğini ihlal ettiğini iddia etmiştir⁴⁸⁹.

Taşkın ise, şüphe dereceleri basit, yeterli ve kuvvetli şüphe olarak aşağıdan yukarıya doğru sıralandığında, “kuvvetli şüphe sebebi” teriminin basit şüphenin biraz üzerinde ancak yeterli şüphenin de biraz altında yer alacağını belirtmekte ve elde edilen delillerin kamu davası açılmasına yeterli olduğu durumlarda davanın zaten açılacağını, kuvvetli şüphe halinde ise tutuklama dahil diğer tedbirlere başvurulabilmesi için bu tedbire başvurulma ihtiyacının ortadan kalkacağını ifade etmektedir⁴⁹⁰. Vatan da, tedbire karar verilirken, aranacak şüphe derecesini kanunun aradığı diğer bir şart olan “başka surette delil elde edilememesi” düzenlemesiyle birlikte değerlendirmek gerektiğini belirtmiş ve bu tedbire son çare olarak başvurulduğundan bir cinayet olayında, maktulün cep telefonunda veya görüşme kayıtlarında olaya yakın tarihlerde şüpheliye ait görüşme tespit edilmiş ise iletişimin denetlenmesi için aranan şüphe derecesine de ulaşıldığını kabul etmiştir⁴⁹¹.

Bunun aksine bir kanaate sahip olan Şahin’e göre, iletişimin denetlenebilmesi için kuvvetli delillerin bulunması zorunludur. Denetleme tedbiri, haberleşme özgürlüğüne, özel hayatın dokunulmazlığına ağır bir müdahale sayıldığından, basit şüphe yeterli görülmemiş, şüphenin nitelikli bir yoğunluğa ulaşmasını gerekli kılmıştır. Bunun da diğer koruma tedbirlerinden ayrılan bir fark olarak her zaman tedbire başvurulmasının önüne geçen koşul şeklinde değerlendirilmesini istemiştir⁴⁹². Kaymaz da, 135. madde de düzenlenen “kuvvetli şüphe sebepleri” kavramının, diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi “kuvvetli şüphe” olarak anlaşılması ve kullanılması gerektiğini belirtmiştir⁴⁹³.

Öğretideki görüşler de dikkate alındığında CMK’nın 135. maddesinde yer alan “kuvvetli şüphe sebepleri” ifadesinin, tutuklama için aranan “kuvvetli şüphe” olarak anlaşılması iletişimin denetlenmesi tedbirini uygulanamaz hale getireceğinden, bu

⁴⁸⁹ ŞEN, Ersan, “İnsan Hakları ve Terör Bağlamında Yakalama, Gözaltına Alma, Arama, Elkoyma ve Tutuklama”, YD, S. 157, Ocak 2009, s. 14.

⁴⁹⁰ TAŞKIN, s. 103.

⁴⁹¹ VATAN, s. 72.

⁴⁹² ŞAHİN, Ceza Muhakemesi, s. 267-268.

⁴⁹³ KAYMAZ, s. 219; aynı görüş için bkz. MALKOÇ, İsmail, “İletişimin Tespiti ve Dinlenmesi”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 141, 15 Şubat 2009, s. 6.

denetleme tedbirine başvurulabilmesi için basit şüpheden daha yoğun ama kuvvetli şüpheyeye varmayan makul bir şüphenin yeterli olacağı kanaatindeyiz.

Kuvvetli şüphe sebebinin suça mı yoksa şüpheliye mi ilişkin olduğu konusu da öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kuvvetli şüphe sebeplerinin suça ilişkin olması ve soruşturmaya konu suçun herhangi bir kişi tarafından işlenmesi açısından aranması gerekmektedir⁴⁹⁴. Bunun sakıncalara neden olacağını ve bu çerçevede herkesin iletişiminin denetlenebileceğini belirten diğer bir görüşe göre ise, bu şüphe, sanığa veya şüpheliye ilişkin olmalıdır⁴⁹⁵.

Bir başka görüşe göre ise, ceza sistemimizde bir suç öğrenildiğinde soruşturma açılır ve suçun failinin tespiti uğraşılır. Bazı zamanlarda, suçun işlendiği sabit olduğu halde faili tespit edilemez ve bunlar faili meçhul olarak kalır. Bununla birlikte suç işlendiğinden emin olunmadıkça araştırma veya soruşturma da başlatılamaz. Bu gerekçeden de anlaşılacağı gibi, iletişimin denetlenmesine karar verilebilmesi için katalog suçlardan birisinin kesin olarak işlenmiş olması gerekir. Nitekim denetleme kararında şüphelinin kimlik bilgilerinin bulunması zorunluluğu da bunu desteklemektedir. Yani, kuvvetli şüphe sebepleri ifadesinin diğer hükümlerle beraber değerlendirilerek, suçu işlediği düşünülen şüpheli ya da sanık bakımından aranması zorunluluğu açıktır⁴⁹⁶.

Sonuç olarak, iletişimin denetlenmesi açısından kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ibaresinin şüpheliyi kastettiği ve öncesinde de katalog suçlardan birinin işlenmiş olması gerektiği kanaatindeyiz.

3.2.4. Başka yolla delil elde edilememesi (Son çare olması)

İletişimin denetlenmesi tedbirinin en önemli şartlarından biri olan başka surette delil elde edilmesi imkanının bulunmaması şartı, Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 135. maddesinin 1. fıkrasında “başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması”

⁴⁹⁴ KEKLİK, Ramazan, “Ceza Yargılamasında İletişimin Denetlenmesi”, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı Yayını, AD. S. 25, s. 3.

⁴⁹⁵ KARAGÖZ, Kasım/BİRTEK, Fatih, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. Maddesi Kapsamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, EÜHFD C. III, S. 2, Yıl 2008, s. 95.

⁴⁹⁶ TAŞKIN, s. 104.

olarak düzenlenmiştir⁴⁹⁷. Mülga 4422 sayılı Kanunun 2. maddesinin 3. fıkrasında “Başka bir tedbir ile failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesi mümkün ise, iletişimin dinlenmesine veya tespitine karar verilemez”, denilerek tedbirin ikincil derecede uygulanabileceği vurgulanmıştır.

Bu şart öğretide son çare ya da ikincillik/ikinci derecede uygulanabilirlik olarak adlandırılmaktadır⁴⁹⁸.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin, haberleşme hürriyetine ağır müdahale teşkil edeceği açık olduğundan, oranlılık ilkesinin ve orantılılığın bir alt görünümü olan ikincillik ilkesinin gereği olarak, ulaşılmak istenen amaç doğrultusunda aynı neticeleri verecek iki tedbir arasında kişi hak ve özgürlüklerine en az zarar veren ya da en az müdahale öngören tedbir tercih edilmelidir⁴⁹⁹. Denetleme tedbiri, klasik tedbirler olarak nitelendirilen, ifade alma, arama, el koyma, tutuklama ve benzeri tedbirlerin olayın açıklığa kavuşturulması ya da şüphelinin bulunduğu yerin tespit edilebilmesine yönelik hiçbir başarı umudunun belirmemesi veya böyle bir umut belirse dahi, gösterilecek gayretin, elde edilecek sonuçla kıyaslandığında çok ağır bir karşılık ödemeyi gerektiriyor olması zorunludur⁵⁰⁰.

İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması için, önemli bir şart olan başka surette delil elde edilebilmesi imkanının somut olayda bulunmaması ve bunun gerçekliğinin soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından ispatlanması şeklinde yorumlanmalıdır. Tedbire ilişkin kararlarda, haberleşme hürriyetinin önemine binaen somut olayda tedbire başvurulmasının haklı ve gerekli olduğuna ilişkin maddi vakıalar, açıklamalar ve deliller bulunmalıdır⁵⁰¹. Bu tedbir istisnai nitelikte olduğundan, tedbire kanundaki koşulların var olmadığı durumlarda başvurulmamalı ve bu tedbirin istisnai olma özelliğini kaldırılıp genel bir uygulama haline dönüşmesine izin verilmemekle

⁴⁹⁷ Kanunun 135. maddesinin gerekçesinde, yapılan soruşturmada başka surette delil elde edilemeyeceğinin anlaşılmış olması gerektiği, yani bu tedbire “ultima ratio” olarak başvurulabileceği belirtilmiştir (ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 376).

⁴⁹⁸ ŞEN, Ersan, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, CHD, Ağustos 2007, S. 4, s. 107; KESKİN, İbrahim, “İletişimin Denetlenmesi”, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı Yayını, AD. S. 33, Ocak 2009, s. 161; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 718; HAKERİ, “İletişimin Tespiti”, s. 23; ŞAHİN, Ceza Muhakemesi, s. 268.

⁴⁹⁹ ERDEM, “İletişimin Denetlenmesi”, s. 100.

⁵⁰⁰ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 718.

⁵⁰¹ ŞEN, Türk Hukuku, s. 60.

birlikte, yasa ile korunmak istenen kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin zarar görmesine neden olacak uygulamalardan da kaçınılmalıdır. Ceza muhakemesinin her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeği bulmak amacıyla olmadığı bilinmelidir⁵⁰².

Başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması hali, 17.02.2007 tarihli “*Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin*” tanımlar başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasının c. bendinde; Soruşturma veya kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı veya başka yöntemlerden biri veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi ve delillere ancak bu yönetmelikte düzenlenen tedbirlerle ulaşılabilecek olması şeklinde ifade edilmiştir.

Yönetmelikte yer alan **soruşturma veya kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı** ifadesinden, ilk olarak diğer tedbirlere başvurulmasının zorunlu olmadığı, diğer koruma tedbirlerine başvurulması halinde suçun aydınlatılmasına yönelik sonuç elde edilemeyeceği beklentisi ve hülasasının, iletişimin denetlenmesi tedbirine yönelinmesi için yeterli görüldüğü sonucuna varılabilir. Ancak, sonuç elde edilemeyeceği beklentisi geniş yorumlanarak kötüye kullanılmamalıdır⁵⁰³.

Yönetmeliğin bu tanımı öğretide, CMK’da yer alan **başka surette delil elde edilmesi imkanının bulunmaması hali** ile **sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı** ifadeleri arasında paralellik kurulamayacağı, her somut olayda diğer tedbirlerle delil elde edilmesi halinde iletişimin denetlenmesine karar verilemeyeceğinin de belirtilmesi gerektiği ve **beklentinin varlığı** ifadesinin uygulamayı genişleteceği gerekçeleriyle eleştirilmiş ve bu ifadenin kaldırılması gerektiği vurgulanmıştır⁵⁰⁴.

Ayrıca, kanunda yer alan “suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı” şartının “başka surette delil elde edilmesi imkanının bulunmaması” şartı ile çeliştiği ve kuvvetli şüphe bulunması, çoğu zaman başka yolla elde edilmiş delillere de zaten ulaşıldığı anlamına geleceğinden, yapılan düzenlemenin yersiz olduğu ileri

⁵⁰² YALÇINKAYA, Abdurrahman, “Yargıtay Onur Günü Toplantısı Konuşması”, <http://www.haber7.com/haber/20090605/Yalcinkayaya-gore-hukumetin-yontemi.php>, 05.06.2009. E.T.

⁵⁰³ MERAN, s. 112.

⁵⁰⁴ ŞEN, Türk Hukuku, s. 61.

sürülmüştür⁵⁰⁵. Bunun aksi bir görüşe göre ise, kuvvetli şüphe için elde edilen deliller mahkumiyet verilmesi yoğunluğunda olamayabilecekleri için, bu yoğunluğu sağlamak amacıyla (başka delil elde edilmesi amacıyla) ayrıca iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması gerekebilir ve bu durumda iki şart arasında bir çelişkinin olmadığına delalet edecektir⁵⁰⁶. Nitekim, bu şartın iletişimin denetlenmemesi durumunda suçla ilgili hiçbir delil elde edilemeyecek olması değil ilgilinin mahkûmiyetine yeter derecede delile ulaşamayacak olması şeklinde yorumlanması gerektiği ve bunun haricinde bir anlamın tedbire başvurulması için somut olguya dayanan şüphe bulunmasına ilişkin ilke ile bağdaşmayacağı belirtilmiştir⁵⁰⁷.

Başka surette delil elde edilememesi açısından diğer özel tedbirler olan gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme ile iletişimin denetlenmesi bakımından bir öncelik ve sonralık ilişkisi olmayacaktır. Bu tedbirlerden en az hak ve özgürlüğe müdahale sayılacak olan tedbir uygulanacak ya da bu tedbirler birlikte de uygulanabilecektir⁵⁰⁸.

Kanunun “başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması” şeklinde ifade ettiği bu şarttan, iletişimin denetlenmesi tedbirine ikincil nitelikte ve son çare olarak başvurulabileceğinin anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

Belirtmek gerekir ki burada bahsedilen şart, mobil telefonun yerinin tespiti içine almamaktadır. Yani aranan “başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması” şartı, iletişimin dinlenmesi, tespiti, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi içindir. Çünkü CMK 135. maddesinin 1. fıkrasında sadece iletişimin dinlenmesi, tespiti, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi sayılmıştır. Mobil telefonun yerinin tespiti açısından bu şart uygulanmayacaktır.

Her zaman sanık veya şüphelinin yakalanması için mobil telefonun yerinin tespit edilmesi mümkündür⁵⁰⁹. Ancak, mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin bir koruma tedbiri olduğu ve bu nedenle orantılılık ilkesine tabi tutulması gerektiği vurgulanarak ikincillik ilkesinin bu tedbir içinde uygulanmasının zorunlu olduğu

⁵⁰⁵ ERDEM, “İletişimin Denetlenmesi”, s. 100.

⁵⁰⁶ MERAN, s. 112.

⁵⁰⁷ KEKLİK, s. 4.

⁵⁰⁸ ERDEM, “İletişimin Denetlenmesi”, s. 100.

⁵⁰⁹ TAŞKIN, s. 129.

yönünde aksi bir görüşte de bulunulmuştur⁵¹⁰. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, biz bu düşünceye katılmıyoruz. Çünkü CMK'nın 135. maddesinin 1. fıkrasında mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri sayılmamıştır⁵¹¹. Bu şartı geniş yorumlayarak mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri için de aramak, kanundaki düzenleme amacına aykırı olacaktır. Kanun koyucunun böyle bir amacı olsaydı maddenin 4. fıkrasında ayrıca mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri düzenlenmezdi.

3.2.5. Denetim tedbirin uygulanacağı kişi açısından

3.2.5.1. Şüpheli ve sanık

Suç konusunda öncelikle somut verilere dayanmayan bir tahmin belirir. Tahmin üzerine bir kişi şüpheli ya da sanık statüsüne sokulamaz⁵¹². Somut olaylar ortaya çıkartılır ve başlangıç şüphesi ile belli bir kişi arasında bağlantı sağlanırsa, bu kişi artık kanunun ifadesi ile şüpheli durumuna girerek “şüpheli” olarak adlandırılır. Bir kişi hakkında soruşturmanın başladığı an, şüphelilik statüsüne girildiği an olup, hakkında soruşturmaya başvurulanın, kendisine yönelik araştırmalardan haberdar edilmiş olması zorunlu değildir⁵¹³.

Sanık, hakkında asıl ceza davası açılmış veya henüz açılmadan önce kendisine sanık sıfatını veren bir işlem yapılmış olan kişidir denilebilir. Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunumuz, “sanıklık” hukuki durumunun, iddianamenin düzenlenip mahkemeye verilmesi ile değil, iddianamenin mahkeme tarafından kabulü ile doğacağını belirtmiştir⁵¹⁴.

⁵¹⁰ KAYMAZ, s. 232.

⁵¹¹ Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması durumunda, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir (CMK m.135/1).

⁵¹² “Mevcut bulunan fiili tutanak noktalarına dayanılarak varılan sonuçlara veya kriminalistik biliminden edinilmiş tecrübe veya görüşler doğrultusunda ortaya çıkan basit şüpheye, tahmin (vermutung) denilir. Bu statüde olan kişiler hakkında “suç işlendiği izlenimini veren hal” (CMK m. 160) bulunmadığı için, bunlar henüz “şüpheli” veya “sanık” sayılmazlar” (KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 469).

⁵¹³ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 471-473.

⁵¹⁴ “Sanıklık sıfatının önemi, sadece sanık bakımından değildir. Başkaları da onun bu sıfatını göz önünde tutmak mecburiyetinde kalabilirler. Bu nedenle biz “dar anlamda” sanıklığı, iddianamenin kabulü anında değil (CMK 175), suç isnadından başlatıyor, sanığın isnadı öğrenmesini aramıyoruz” (KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 474).

Şüpheli veya sanık, ceza hukuku bakımından, suç işlediği ispatlandığı takdirde cezalandırılacak olan kişi iken, ceza muhakemesi hukuku açısından ise bireysel savunma makamı anlamına gelmektedir⁵¹⁵.

Şüpheli veya sanık, suç işlediği sanılan kişidir. Şüpheli veya sanık olma ceza muhakemesinde başlı başına bir statü niteliğindedir. Bu statü, suçlanan kişiye bazı haklar kazandırmakla beraber, bazı yükümlülöklere katlanmasını da gerektirmektedir. Sanık veya şüpheli ancak, hayatta olan gerçek kişilerden biri olabilir. Tüzel kişiler sanıklık veya şüphelilik sıfatına haiz olamaz⁵¹⁶. Fakat, tüzel kişilerin karıştığı suçlarda, suça katılan yöneticiler ve temsilciler bu sıfatlara sahip olmakta ve tüzel kişi hakkında da güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmektedir (TCK. m. 60).

CMK'nın 135. maddesinde *“Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması durumunda, şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir”* şeklinde yapılan düzenleme ile şüpheli ve sanık hakkında iletişimin denetlenmesine karar verilebileceği belirtilmiştir. İletişimin denetlenmesi için yapılan bir soruşturma ve kovuşturma olmalıdır. CMK'nın tanımlar başlıklı 2. maddesinde tanımlanmış olan soruşturma; kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade etmekte iken, şüpheli, soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişi anlamına gelmektedir. Aynı zamanda kovuşturma; iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evre anlamındayken, sanık ise, kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade etmektedir (CMK m.2/1-a-b-e-f).

Görüldüğü gibi, kanunun düzenlemesinde açık olarak, bir kişinin iletişiminin denetlenebilmesi için şüpheli veya sanık sıfatını taşıması gerektiği belirtilmiştir.

İletişimin denetlenmesi tedbirine, şüpheli veya sanığın adına kayıtlı olan bütün iletişim araçları hakkında başvurulabildiği gibi, şüpheli veya sanığın adına kayıtlı olmamakla birlikte kullandıkları bütün iletişim araçları hakkında da bu tedbire başvurulabilir. Bunun gerekçesi de, suç işleyenlerin genellikle kendi adlarına kayıtlı

⁵¹⁵ CENTEL/ZAFER, s. 135.

⁵¹⁶ YURTCAN, s. 143.

olmayan iletişim araçlarını kullanmaktan kaçınmalarıdır⁵¹⁷. Ayrıca, Kanunun 135. maddesinin 4. fıkrasında mobil telefonun yerinin tespitine, şüpheli ve sanığın yakalanması için başvurulabileceği düzenlenmiştir. 5353 sayılı Kanunun 17. maddesiyle bu fıkra yapılan değişiklikle “kullanmakta olduğu” ve “kullandığı” ibareleri metinden çıkarıldığından dolayı mobil telefonun tespiti bakımından şüpheli ve sanığın kullandığı telefonlar haricinde de iletişimin denetlenmesine imkân tanınmıştır. Bu nedenle sanık ve şüpheliye ulaşılmasını sağlayacak kişiler için de mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine başvurulabileceği sonucuna varılabilir⁵¹⁸.

Şüpheli veya sanığa ait telefonun görüşme yaptığı tüm karşı numaraların dinlenerek, kayda alınan görüşmelerin yapıldığı sırada bulunduğu yerin tespiti amacıyla, karşı numaranın sinyal bilgilerinin de değerlendirilmesine karar verilmesi ve böylece denetim sınırının şüpheli ve sanığın kullandığı iletişim araçlarını aşacak ölçüde uygulanması hukuka uygun olmayacaktır⁵¹⁹.

Bu tedbire, sadece sanık veya şüpheli hakkında başvurulacağı belirtildiğinden, üçüncü kişilerin iletişim araçları için denetim kararı verilebilmesi olanaklı değildir. Yani, şüpheli veya sanıkla ilgili delil elde etmek amacıyla üçüncü kişiler hakkında iletişimin denetlenmesine başvurulamaz⁵²⁰. Ayrıca, soruşturma evresinden sonra kovuşturmayla yer olmadığına dair karar verilmişse, şüpheli sıfatı ortadan kalkacağından denetime başvurulamayacaktır⁵²¹.

3.2.5.2. Diğer kişiler

İletişimin denetlenmesi tedbiri, şüpheli veya sanık dışında kalan üçüncü kişiler aleyhine uygulanamaz. Ancak şüpheli veya sanığın iletişim araçlarının denetlendiği esnada onlarla iletişim kuran kişilerin de iletişiminin denetleneceği açıkça anlaşılmaktadır. Soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan, ancak 135. madde de sayılan katalog kapsamındaki suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse, bu delilin muhafaza altına alınması ve durumun cumhuriyet

⁵¹⁷ TAŞKIN, s. 85.

⁵¹⁸ Aksi görüş için bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 713.

⁵¹⁹ ŞEN, Türk Hukuku s. 57.

⁵²⁰ TAŞKIN, s. 86.

⁵²¹ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 634.

savcılığına derhal bildirilerek, şüpheli statüsüne giren üçüncü kişi için ayrı bir denetim kararı alınması gereklidir⁵²².

Bu tedbir, kaçınılmaz olarak, kovuşturulan suçla ilgili olmayan üçüncü kişiler üzerinde de etkili olacaktır. Bu durum tedbire başvurulmasını engelleyememekle birlikte, bunun için somut olgulara dayanan bir şüphe bulunan bir veya birden fazla kişi hakkında hazırlık soruşturmasına başlanmış olması lazımdır⁵²³.

Şüpheli veya sanığın özel soruşturma şartlarına tabi olması veya dokunulmazlıktan yararlanması, hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasına engel teşkil etmez⁵²⁴. Bu kişilerin, iletişimlerinin denetlenmesi konusunda CMK'nın 135. maddesinde ve devamı maddelerinde herhangi bir hüküm bulunmamasına rağmen, denetime tabi olacakları ancak, denetimin gizlilik özelliğinin soruşturması özel usule tabi olan bu kişilerle ilgili olarak verimli olmayacağı belirtilmiştir⁵²⁵.

3.2.5.2.1. Suça iştirak, yardım ve yataklık edenler

4422 sayılı Kanunun 2. maddesinde, bu kanunda öngörülen suçları işleme veya bunlara iştirak yahut işlendikten sonra faillere her ne suretle olursa olsun yardım veya aracılık veya yataklık etme kuşkusu altında bulunan kimselerin kullandıkları iletişim araçlarının denetlenebileceği düzenlenmişti. 5271 sayılı CMK'nın, 2001 Tasarısının 107. maddesinin gerekçesinde “*hakim, müdahale kararını sadece hakkında soruşturma açılmış kişiler için değil ve fakat iletişimlerine girildiğinde soruşturma yapılan suç ve suçlular bakımından delil iz, eser ve emare elde edilebilecek diğer kişiler hakkında da verilebilecektir*”, denilmek suretiyle bu kimselerin denetlenebileceği vurgulanmaktaydı. Ancak benimsenen nihai metinde böyle bir düzenlemeye yer verilmediği gibi, gerekçede de yer bulmamıştır. CMK'nın hazırlık çalışmaları yapılırken bilim komisyonunda Alman CMK'sından esinlenilerek “bu tedbir, şüpheli için belirli mesajları ileten veya getiren ya da şüpheli tarafından iletişim bağlantılarının kullanıldığının anlaşıldığı takdirde, şüpheli dışındaki kimseler hakkında da

⁵²² ÖZBEK, s. 426.

⁵²³ ERDEM, “İletişimin Denetlenmesi”, s. 101.

⁵²⁴ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 634.

⁵²⁵ KAYMAZ, s. 194.

uygulanabilir” şeklinde bir ifadenin eklenmesi önerisinde bulunulmuş, ancak bu öneri, “bunun ayrıca yazılmasına gerek olmadığı, gerekli olan herkesin dinlenebileceği” gerekçe gösterilerek kanun metninde yer alamamıştır. Bunlar dikkate alınarak, iştirak, yardım, yataklık ve aracılık edenlerin iletişimlerinin kesinlikle denetlenemeyeceği yönünde bir yorumda bulunulamayacağı, katalogda sayılan suçlardan birine ilişkin kuvvetli şüphe ve başka surette delil elde edilmesi olanağı bulunmaması şartları gerçekleştiği takdirde suça iştirak edenler hakkında da tedbire başvurulabileceği ancak, suç işlendikten sonra yardım ve yataklık edenler, suç işlenmeden önce iştirak ilişkisi içerisinde değillerse, bunlar hakkında iletişimin denetlenmesine karar verilemeyeceği belirtilmiştir⁵²⁶.

Hakkında tedbir kararı verilen şüpheli veya sanık ile konuşan kişinin tedbir konusu suçun azmettiren veya iştirakçisi olduğu anlaşıldığı takdirde, konuşan kişinin kendiliğinden şüpheli konumuna gireceği ve elde edilen kayıtların aleyhinde delil olarak kullanılabileceği kabul edilmektedir⁵²⁷.

Şüpheli veya sanığın iletişim araçlarını kullandığı kişi de iletişimin denetlenmesi tedbirine katlanmak zorundadır. İletişim aracının sahibinin bunun şüpheli veya sanık tarafından kullanıldığından haberdar olması şart değildir. Habersiz olsa dahi denetime başvurulabilecektir⁵²⁸.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 06/11/2007 tarihli kararında “iletişimin tespiti işlemi, soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı telefonla yaptığı görüşmelere ilişkin detay bilgilerin, yani telefonla yapılan bağlantıların kimlerle ve ne zaman yapıldığının belirlenmesi anlamına gelmekte olup, CMK’nın 135/6. maddesi kapsamında bulunmadığından, fıkra da sayılan suçlarla sınırlı kalınmaksızın aynı yasanın 135/1. madde uyarınca karar verilmesine engel bir hal bulunmamaktadır. Ancak, CMK’nın 135/1. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca, yalnızca şüpheli veya sanığın iletişiminin tespiti, kayda alınması, dinlenilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi olanaklıdır” denilerek, sanık veya şüpheli sıfatı bulunmayan kişiler hakkında iletişimin denetlenmesi yoluna gidilemeyeceği özellikle vurgulanmıştır⁵²⁹.

⁵²⁶ HAKERİ, “İletişimin Tespiti”, s. 24.

⁵²⁷ ŞEN, Türk Hukuku, s. 57.

⁵²⁸ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 713.

⁵²⁹ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2007/8700 Esas, 2007/8903 Karar ve 06.11.2007 tarihli kararı, Kazancı İçtihat Bilgi Bilişim Bankası.

Anlaşılabacağı üzere, şüpheli ve sanığa katalogda bulunan suçların işlenmesinde yardım eden, yani bu suçlara iştirak eden kişiler de, şüpheli konumuna gireceklerinden bunlar hakkında da iletişimin denetlenmesine başvurulması mümkün olacaktır. Ancak, suç işlendikten sonra suçun delillerinin gizlenmesi veya suçluya yataklık edilmesi katalog haricinde başka bir suç oluşturacağından bu kişiler aleyhine denetime gidilmemelidir.

3.2.5.2.2. Şikayette bulunan veya mağdur ya da mağdurun rızası

CMK'nın 135. maddesinde, yalnızca şüpheli veya sanığın iletişiminin denetlenmesi düzenlenmiştir. Buna göre şüpheli veya sanığın dışındaki üçüncü kişilerin iletişimleri denetlenemeyecektir.

Kanundaki düzenleniş amacı şartları göz önünde bulundurulduğunda, kişilerin temel haklarına müdahale teşkil eden iletişimin denetlenmesi tedbirinin, şikayetçi veya mağdurun talep ve rızaları olmadığı takdirde haklarında uygulanması olanaklı değildir⁵³⁰. Nitekim hukuka aykırı olan denetimin rıza dışı olan denetim olduğu ve eğer iletişimin taraflarından biri önceden rıza göstermişse denetimin hukuka uygun olacağı ve de bunun şantaj suçları ile muhbirlerle yapılan iletişimin denetlenmesinde hukuka uygunluğu sağlamak için önemli olduğu ifade edilmiştir⁵³¹.

Mağdurun rızası veya talebi üzerine ancak mağduru olduğu katalog kapsamındaki suçlar bakımından denetimin mümkün olması ve ayrıca denetim için yasadaki şartların gerçekleşmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak mağdurun rızası veya talebi halinde 135. maddede belirtilen şartlar dikkate alınmadan iletişimin denetlenebileceği ve bu nedenle CMK'nın 135. maddesinde mağdurun iletişiminin denetlenebileceğinin ayrıca düzenlenmediğine ilişkin bir yorumun da yapılabileceği vurgulanmıştır⁵³². Nitekim, tasarının gerekçesinde bununla alakalı olarak “telefonla sürekli rahatsız edildikleri için polise başvurarak telefonlarının dinlenmelerini istemiş bulunan kişiler bakımından, elbette ki, bu usul uygulanmayacaktır”⁵³³ ifadesine yer verilerek, telefonla rahatsız edilen kişiler açısından kanunun sınırlamaları nazara

⁵³⁰ KAYMAZ, s. 169.

⁵³¹ YENİSEY/ALTUNÇ, s. 1305.

⁵³² KAYMAZ, s. 169.

⁵³³ ŞAHİN, Gazi Şerhi, s.

alınmadan “mağdurun rızası” halinde talepleri olması koşuluyla iletişimlerinin denetlenmesi yoluna gidilebilecektir.

Bundan farklı olarak, mağdurun rızası ve Cumhuriyet savcılarının CMK’nın 160 ve 161. maddelerin de tanınan yetkiler ışığında, ancak iletişimin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin mümkün olabileceği, fakat iletişimin dinlenilmesi ile kayda alınmasının mümkün olamayacağı ve “mağdurun rızası” kurumunun sanık ve şüpheli aleyhine kullanılamayacağı da ileri sürülmüştür⁵³⁴.

İletişimin dinlenilmesi ve kayda alınmasına yönelik farklı yorumlarda bulunmakla beraber, yasadaki şartların varlığı halinde katalog kapsamında bir suç olmasa dahi, mağdurun talebi üzerine iletişimin tespiti yoluna gidilebilmelidir⁵³⁵.

14.02.2007 tarihli Yönetmeliğin 10/4 maddesine göre, bir soruşturma sırasında delil toplama kapsamında, somut olayın özelliğine göre maddi gerçekliğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için zorunlu olduğu takdirde, açık rızasının bulunması ve iletişim aracının kendisine ait olması şartıyla şikayetçinin iletişiminin tespiti Cumhuriyet savcısının yazılı kararıyla Başkanlıktan istenir⁵³⁶. Bu düzenleme ile sadece iletişimin tespiti için mağdurun rızası kabul görmüştür. Ayrıca tespite başvurulabilmesi için, adil bir yargılamanın yapılabilmesi için zorunlu olması ve iletişim aracının kendisine ait olması şartlarının da bulunması gerektiği düzenlenmiştir.

Mağdurun kendi iletişim araçları üzerindeki iletişiminin denetlenmesi istemi ve şikayeti üzerine, henüz bir şüpheli bulunmadığından, şüphelinin tespiti için 135. maddede belirtilen hakim kararına gerek duyulmadan iletişimin tespitine başvurulabileceği belirtilip, delil araştırması ya da herhangi bir suç failinin tespiti için, mağdurun iletişiminin dinlenmesi, kayda alınması veya tespitinde yasal bir engelin olmadığı iddia edilmiştir⁵³⁷.

⁵³⁴ ŞEN, Türk Hukuku, s. 58.

⁵³⁵ ÖZBEK, 429.

⁵³⁶ Bu yönetmeliğin 10. maddesinin 4. fıkrası yürütmenin durdurulması istemiyle Danıştay 4. Dairesine gitmiş ve bu daire de 16.10.2007 tarihli ve 2007/2795 Esas ile yürütmenin bu fıkra için durdurulmasına yer olmadığına karar vermiştir (Yargı Dünyası, S. 144, Aralık 2007, s. 212).

⁵³⁷ MERAN, Necati, “Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Takip”, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 98.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararda mağdurun talebi üzerine cumhuriyet savcısının iletişimin tespiti talep edebileceğini kabul etmiştir⁵³⁸.

Anlaşılacağı üzere, iletişimin tespiti için mağdurun rızası ve talebi yeterli olmalıdır. İletişimin dinlenilmesi ve kayda alınması bakımından da kanunun gerekçesi dikkate alındığında, mağdurun rahatsız edildiği suçlar açısından rızasının bulunması denetime başvurulması için yeterli görülmektedir. Ancak her suç için sadece rızaya dayalı olarak iletişimin dinlenilmesi ve kaydı orantılılık ilkesine ve kanunun sınırlarının ihlaline neden olacaktır kanısındayız.

3.2.5.3. Denetimi özel usule tabi olan kişiler

3.2.5.3.1. Kamu görevlileri

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri belirtmek ve izlenecek usulü göstermek amacıyla yasalaşan 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanuna göre, kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı soruşturma yapılabilmesi yetkili merciin iznine tabidir. Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır. Ayrıca ağır cezayı gerektiren suçüstü hali de genel hükümlere tabidir⁵³⁹.

Kamu görevlilerinin işlemiş oldukları görevleriyle ilgili suçların soruşturmasının başlatılabilmesi için ilgili kanunlar gereği öncelikle izin alınması zorunluluğu vardır. Bu kişiler hakkında izin alındıktan ve soruşturmaya başlandıktan sonra haklarında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilir⁵⁴⁰. Fakat izin sürecinde hakkında izin istenilen şüphelinin izlenecek yol gereği bu durumdan haberdar olacağı ve

⁵³⁸ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2005/14969 Esas, 2005/20489 Karar ve 03.10.2005 tarihli kararı, YKD. Haziran 2006, C. 32, S. 6, s. 993-994.

⁵³⁹ Bkz. 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, m.1-2.

⁵⁴⁰ 4483 sayılı Kanunun 4. maddesine göre; “Cumhuriyet başsavcıları, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu Kanun kapsamına giren suçlarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikayet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespitten başka hiçbir işlem yapmayarak ve hakkında ihbar veya şikayette bulunulan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesine başvurmaksızın evrakın bir örneğini ilgili makama göndererek soruşturma izni isterler”.

bunun da gizliliği ihlal edeceği tedbirin uygulanması açısından göz önüne alındığında, bu tedbirin işlerliğini yitireceği ve delil elde edilmesinin mümkün olmayacağı konusunda endişeler bulunabilir⁵⁴¹.

Esas olarak CMK'nın 135/6. maddesinde belirtilen suçların çoğunun görev nedeniyle işlenebilmeleri mümkün görünmemektedir. Ancak, rüşvet, ihaleye fesat karıştırma ve devlet sırlarının açıklanması ve açıklanmasına sebep olma suçları görev nedeniyle işlenebilir mahiyettedir. Nitekim 3628 sayılı Kanunun 17. maddesine göre, irtikap, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 4483 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı belirtildiğinden, izin usulü uygulanmayacaktır⁵⁴². Ancak, bu uygulama müsteşarlar, valiler ve kaymakamlar hakkında yapılamayacaktır. Onlar hakkında 4483 sayılı Kanundaki usul izlenecektir (3628 sayılı kanunu m.19). Bunun haricinde görevleri veya sıfatları sebebi ile özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabii olan sanıklarla ilgili kanun hükümleri saklı tutulmuştur.

3.2.5.3.2. Hakim ve savcılar

Hakim ve savcıların görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır. Adalet Bakanı inceleme ve soruşturmayı, adalet müfettişleri veya hakkında soruşturma yapılacak olandan daha kıdemli hakim veya savcı eliyle yaptırabilir. Soruşturma ile görevlendirilen hakim ve savcılar, adalet müfettişlerinin yetkilerine haiz olacaklardır⁵⁴³.

Hakim ve savcılar hakkında kişisel suçları nedeniyle soruşturma yapılması izne tabi değildir. Ancak 93. maddede belirtilen şartlara riayet edilmesi gerekir⁵⁴⁴. Aynı

⁵⁴¹ TAŞKIN, s. 88; MERAN, 75.

⁵⁴² "Cumhuriyet Savcısı 17 nci maddede yazılı suçların işlendiğini öğrendiğinde sanıklar hakkında doğrudan doğruya ve bizzat soruşturmaya başlamakla beraber durumu atamaya yetkili amirine veya 8 inci maddede sayılan mercilere bildirir" (3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu m.17-19).

⁵⁴³ 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar kanunu m. 82.

⁵⁴⁴ "Hakim ve savcıların kişisel suçları hakkında soruşturma, ilgilinin yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcısına ve son soruşturma o yer

zamanda hakim ve savcıların ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hallerinde de soruşturma yapılması için Adalet Bakanlığının izni gerekli değildir ve soruşturma genel hükümlere göre yetkili cumhuriyet savcılar tarafından yapılacaktır (2802 sayılı Kanunun 94. maddesi)⁵⁴⁵. Dolayısıyla hakim ve savcılar bu durumda genel hükümlere göre işleme tabi tutulacağından, şartların oluşması halinde haklarında iletişimin denetlenmesi tedbirine de başvurulabilecektir⁵⁴⁶.

Hakim ve savcılar hakkında görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlar bakımından soruşturma yapılabilmesi ve bunun sonucunda da koruma tedbirlerine başvurulabilmesi özel usule tabidir⁵⁴⁷. Gerekli izin alınıp, 2802 sayılı Kanunda belirtilen usul izlendikten sonra, şartların bulunması halinde, iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecektir⁵⁴⁸.

3.2.5.3.3. Milletvekilleri

Milletvekillerinin gereği gibi görevlerini yerine getirebilmeleri, keyfi ve asılsız ceza kovuşturmalarından ve tutuklamalardan korunabilmesi için yasama dokunulmazlığı öngörülmüştür⁵⁴⁹. Yasama dokunulmazlığının amacı, milletvekillerine cezasızlık sağlamak olmayıp, ancak siyasi nedenlerle açılacak kovuşturmalara karşı onu

ağır ceza mahkemesine aittir. Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarındaki hakim ve savcıların kişisel suçları hakkında soruşturma ve kovuşturma Ankara Cumhuriyet Başsavcısı ve ağır ceza mahkemesine aittir” (2802 sayılı kanunun 93. maddesi).

⁵⁴⁵ Kanunun 88. maddesinde; Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri dışında suç işlediği ileri sürülen hakim ve savcıların yakalanamayacağı, üzerleri ve konutlarının aranamayacağı, sorguya çekilemeyecekleri belirtilerek, durumun Adalet Bakanlığına derhal bildirileceği düzenlenmiştir.

⁵⁴⁶ KAYMAZ, s. 198.

⁵⁴⁷ “Hakim ve savcılar hakkında görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlar nedeniyle kovuşturma yapılması gerekli görüldüğü takdirde evrak, Adalet Bakanlığınca ilgilinin yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet savcılığına, Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında görevli hakim ve savcılar hakkındaki evrak ise Ankara Cumhuriyet Savcılığına gönderilir. Cumhuriyet savcısı beş gün içinde iddianamesini düzenleyerek evrakı, son soruşturmanın açılmasına veya son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına karar verilmek üzere ağır ceza mahkemesine verir. İddianamenin bir örneği Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince, hakkında kovuşturma yapılana tebliğ olunur. Bu tebliğ üzerine ilgili, Kanunda yazılı süre içinde delil toplanmasını ister veya kabul edilebilir istekte bulunursa bu husus göz önünde tutulur ve gerekirse soruşturma başkan tarafından derinleştirilir” (2802 sayılı kanunun 89. maddesi).

⁵⁴⁸ MERAN, s. 85-89; KAYMAZ, s. 199-203.

⁵⁴⁹ ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, B. 9, Ankara 2008, s. 291; GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Yayıncılık, B. 5, Bursa 2008, s. 281.

korumak, yani iktidar çoğunluğunun, bazı bahanelerle, muhalefette bulunan milletvekillerinden kurtulmak isteklerinin önüne geçmektir denilebilir⁵⁵⁰.

Anayasanın 83. maddesinde, “Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, meclisin kararı olmadıkça tutuklamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki⁵⁵¹ durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam, durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır” şeklinde düzenleme yapılmıştır⁵⁵². Bu düzenleme ile milletvekilleri hakkında, meclis kararı olmadan yakalama, tutuklama, sorguya çekme ve yargılama yapılamayacağı ifade edilmiştir. Ancak bu maddeden anlaşılabileceği gibi, milletvekilleri hakkında soruşturma açılmasına ve hareket özgürlüklerini sınırlamayan koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel bir durum söz konusu değildir. Nitekim öğretide benzer görüşler ileri sürülmüştür; Bir görüşe göre, yasama dokunulmazlığı, belirli usul işlemlerinden korunma sağlamakta olup, bunlar haricindeki işlemlerin yapılmasına engel değildir. Adli makamlar tarafından suçlunun belirlenmesi için delil toplanabilir ve rıza göstermeleri halinde milletvekillerinin ifadeleri alınıp, ikametgahlarında arama tedbirine dahi başvurulabilir⁵⁵³.

İletişimin denetlenmesi tedbiri açısından milletvekillerine bir ayrıcalık tanınmadığı ve milletvekilli hakkında denetleme tedbirine başvurulmasının mümkün olduğu görülmektedir⁵⁵⁴. Öğretide Ergül, milletvekilleri hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceğini, anayasada buna yönelik bir yasağın

⁵⁵⁰ TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, B. 10, İstanbul 2005, s. 382; KALAĞAN, Gökhan, “Parlamente Sistemde Yasama Meclisi Üyelerine Tanınan Ayrıcalıklar”, SDÜSBED Y. 2, S. 4, 2006, s. 76.

⁵⁵¹ “Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz” (Ay. 14/1).

⁵⁵² “Suçüstü halinin yasama dokunulmazlığının bir istisnası olarak düzenlenmesinin nedeni isnadın ciddiyeti konusunda önemli bir karinenin varlığıdır. Bu gibi hallerde milletvekillerinin korunması, dokunulmazlık kurumunun amacını aşan ve milletvekilleri açısından imtiyaz haline gelen bir durumdur. Böyle bir korumayı demokrasi, hukuk devleti ve eşitlik ilkeleriyle bağdaştırmak mümkün değildir” (DÖNER, Ayhan, “Parlamente Bağışlıkları”, AÜEHFD C. VIII, S. 1-2, Erzincan 2004, s. 58).

⁵⁵³ TEZİÇ, s. 386; DÖNER, s. 58.

⁵⁵⁴ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 634.

bulunmadığını ve bunun aksine bir düşüncenin yasama dokunulmazlığının alanını oldukça genişleteceğini vurgulamış, ayrıca böyle bir yorumun milletvekilleri hakkında yürütülecek soruşturmalarda dokunulmazlıkların kalkmasının beklenmesine neden olacağını gerekçe göstererek, bu uzun sürede delillerin kaybolmasına sebep olacağını iddia etmiştir⁵⁵⁵.

Anlaşılacağı üzere yasada iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasına bir engel bulunmadığı sonucuna varılabilir. Yani, milletvekilleri aleyhine kamu davası açılmasına bir engel bulunmadığına göre, soruşturma aşamasında delil toplanması için iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasına da engel yoktur denilebilecektir. Ancak memurlar için dahi soruşturma yapılması izne tabi iken⁵⁵⁶, milletvekilleri hakkında doğrudan tedbire başvurulması hakkaniyete uygun olmayacaktır. Kanaatimizce, bu tedbir içinde meclisten karar alınması (izin istenmesi) ve gerekli karar alındıktan sonra iletişimin denetlenmesine başvurulması gereklidir. Aksi takdirde iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulamamalıdır⁵⁵⁷.

3.2.5.4. Denetimi yasak olan kişiler

3.2.5.4.1. Genel olarak

Ceza muhakemesi maddi gerçeği araştırarak ortaya çıkarma amacıyla olmasına rağmen, belli hukuki sınırlar içinde buna ulaşmak zorundadır. Bununla birlikte, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri şüpheli veya sanığa ilişkindir. Ancak bu kişilerle iletişim kuran üçüncü kişilerde bu denetime istemeden de olsa tabi hale gelmektedirler. Bu nedenle savunma hakkının ihlal edilmemesi, yaşam hakkı ve birtakım sosyal değerlerin muhafaza edilmesi gerekçeleriyle şüpheli veya sanığın yakınları ve bazı meslek sahipleriyle yaptıkları iletişimin denetlenmesi sınırlandırılmış, hatta yasaklanmıştır⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ ERGÜL, s. 3.

⁵⁵⁶ Kamu görevlilerinin dahi, görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı soruşturma yapılabilmesi yetkili merciin iznine tabi olduğundan, milletvekillerinin soruşturma konusu suçla ilgili olarak denetime tabi tutulması adil olmayacaktır.

⁵⁵⁷ Benzer görüş için bkz. KAYMAZ, s. 208.

⁵⁵⁸ KAYMAZ, s. 172.

CMK'nın 135 ve 136. maddelerinde şüpheli veya sanığın müdafii ve tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimin kayda alınamayacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda bir yasak söz konusudur.

3.2.5.4.2. Tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişilerle yapılan iletişimin denetlenmesi yasağı (CMK 135/2)

3.2.5.4.2.1. Kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişiler

Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamayacak ve kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtlar derhal yok edilecektir.

CMK' nın 45. maddesinde tanıklıktan çekinebilecekler sıralanmıştır. Bunlar şu şekilde sayılabilir;

- a- Şüpheli veya sanığın nişanlısı,
- b- Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi,
- c- Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy,
- d- Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları,
- e- Şüpheli veya sanıkla aralarında evlatlık bağı bulunanlardır⁵⁵⁹.

Tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişilerin iletişiminin denetlenemeyecek olması yasağın kapsamının çok geniş olması ve tedbirin uygulanmasının imkansızlaşması veya anlamsız hale gelmesi gerekçeleriyle haklı olarak eleştirilmiş, tanıklıktan çekinmenin dayandığı **kimsenin kendisi ve yakınları aleyhinde beyanda bulunmaya veya delil vermeye zorlanamayacağı** ilkesinin bu yasağı haklı gösteremeyeceği belirtilmiştir⁵⁶⁰. Düzenlemeden anlaşıldığı gibi, tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişiler tedbirin uygulanmasını sınırlayacak düzeydedir. Ancak özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi ihtimali yüksek olduğundan tedbirin bu yakınlar

⁵⁵⁹ “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” (CMK m. 45/2). “Tanıklıktan çekinebilecek olan kimselere, dinlenmeden önce tanıklıktan çekinebilecekleri bildirilir. Bu kimseler, dinlenirken de her zaman tanıklıktan çekinebilirler” (CMK m. 45/3).

⁵⁶⁰ KAYMAZ, s. 175.

hakkında uygulanmaması daha yerinde olacaktır. Nitekim, uygulamadaki dosyalarda sanık veya şüphelinin, eşi, nişanlısı veya arkadaşları ile özel ve aile hayatına yönelik konuşmalarının kayıt tutanaklarının bulunduğu ve bunların yok edilmeyerek aleni bir hal kazandığı, böylece özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği belirtilmiştir⁵⁶¹.

CMK'nın 48. maddesinde, tanık, kendisini veya 45 inci maddenin birinci fıkrasında gösterilen kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebilir denilmektedir. Ancak burada belirtilen tanığın yasak kapsamında değerlendirilmemesi gerekir ve şüpheli veya sanığın bu kapsamda sayılmasının kendi aleyhine beyanda bulunduğu kayıtların da yasak delil olarak değerlendirilmesine neden olacağı ve bu sonucun da kanun koyucunun iradesiyle bağdaşmayacağı açıktır⁵⁶².

3.2.5.4.2.2. Meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme

CMK'nın diğer bir düzenlemesi de 46. maddede bulunmaktadır. Bu maddede meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar sıralanmaktadır. 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.

Görüreceği gibi CMK'nın 135. maddesinin 2. fıkrası gereği, şüpheli veya sanığın, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan bu meslek sahipleriyle yaptığı iletişimin kayda alınması mümkün olmayacaktır. Kayda alınsa dahi, bunun anlaşılması halinde yapılan kayıtlar derhal yok edilecektir. CMK'nın 46. maddesinde belirtilen avukatlar ve stajyerleri de bu kapsamda ele alınacaktır. Ayrıca müdafilik görevini avukatlar

⁵⁶¹ ŞEN, Türk Hukuku, s. 91.

⁵⁶² KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 715.

üstleneceğinden 135. maddenin kapsamına müdafilerde girecektir. Buna rağmen kanun koyucu CMK'nın 136. maddesinde müdafilere ilişkin özel yasak getirmiştir.

17.02.2007 tarihli yönetmeliğin 7/4. maddesinde şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtlar Cumhuriyet savcısının huzurunda derhal imha edilir ve bu husus bir tutanağa bağlanır denilmiş, ancak devamı olan cümlede “Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinde belirtilen yasal şartlar varsa, “suç işleme şüphesi altındaki tanıklıktan çekinme hakkı olan şahıslar hakkında da” hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla bu tedbire başvurulabileceği belirtilerek kanunla getirilen yasak yönetmelikle bertaraf edilmeye çalışılmıştır.

Yönetmeliğin bu 7/4. maddesiyle ilgili Danıştay Onuncu Dairesinin 14.10.2008 günlü, E:2007/2795 sayılı kararı ile yürütme durdurulmuş; ancak daha sonra Adalet Bakanlığı durdurmanın kaldırılması için Danıştay İdari Dava Daireleri Kuruluna başvurmuştur. Bu mercii 30.4.2009 gününde Bakanlığın istemini reddetmiştir. Böylece, yönetmeliğin 7 maddesinin 4. fıkrasının son cümlesi olan “Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135 inci maddesinde belirtilen yasal şartlar varsa, suç işleme şüphesi altındaki tanıklıktan çekinme hakkı olan şahıslar hakkında da hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla bu tedbire başvurulabilir” ifadesinin yürütmesi durdurulmuştur. Kararda öncelikle adalet bakanlığının böyle bir yönetmelik çıkarmaya yetkili olmadığı⁵⁶³ ve Anayasa'nın kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkına ilişkin 17. özel hayatın gizliliğinin korunmasına ilişkin 20. haberleşme hürriyetine ilişkin 22. düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine ilişkin 26. maddeleri gibi bir çok temel hak ve hürriyetle ilgisi olan iletişimin denetimi kapsamındaki faaliyetlerin özellikle yönetmelikle düzenlenmesini öngörmediği ve bu konuları, yasada ayrıntılı olarak düzenlemeyi tercih ettiği vurgulanarak, CMK'nın 135. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen iletişimin kayda alınması yasağının yönetmelikle **“suç işleme şüphesi altındaki”** gibi muğlak, ne anlaşıldığı belli olmayan ve kanunun hükmünü bertaraf ederek denetimi yasak olan kişiler hakkında da iletişimin kayda

⁵⁶³ Karşı oy yazısında ise “Adalet Bakanlığının, Ceza Muhakemesi Yasası'nın 135 ila 140. maddelerine dayanılarak yönetmelikle düzenleme yapma yetkisinin bulunduğu anlaşıldığından, işin esasının incelenmesi suretiyle bir karar verilmesi gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz”, denilmiştir (Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 30.04.2009 tarihli kararı, <http://www.danistay.gov.tr>, E.T. 22.05.2009).

alınmasına neden olacak bir ifade kullanılmasını yerinde görmemiş ve yürütmenin durdurulması kararını onamıştır⁵⁶⁴.

Sonuç olarak tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlarla sanık veya şüpheli arasındaki iletişimin, herhangi bir istisna olmaksızın CMK'nın düzenlemesine uygun olarak kayda alınması olanaksızdır. Kayda alma işlemi gerçekleştikten sonra bu durum anlaşılırsa, vakit geçirilmeden kayıtlar yok edilmelidir.

3.2.5.4.2.3. Yasağın kapsamı

CMK'nın 135. maddesinin 2. fıkrasında, şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimin kayda alınamayacağı ve kayda alma gerçekleştikten sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtların derhal yok edileceği düzenlenmiştir. Kanun metninden iletişimin dinlenilmesi, tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespiti ile ilgili bir sınırlama bulunmamaktadır. Öğretide bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır;

Bir görüşe göre, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişiler ile sanık veya şüpheli arasındaki iletişim sadece kayıt edilemeyecek ancak dinleme ve tespiti mümkün olabilecektir. Böylelikle kolluk memuru kayda alma işlemi yapmayacak ancak dinleme işlemine devam ederek duruşmada duyduklarını tanık sıfatıyla beyan edebilecektir. Bu nedenle düzenleme kanun koyucunun amacı doğrultusunda değildir⁵⁶⁵.

Bir başka görüşe göre, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlarla şüpheli veya sanık arasında ki iletişim kayda alınmamakla beraber, dinlenebilecek, tespit edilebilecek ve sinyal bilgileri de değerlendirilebilecektir. Gerekçe olarak dinleme yapılmadan iletişimin kiminle yapıldığının anlaşılabilmesi ve tespit ile sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi bakımından da bu işlemlerin iletişim içeriklerine muttali olmayı gerektirmemesi gösterilmiştir⁵⁶⁶.

Aksi görüşte olan yazarlara göre ise, her ne kadar iletişimin kiminle yapıldığının anlaşılması için tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişilerin şüpheli veya sanıkla yapmış oldukları iletişimin dinlenilmesine olanak tanınmışsa da bu kişilerin iletişimleri kayda alınamadığı gibi dinlenilememelidir de, çünkü bu şekilde elde edilen

⁵⁶⁴ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 30.04.2009 tarihli kararı, <http://www.danistay.gov.tr>, E.T. 22.05.2009.

⁵⁶⁵ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 714.

⁵⁶⁶ ŞAHİN, Ceza Muhakemesi, s. 272.

deliller kötüye kullanılabilecektir. Her halükarda, bu kişiler arasında yapılan iletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen delillerin yasak delil özelliğinde olması nedeniyle yargılamada kullanılması mümkün olmayacaktır⁵⁶⁷. Benzer bir görüşe göre ise, bu kişilerin iletişimleri kayda alınamamakla beraber, dinleme ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin de yasaklanması zorunludur⁵⁶⁸. Aynı görüşe sahip olan Şen, bunun yanında bu kişilerin suça iştirak etmeleri halinde dahi iletişimlerinin denetlenmesi yoluna gidilemeyeceğini iddia etmiştir⁵⁶⁹. Bunun aksini iddia eden Doğan ise, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişilerin suça iştirak etmeleri halinde denetim kapsamına gireceğini ifade etmiştir⁵⁷⁰.

3.2.5.4.3. Müdafii ile yapılan iletişimin denetlenmesi yasağı

Ceza Muhakemesi Kanunumuzun tanımlar başlıklı 2. maddesinde belirtilen müdafii, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı ifade etmektedir. Müdafinin dosyayı inleme ve dosyadan gerekli belgeleri harçsız olarak alma yetkisi vardır. Ayrıca müdafinin şüpheli veya sanıkla görüşme hakkı bulunmaktadır⁵⁷¹.

CMK'nın 136. maddesinde iletişimin denetlenmesine özel bir sınırlama getirilmiş ve şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135. madde hükmünün uygulanamayacağı düzenlenmiştir. Bu madde ile bir avukatın sadece müdafiliğini yaptığı suçla sınırlı olarak bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçlarının denetlenememesi benimsenmiştir. Görüldüğü gibi müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkın kanun maddesinde yasaklama getirilmiş ancak bu yerler dışındaki iletişim araçları ve mobil telefonunun denetlenmesine ilişkin bir yasaklama getirilmemiştir. Yani bu yerler dışındaki telekomünikasyon araçları ve mobil telefonla yapılan konuşmalar dinlenebilecek, kayda alınabilecek, tespit edilip, sinyal bilgileri değerlendirilebilecektir. Bu durum öğretide

⁵⁶⁷ HAKERİ, “İletişimin Tespiti”, s. 24.

⁵⁶⁸ ÖZBEK, s. 426.

⁵⁶⁹ ŞEN, Türk Hukuku, s. 92.

⁵⁷⁰ DOĞAN, Yusuf Hakkı, “Gizli Ceza Muhakemesi Tedbirleri (Gizli Koruma Tedbirleri)” s. 3, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/145.doC>, E.T. 10.05.2009.

⁵⁷¹ “Şüpheli veya sanık, vekaletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tabi tutulamaz” (CMK m. 154).

böyle bir yorumun kanunun amacına aykırı olacağı ve açıkça düzenleme yapılmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵⁷². Ancak CMK'nın 135. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimin kayda alınamaması sınırlaması içerisine CMK'nın 46. maddesi gereği müdafii (avukatlar) de girdiğinden kanun koyucu tarafından müdafie ilişkin iki ayrı yasaklama getirilmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla CMK'nın 135 maddesinin 2. fıkrası ile 136. maddedeki noksanlık giderilmiş olacak ve bu kimselerin iletişimleri denetlenemeyecektir. Kısacası CMK'nın 135. maddesinin 2. fıkrası ve CMK'nın 136. maddeleri birbirlerini tamamlamaktadır sonucuna varılabilir⁵⁷³.

Şüpheli veya sanığın müdafii ile görüşmelerinin CMK m. 135/2 ve 136 gereği herhangi bir yolla dinlenilmesi veya kayda alınması yasaklanmıştır⁵⁷⁴. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, her iki maddenin kapsamına da mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri girmemektedir, yani müdafinin de mobil telefonunun yeri tespit edilebilecektir. Buna ilişkin bir yasak bulunmamaktadır. Ayrıca mobil telefonun şüpheliye veya bir üçüncü kişiye ait olması da sonucu değiştirmemektedir⁵⁷⁵.

İletişiminin denetlendiğinden haberdar olmayan kişinin avukatıyla yaptığı telefon görüşmeleri dinlenerek soruşturmaya konu olan suçun işlendiğinin tespiti kolaylık arz edeceğinden, şüpheli veya sanığın avukatıyla yaptığı ve bir müdafii ile görüşüldüğü fikrini veren konuşmalar, CMK 136 kapsamında bulunacağından dinlenemeyecek ve delil olarak ta hüküm ifade etmeyecektir. Ancak tedbir konusu suç hakkında, şüpheli veya sanığın avukatla yaptığı görüşmeler müdafilikten başka suç ortaklığına ilişkin ise bu durumda suça iştirak söz konusu olacağından bu kişiler denetim yasağından yararlanamayacak ve haklarında elde edilen kayıtlar delil olarak kullanılabilir⁵⁷⁶.

17.02.2007 tarihli Yönetmeliğin 7. maddesinin 5. fıkrasında şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla suç şüphelisi olmayan müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun

⁵⁷² ŞEN, Türk Hukuku, s. 93; HAKERİ, “İletişimin Tespiti”, s. 29.

⁵⁷³ ŞAHİN, Ceza Muhakemesi, s. 272.

⁵⁷⁴ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 637.

⁵⁷⁵ TAŞKIN, s. 155.

⁵⁷⁶ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 637; ŞEN, “Türk Hukuku”, s. 93.

135 inci maddesinin uygulanamayacağı ifade edilmiştir. Bu maddedeki “suç şüphelisi olmayan müdafii” kavramı tereddütlere neden olmuştur. Maddeden anlaşılacağı üzere, CMK ile getirilen yasaklama devre dışı bırakılacak şekilde yönetmelik hükmü konulmuştur. Kanunda bulunmamasına rağmen “suç şüphelisi olmayan” kavramı yönetmeliğe eklenmiştir.

Yönetmeliğin 7. maddesinde yer alan “suç şüphelisi olmayan” ibaresinin yürütmesi CMK’nın 135. maddesinin 2. fıkrası ile 136. maddesinin 1. fıkrasına aykırı olarak, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulama alanının genişletildiği gerekçesiyle Danıştay Onuncu Dairesinin 14.10.2008 günlü, E:2007/2795 sayılı kararı ile durdurulmuştur. Ancak daha sonra Adalet Bakanlığı durdurmanın kaldırılması için Danıştay İdari Dava Daireleri Kuruluna başvurmuş ve bu mercii 30.4.2009 gününde bakanlığın istemini reddetmiştir. Kararda öncelikle adalet bakanlığının böyle bir yönetmelik çıkarmaya yetkili olmadığı ve özel hayatın gizliliği hakkı ile haberleşme hürriyetinin ihlaline neden olabilecek bir konunun yönetmelikle düzenlenmesinin hukuka uygun olmayacağı vurgulanmıştır⁵⁷⁷.

Sonuç olarak şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135 inci madde hükmü uygulanamayacaktır. Aynı zamanda şüpheli veya sanığın müdafii ile başka surette kurduğu iletişim de denetlenemeyecektir. Ancak müdafii bizzat suça iştirak etmişse, onun hakkında iletişimin denetlenmesine hükmedilebilecektir.

3.2.6. İletişimin denetlenmesi açısından talep ve karar

3.2.6.1. Cumhuriyet savcısının talebi

Cumhuriyet savcısı, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması durumunda, evrakı soruşturma defterine kaydettirip, numara verdikten sonra doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri tarafından kendisine bildirilen iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal

⁵⁷⁷ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 30.04.2009 tarihli kararı, <http://www.danistay.gov.tr>, E.T. 22.05.2009.

bilgilerinin değerlendirilmesi istemlerine ilişkin bilgi ve belgeleri de ekleyerek hakimden talepte bulunur⁵⁷⁸.

İletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin cumhuriyet savcısının taleplerinde, şunlar bulunur:

a- Soruşturma numarası veya kovuşturmaya geçilmişse mahkeme esas numarası,

b- Kararın hangi suçun soruşturulması için istendiği, bu suça ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin neler olduğu,

c- Başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmadığı hakkındaki açıklama, bilgi veya belgeler,

ç- Hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği,

d- İletişim aracının türü ile numarası veya iletişim bağlantısının tespitine imkan veren kodu,

e- Tedbirin türü,

f- Tedbirin kapsamı,

g- Tedbirin süresi.

Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin talepte mobil telefonun numarasının ve tespit işleminin süresinin belirtilmesi yeterli olacaktır⁵⁷⁹.

Cumhuriyet başsavcılığı tarafından gönderilen talep yazısı, hakim tarafından saat belirtilerek havale yapılır. Talep, istemin içeriği gösterilmeksizin, hakim havalesinde belirtilen saat de işlenmek suretiyle, bu iş için görevlendirilen ilgili zabıt katibi tarafından mahkemenin değişik iş defterine kaydedilir⁵⁸⁰.

Soruşturma evresinde iletişimin denetlenmesi tedbirine cumhuriyet savcısının talebi üzerine karar verilebilir. Bu evrede hakim veya mahkeme tarafından re'sen tedbirin uygulanmasına karar verilmesi mümkün değildir⁵⁸¹.

Kovuşturma evresinde⁵⁸² cumhuriyet savcısının talebi zorunlu değildir. Hakim ya da mahkemenin kendiliğinden denetime karar vermesi mümkündür⁵⁸³.

⁵⁷⁸ 14.02.2007 tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği”, m.5/2.

⁵⁷⁹ 14.02.2007 tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği”, m. 6/1-2.

⁵⁸⁰ 14.02.2007 tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği”, m. 5/4.

⁵⁸¹ TAŞKIN, s. 108.

3.2.6.2. Hakim kararı

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri, haberleşme hürriyeti ve özel hayatın gizliliğine ağır müdahaleler teşkil edebileceği için hakim kararı veya onayı aranması suretiyle güvence verilmesi gereklidir⁵⁸⁴.

Mülga 4422 sayılı Kanunun 2. maddesinde hakim tarafından denetim kararı verilebileceği ya da onay verileceği belirtilmiştir. Nitekim, CMK 135. maddesinin 1. fıkrasında da, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması durumunda, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir denilmiştir⁵⁸⁵.

Kanun koyucu, kural olarak denetime karar verme yetkisini sadece hakime tanımıştır. Ancak bu hakimden ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. 10.11.2005 tarihli yönetmeliğin 26. maddesine göre, iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması konularında yetkili ve görevli hakim, 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre belirlenecektir. Bu çerçevede CMK'nın 12-16. maddeleri göz önüne alınmalıdır.

Davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir. Teşebbüste son icra hareketinin yapıldığı, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir (CMK m.12). Suçun işlendiği yer belli değilse, şüpheli veya sanığın yakalandığı yer, yakalanmamışsa yerleşim yeri mahkemesi yetkili olacaktır (CMK m.13). Bu bağlamda iletişimin denetlenmesine karar verecek yetkili hakimin belirlenmesinde CMK 12 ila 16. maddelerinin dikkate alınması gereklidir⁵⁸⁶.

⁵⁸² Taşkın, kovuşturma evresinde yeteri kadar delil elde edilmiş olacağı için, bu aşamada iletişimin denetlenmesine başvurulamaması gerektiğini belirtmiştir (TAŞKIN, s. 98).

⁵⁸³ KEKLİK, s. 6.

⁵⁸⁴ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 632.

⁵⁸⁵ “Cumhuriyet savcısı kararını derhal hakimin onayına sunar ve hakim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır” (CMK m. 135/1).

⁵⁸⁶ MERAN, s. 117.

Soruşturma evresinde CMK 162 gereği Cumhuriyet savcısı, ancak hakim tarafından yapılabilecek olan bir soruşturma işlemine gerek görürse, istemlerini bu işlemin yapılacağı yerin sulh ceza hakimine bildirecek ve sulh ceza hakimi istenilen işlemin kanuna uygun olup olmadığını inceleyerek karar verecektir. Bu nedenle soruşturma evresinde iletişimin denetlenmesine karar verme yetkisi cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimine ait olacaktır⁵⁸⁷.

Kovuşturma evresinde karar verme yetkisi davaya bakan mahkemeye aittir⁵⁸⁸.

Özel görevli ağır ceza mahkemelerinin görevlerine giren CMK'nın 250. maddesinin 1. fıkrasının a-b-c bentlerinde gösterilen suçlara ilişkin davalar, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülecektir (CMK m.250/1c). Ayrıca bu 250. madde kapsamına giren suçların soruşturması ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcılarının, hakim tarafından verilmesi gerekli kararları, varsa Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu işlerle görevlendirilen ağır ceza mahkemesi üyesinden, aksi halde yetkili adli yargı hakimlerinden istenebileceği belirtilmiştir (CMK m251/2). Bundan dolayı özel görevli ağır ceza mahkemelerinin görevlerine giren suçlara ilişkin verilecek tedbir kararlarında karar verme yetkinin ya bu işlerle görevli üyeye ya da yetkili adli yargı hakimlerine ait olacağı kanaatindeyiz⁵⁸⁹. Ancak bunun aksine, öğretide özel görevli ağır ceza mahkemelerinin görevine giren suçlar bakımından herhangi bir farklılık olmayacağı ileri sürülmüştür⁵⁹⁰. Bu görüş ise özel görevli mahkemelerin yetkisinin gasp edilmesine neden olacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵⁹¹.

Aynı zamanda 14.02.2007 tarihli Yönetmeliğin 4. maddesine göre; iletişimin denetlenmesine karar verecek hakim, yetkili sulh ceza hakimi veya Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 251 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre görevlendirilen ağır ceza mahkemesi üyesi olacaktır.

⁵⁸⁷ CENTEL/ZAFER, s. 393.

⁵⁸⁸ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 633; HAKERİ, "İletişimin Tespiti", s. 27.

⁵⁸⁹ "Cumhuriyet savcısının görev yaptığı yerde özel yetkili ağır ceza mahkemesi bulunuyorsa tedbir kararı bu ağır ceza mahkemesi üyesinden istenecektir. Bulunmuyorsa yetkili adli yargı hakiminden istenecektir. Bu hakim, yetkili sulh ceza hakimi olacaktır" (KAYMAZ, s. 243).

⁵⁹⁰ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 633.

⁵⁹¹ KAYMAZ, s. 241.

Cumhuriyet başsavcılığı tarafından gönderilen talep hakim tarafından havale saatinden itibaren 24 saat içerisinde karara bağlanır. Hangi mahkemenin değişik iş defterine kaydedilmişse iş o mahkemenin hakimi tarafından sonuçlandırılır⁵⁹².

Hakim kararında şu hususların bulunması gerekir:

a- Soruşturma numarası veya kovuşturmaya geçilmişse mahkeme esas numarası,

b- Kararın hangi suçun soruşturulması için istendiği, bu suça ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin neler olduğu,

c- Başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmadığı hakkındaki açıklama, bilgi veya belgeler,

ç- Hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği,

d- İletişim aracının türü ile numarası veya iletişim bağlantısının tespitine imkan veren kodu,

e- Tedbirin türü,

f- Tedbirin kapsamı,

g- Tedbirin süresi.

Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin kararda mobil telefonun numarasının ve tespit işleminin süresinin belirtilmesi yeterlidir⁵⁹³.

Kararda bulunması gereken bu hususlar mutlak arandığında bazen tedbirin uygulanabilirliğini sınırlayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵⁹⁴. Yine, kararda bu kadar ince ayrıntının bulunması gerçekçi bulunmamış ve bu bilgilerin bulunması durumunda denetime de ihtiyaç kalmayacağı vurgulanmıştır⁵⁹⁵. Ancak böyle bir yorumun, tedbirin gereksiz ve temel hakları ihlal edecek şekilde uygulanması sonucunu doğuracağı ve isabetli olmadığı ileri sürülmüştür⁵⁹⁶. Kanımızca, iletişimin denetlenmesi temel haklara zarar vermeden uygulanması gereken bir tedbir olduğundan, kanunda belirtilen unsurların kararda bulunmasının zorunlu olması hukuka uygun ve uygulanabilir.

⁵⁹² 14.02.2007 tarihli Yönetmeliğin 5/4. maddesi.

⁵⁹³ 14.02.2007 tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği”, m. 6/1.

⁵⁹⁴ KEKLİK, s. 6.

⁵⁹⁵ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 725.

⁵⁹⁶ TAŞKIN, s. 115.

3.2.6.3. Cumhuriyet savcısının kararı

Kural olarak iletişimin denetlenmesi kararını verme yetkisi hakime aittir; ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısı da iletişimin denetlenmesine karar verebilmektedir (CMK m.135/1).

CMK'nın 135. maddesinin 1.fıkrasına göre, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması durumunda, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla⁵⁹⁷ şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Kanun maddesinden hem soruşturma hem de kovuşturma aşamasında gecikmesinde sakınca bulunan bir hal mevcutsa ve diğer şartlarda bulunuyorsa iletişimin denetlenmesine cumhuriyet savcısı karar verebilecektir. Fakat öğretilde, cumhuriyet savcısının sadece soruşturma aşamasında tedbire karar verebileceği ve kovuşturma aşamasında iletişimin denetlenmesine karar veremeyeceği ileri sürülmüştür⁵⁹⁸.

Savcının karar verebileceği “gecikmesinde sakınca bulunan hal” kavramı, 10.11.2005 tarihli yönetmeliğin 3/d maddesinde, derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması olasılığının ortaya çıkması olarak tanımlanmıştır. Gecikmesinde sakınca bulunan hal için tehlikenin mümkün olması yetmez, muhtemel olması gerekir. Bu tehlikenin muhtemel olması da yeterli olmamakta, derhal müdahale edilmediği takdirde korkulan zararın meydana gelmesi olasılığının varlığını benimsetecek somut ve fiili unsurlarla göz önüne serilen bir tehlike bulunmalıdır⁵⁹⁹.

İletişimin denetlenmesi kararı yazılı olarak verilir. Gecikmede sakınca bulunan bir hal olsa dahi, esas olan kararın yazılı olmasıdır⁶⁰⁰. Aynı zamanda cumhuriyet

⁵⁹⁷ “Savcı kararında şu hususların bulunması gerekir: a- Soruşturma numarası veya kovuşturmayla geçilmişse mahkeme esas numarası, b- Kararın hangi suçun soruşturulması için istendiği, bu suça ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin neler olduğu, c- Başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmadığı hakkındaki açıklama, bilgi veya belgeler, ç- Hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, d- İletişim aracının türü ile numarası veya iletişim bağlantısının tespitine imkan veren kodu, e- Tedbirin türü, f- Tedbirin kapsamı, g- Tedbirin süresi”.

⁵⁹⁸ KEKLİK, s. 5.

⁵⁹⁹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 765.

⁶⁰⁰ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 725.

savcısının verdiği kararın gerekçeli olması ve gecikmesinde sakınca bulunan bir halin olduğunun somut gerçeklerle desteklenerek belirtilmesi gerekir⁶⁰¹.

Cumhuriyet savcısı kararını derhal nöbetçi sulh ceza hakimince değerlendirilmek üzere gönderecek ve hakim onayına sunacaktır⁶⁰². Kanun maddesinde belirtilen derhal ibaresiyle sürenin 24 saatten daha kısa bir süre olduğu vurgulanmaya çalışılmıştır. Yani zaman geçirilmeden gerekirse birkaç saat içerisinde işlem yapılmalıdır⁶⁰³.

Derhal hakim onayına sunulan kararlar, hakim tarafından en geç 24 saat içerisinde karara bağlanmalıdır. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılmalıdır (CMK m.135/1). Ancak kararın onaylanmaması nedeniyle kaldırılmasına kadar geçen sürede elde edilen bilgilerin ne şekilde değerlendirileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide bu bilgilerin delil olarak kullanılamayacağı benimsenmiştir⁶⁰⁴. Bununla birlikte hakim önüne gelen savcılık kararını onaylarken, kararın 135. maddede belirtilen şartları ihtiva edip etmediğini denetleyecek ve savcının verdiği kararda gecikmesinde sakınca bulunan bir halin bulunup bulunmadığını da dikkate alacaktır. Hakimin denetleme yetkisi tedbir kararının hukuka uygunluğu ile sınırlı olmayacaktır. Hakim amaca uygunluk ve yerindelik denetimi de yapabilecektir.⁶⁰⁵

Mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine karar verme yetkisi de, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısına ait olacaktır. Cumhuriyet savcısının kararıyla da tespit işlemi yapılabilir (CMK 135/4)⁶⁰⁶.

⁶⁰¹ ŞEN, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, s. 117.

⁶⁰² “Talebi alan hakim nöbeti sona erse de evrakı sonuçlandırmakla yükümlüdür. Yasal süresi içerisinde hakim tarafından bir karar verilmemesi veya aksine karar verilmesi halinde tedbir, cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Durum cumhuriyet savcısı tarafından hemen başkanlığa bildirilir. Cumhuriyet savcısı bu halde kararını verdiği saati ve hakimden talepte bulunduğu saati belirtir. Talep veya karar, hakim veya Başkanlığa ulaştığı anda süreler başlar” (14.02.2007 tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği ” m. 5/3).

⁶⁰³ TAŞKIN, s. 110.

⁶⁰⁴ ERDEM, “İletişimin Denetlenmesi”, s. 102.

⁶⁰⁵ ERDEM, “İletişimin Denetlenmesi”, s. 102.

⁶⁰⁶ 14.02.2007 tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği ”, m. 5/5.

3.2.6.4. Tedbir kararına karşı başvurulacak kanun yolu

Bu tedbire soruşturma aşamasında sulh ceza hakimliğince karar verilir ve hakimlik kararlarına karşı itiraz kanun yoluna gidilebilir (CMK m.267).) CMK' nın 135. maddesindeki hükümlere aykırı olarak verilen kararlar ile yönetmelikte sayılan ve tanımlanan iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemleri dışındaki talepleri içerdiği açıkça anlaşılan kararlara karşı itiraz yoluna başvurulabilir. İtiraza başvurabilecek kişiler şunlardır:

- Cumhuriyet savcısı,
- Şüpheli veya sanık,
- Katılan veya suçtan zarar gören,
- Müdafi veya vekil,
- Şüpheli veya sanığın yasal temsilcisi ve eşi ile,
- Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı⁶⁰⁷.

Hakim veya mahkeme kararına karşı itiraz, kanunun ayrıca hüküm koymadığı hallerde 35 inci maddeye göre ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren 7 gün içinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt katibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır. Tutanakla tespit edilen beyanı ve imzayı mahkeme başkanı veya hakim onaylar. 263 üncü madde hükmü saklıdır (CMK m. 268/1).

Kararına itiraz edilen hakim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir (CMK m. 268/2)⁶⁰⁸.

Denetime ilişkin kararlar hazır bulunmayan ilgiliye tebliğ olunmadığı için haberdar olmayan ilgilinin itiraz imkanı da fiilen sona ermiş olacaktır⁶⁰⁹.

⁶⁰⁷ 14.02.2007 tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği”, m. 10/1.

⁶⁰⁸ “İtirazı incelemeye yetkili merciler: a) Sulh ceza hakiminin kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, yargı çevresinde bulundukları asliye ceza mahkemesi hakimine aittir. b) Sulh ceza işleri, asliye ceza hakimi tarafından görülüyorsa itirazı inceleme yetkisi ağır ceza işlerini gören mahkeme başkanına aittir. c) Asliye ceza mahkemesi hakimi tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi, yargı çevresinde bulundukları ağır ceza mahkemesine ve bu mahkeme ile başkanı tarafından verilen kararlar hakkındaki itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması halinde, numara olarak kendisini izleyen daireye; son numaralı daire için birinci daireye; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ağır ceza mahkemesine aittir. d) Naip hakim kararlarına yapılacak itirazların incelenmesi, mensup oldukları ağır ceza mahkemesi başkanına, istinabe olunan mahkeme kararlarına karşı yukarıdaki bentlerde belirtilen esaslara göre bulundukları yerdeki mahkeme başkanı veya mahkemeye aittir” (CMK m. 268/3).

Cumhuriyet savcısının itiraz hakkının denetime yönelik talebinin reddedilmesi halinde doğacağı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının verdiği kararı hakim onaylamazsa, cumhuriyet savcısının buna itiraz etmesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir⁶¹⁰. Kanun maddesinde hakimın kararı onaylamaması veya süreyi geçirmesi halinde verilen denetim kararının Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılacağı düzenlendiğinden, itirazın bu onaylamama kararı bakımından kabul edilmediği sonucuna varılabilir.

3.2.7. Tedbirin süresi

3.2.7.1. Genel olarak

İletişimin denetlenmesi kararlarında, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkanı veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilecektir (CMK m.135/3).

İletişimin denetlenmesi tedbirinin süresi kısa olursa tedbirin amacına ulaşamaması söz konusu olacaktır. Bununla birlikte, tedbirin uzun süre uygulanması halinde temel haklara müdahalede bulunulacağı için, tedbir orantılılık ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Bundan dolayı süre makul olmalıdır⁶¹¹.

Mülga 4422 sayılı Kanunun 2. maddesinde dinleme ve tespit kararların en çok üç ay için verilebileceği, bu sürenin en çok iki defa üçer aydan fazla olmamak üzere uzatılabileceği düzenlenmişti. Ceza Muhakemesi Kanunumuz da ise, yine en çok üç ay için karar verilebileceği belirtilmiş, ancak bu sürenin, bir defa daha uzatılabileceği vurgulanarak denetim süresi kısıtlanmıştır. Yani süre toplamda 9 aydan 6 aya indirilmiştir. Fakat, 5353 sayılı Kanun ile örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından gerekli görülmesi halinde, sürenin bir aydan fazla olmamak üzere müteaddit defalar uzatılmasına hükmedilebileceği benimsenmiştir (CMK m.135/3). Böylece örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar için süresiz uygulama imkanı doğmuştur⁶¹².

⁶⁰⁹ CENTEL/ZAFER, s. 394.

⁶¹⁰ TAŞKIN, s. 119; DOĞAN, s. 3, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/145.doC>., E.T. 10/05/2009.

⁶¹¹ KAYMAZ, s. 319.

⁶¹² HAKERİ “İletişimin Tespiti”, s. 25.

Mobil telefonun yerinin tespiti için aranacak süre CMK da ayrıca düzenlenmiştir. Dolayısıyla iletişimin dinlenmesi, kayda alınması, tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin CMK'nın 135. maddesinin 3. fıkrasında aranan süreler mobil telefonun yerinin tespiti açısından uygulanamayacaktır. CMK'nın 135. maddesinin 4. fıkrasında, mobil telefonun yerinin tespitine en çok üç aylık bir süre için hükmedilebileceği ve bu sürenin bir defa daha uzatılabileceği düzenlenmiştir. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak dahi mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin süre değişmeyecek ancak bir defa uzatılabilecektir. Yani müteaddit defalar sürenin uzatılması mümkün olmayacaktır. 14.02.2007 tarihli Yönetmeliğin 12. maddesinde de, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak, gerekli görülmesi halinde, hakim tarafından bir aydan fazla olmamak üzere müteaddit defalar sürenin uzatılabileceği belirtilmiş, ancak mobil telefonun yerinin tespitinde bu hükmün uygulanmayacağı vurgulanmıştır.

3.2.7.2. Sürenin başlangıcı

Ceza Muhakemesi Kanunumuzun iletişimin denetlenmesini düzenleyen 135 ve devamı maddelerinde denetim süresinin ne zaman başlayacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. 14.02.2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 12. maddesinin 4. fıkrasına göre dinleme veya mobil telefonun yerinin tespiti kararlarında sürenin başlangıcı, kararın Başkanlıkta sisteme tanıtıldığı andır. Yine Yönetmeliğin 5. maddesinin 3. fıkrasında ise Cumhuriyet savcısının talep veya kararının hakim veya Başkanlığa ulaştığı anda sürenin başlayacağı düzenlenmiştir. Bu durum çelişki olarak değerlendirilebilir.

Danıştay Onuncu Dairesi 14.10.2008 tarihli E:2007/2795 sayılı kararla bu yönetmeliğin 12. maddesinin süreye ilişkin olan 4. fıkrasının yürütmesini CMK'nın 135. maddesi uyarınca denetim tedbirinin belli bir süreyle uygulanabilmesi aranmışken, sürenin başkanlığa tanıtıldığı an işlemeye başlayacağı ifadesiyle tedbirin sınırsız olarak ertelenmesine olanak tanındığı ve hukuka aykırı olacağı gerekçesiyle durdurmuştur. Bunun üzerine Adalet Bakanlığı karara itiraz etmiş ve kararın kaldırılmasını istemiştir.

İtirazı değerlendiren Danıştay İdari Dava Daireleri kurulu 30.4.2009 tarihinde yapılan itirazı reddetmiştir⁶¹³. Yani yönetmeliğin 12. maddesinin 4. fıkrasının yürütmesi durdurulmuştur. Bu nedenle sürenin başladığı an, kararın başkanlıkta sisteme tanıtıldığı an olmayacaktır.

Görüldüğü gibi, Yönetmeliğin 12. maddesinin 4. fıkrasında sadece iletişimin dinlenmesi ve mobil telefonun yerinin tespiti için bir süre başlangıcı düzenlenmiştir. İletişimin tespiti, kaydı ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinde sürenin başlamasına ilişkin bir ifade yer almamıştır. İletişimin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinde geçmişe yönelik kayıtların talebi söz konusu olacağından mahiyeti gereği bu tedbirler için sürenin başlayacağı zamanın belirlenmemesi makul görülmüş ancak iletişimin kayda alınmasına ilişkin kararlarda belirtilen denetim süresinin ne zaman başlayacağının düzenlenmemesi eleştirilmiştir⁶¹⁴.

Öğretide sürenin başlamasına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır;

Bir görüşe göre, süre denetim kararının verildiği andan itibaren işlemeye başlamalıdır. Böylelikle tedbiri uygulama durumunda olan kolluğun tedbirin süresini istediği andan itibaren başlatabilmesi olanağı ortadan kalkacak ve kararın keyfi olarak uygulanması engellenmiş olacaktır⁶¹⁵. Hakim tarafından denetim tedbirinin şartlarının tespit edildiği zaman dilimi olan kararın verildiği an süre başlayacaktır. Aynı zamanda kararda sürenin başlama tarihi ve saatinin belirtilmiş olması gerekir⁶¹⁶.

Diğer bir görüşe göre, CMK'nın 137/1 maddesinde işlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat bir tutanakla saptanır ifadesi yer aldığından, bu ifade ile tedbirin uygulanmaya başlanacağı anda sürenin başlayacağı anlaşılabılır⁶¹⁷.

Bir başka görüşe göre ise, iletişimin denetlenmesi tedbiri kanunla düzenlendiği için, sürenin başlaması ile ilgili olarak ta düzenleme yapılmalı ve görevlilerin keyfiliğine bırakılmamalıdır. Bu nedenle tedbirin uygulanmaya başlandığı andan itibaren süre işlemeye başlamalıdır. Fakat kararın verildiği andan itibaren belirli bir zaman aralığında her halükarda sürenin başlayacağı da düzenlemede yer almalıdır. Bu

⁶¹³ <http://www.danistay.gov.tr>, E.T. 02.05.2009.

⁶¹⁴ KAYMAZ, s. 323.

⁶¹⁵ ERDEM, "İletişimin Denetlenmesi", s. 104; ÖZBEK, s. 429.

⁶¹⁶ ŞEN, Türk Hukuku, s. 78.

⁶¹⁷ TAŞKIN, s. 121.

şekilde yapılan bir düzenleme ile kararın verilmesiyle uygulanmaya başlanması arasında geçen zaman diliminde doğabilecek süre kayıplarının önüne geçilmiş olacaktır⁶¹⁸. Ayrıca, kararın verildiği anda sürenin başlaması görüşü, kararların kolluğa ulaşmasında geçecek süre ve kolluğun denetim kararlarını yerine getirmek amacıyla yapacağı hazırlıklar için gereken süre dikkate alınmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁶¹⁹. Ancak bu sürelerin ve yetkili merciler arasındaki idari gecikmelerin kararın uygulanmasını önleyemeyeceği, sürenin kararın verildiği anda başlamasına engel olmayacağı, gecikmelerin yetkili mercilerin sorumluluğunda olacağı ve kanun koyucunun bu nedenle “en çok üç ay” ifadesini kullandığı ileri sürülmüştür⁶²⁰. Bizce de, süre kararın verildiği anda başlamalıdır. Yani, kolluğun ve diğer birimlerin keyfiliği beklenmemelidir.

3.2.7.3. Sürenin kesintiye uğraması, uzatılması ve sona ermesi

14.02.2007 tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinin” 12. maddesinin 5. fıkrasında dinleme kesintisiz olarak devam eder denilerek tedbirin süresinin kesintisiz uygulanacağı vurgulanmıştır. Aynı zaman da mobil telefonun yerinin tespiti ve iletişimin kayda alınması işlemleri bakımından da süre kesintisizdir. Ancak iletişimin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemlerinde geriye yönelik kayıtlar istendiği için bu tedbirlerin kesintisiz uygulanması mümkün değildir. Aynı zamanda farklı tarih aralıkları için de tespit istenebilecektir⁶²¹.

Şartların bulunması halinde iletişimin denetlenmesi süresi bir defa daha üç ay süreyle uzatılabilir. Kural sürenin bir kez uzatılmasıdır. Ancak örgütlü suçlar açısından süre müteaddit defalar uzatılabilmektedir (CMK m.135/3). Denetleme süresinin uzatılmasına karar verilebilmesi için, tedbirin başlangıcında bulunması gerekli şartların halen var olması zorunludur. Ayrıca daha ağır şartların bulunması da istenebilir⁶²².

Belirtilen süre içinde uygulanan denetim tedbirine, şartları ortadan kalktığı gerekçesiyle son verilmiş ise, sonradan şartları oluştuğu için aynı şüpheli veya sanık

⁶¹⁸ KAYMAZ, s. 325.

⁶¹⁹ TAŞKIN, s. 121.

⁶²⁰ MERAN, s. 133.

⁶²¹ KAYMAZ, s. 325.

⁶²² KEKLİK, s. 6.

hakkında aynı suç nedeniyle yeniden karar verilemeyeceği vurgulanarak, denetim süresi ile uzatma süresi arasında da kesinti olmayacağı belirtilmiş, ancak aynı kişi hakkında 135. maddede sayılan diğer suçlardan birini işleği şüphesi ile yeni bir denetim kararı alınmasına herhangi bir hukuki engel bulunmadığı ifade edilmiştir⁶²³.

Sürenin uzatılmasına ilişkin olarak cumhuriyet savcısının iletişimin denetlenmesi kararı vermesi, gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olmadığı için mümkün değildir⁶²⁴.

İletişimin denetlenmesi tedbiri kararda belirtilen sürenin, ya da üç aylık sürenin veya uzatma nedeniyle ulaşılan 6 aylık sürenin tamamlanmasıyla sona erer. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından üst sınır belirtilmemiştir (CMK m. 135/3).

3.3. İletişimin Denetlenmesi Tedbirinin Uygulanması

3.3.1. Denetleme işleminin yerine getirilmesi

Bütün koruma tedbirleri için uygulanan yöntem, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri için de geçerli olacak ve bu tedbir savcılık ile kolluk tarafından yerine getirilecektir⁶²⁵.

5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla iletişimin denetlenmesine yönelik kararların tek merkezden yürütülmesi ve böylece karışıklıkların önlenmesi amacıyla Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı kurulmuş ve önemli görevler yükletilmiştir⁶²⁶.

⁶²³ ERDEM, “İletişimin Denetlenmesi”, s. 104.

⁶²⁴ KEKLİK, s. 6.

⁶²⁵ ERDEM, “İletişimin Denetlenmesi”, s. 103.

⁶²⁶ 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağlı "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı" adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülür (5397 sayılı kanun m.1, <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/1534.html>); Anayasa Mahkemesi, 29.01.2009 tarihinde 5397 sayılı Yasa'nın: A- 1. maddesiyle 4.7.1934 günlü, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun ek 7. maddesine eklenen; 1- Dokuzuncu fıkra da yer alan "... Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon..." ibaresinin ve "Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır." biçimindeki beşinci tümcesinin İPTALİNE, B- 2. maddesiyle 10.3.1983 günlü, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'na eklenen ek 5. maddenin sekizinci fıkrasında yer alan "... Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon..." ibaresinin İPTALİNE, C- 3. maddesiyle 1.11.1983 günlü, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6. maddesine eklenen sekizinci fıkra da yer alan "... Başbakanın özel olarak

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kararların yerine getirilmesi ve iletişim içeriklerinin yok edilmesi başlıklı 137. maddesinde iletişimin denetlenmesine ilişkin kararların Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlisi tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir⁶²⁷. CMK'nın 137. maddesinin 2. fıkrasına göre ise verilen karar gereğince tutulan kayıtlar, Cumhuriyet Savcılığınca görevlendirilen kişiler tarafından çözülerek metin haline getirilecektir. Yabancı dildeki kayıtlar, tercüman aracılığı ile Türkçe'ye çevrilecektir. Ancak bu fıkra da geçen “görevlendirilen kişiler” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır;

Bir görüşe göre, bu fıkra da bahsedilen kişiler kolluk görevlileri olmayacaktır. Tarafsızlığın sağlanması amacıyla bu kayıtların kolluk haricinde kişiler tarafından metin haline getirilmeleri gereklidir. Çünkü kayıtlar metin haline getirilirken üzerinde oynanabilir ve bu nedenle kanun metninde hususi olarak kolluk ifadesi yer almamıştır⁶²⁸.

Başka bir görüşe göre ise kolluk ifadesinin kanunda yer almamasının nedeni, savcılığı kollukla sınırlandırmamak ve bu görevi en kısa ve en iyi şekilde yerine getirecek kişilerin görevlendirilebilmesini sağlamaktır. Yani savcılık kolluk görevlilerini de görevlendirebilecektir⁶²⁹. Bizce de “görevlendirilen kişiler” ifadesinden hem kolluk hem de başka uzman kişiler anlaşılmalıdır.

İletişimin denetlenmesi kararlarının yerine getirilmesine yönelik olarak, 14.02.2007 tarihli Yönetmelikte düzenleme yapılmıştır. Bu Yönetmeliğin 9. maddesi uyarınca, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi

yetkilendireceği kişi veya komisyon...” ibaresinin İPTALİNE, D- 1- 1. maddesiyle 4.7.1934 günlü, 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesine eklenen dokuzuncu fıkra da yer alan “... Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon...” ibaresinin, 2- 2. maddesiyle 10.3.1983 günlü, 2803 sayılı Yasa'ya eklenen ek 5. maddenin sekizinci fıkrasında yer alan “... Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon...” ibaresinin, 3- 3. maddesiyle 1.11.1983 günlü, 2937 sayılı Yasa'nın 6. maddesine eklenen sekizinci fıkra da yer alan “... Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon...” ibaresinin İPTALİNE karar vermiştir (<http://www.anayasa.gov.tr/general/haberdetay.asp?contID=659>, E.T. 25/07/2009). 07/08/2009 tarihli yönetmelik değişikliği ile bu ibareler yönetmelikten de çıkarılmıştır.

⁶²⁷ CMK m.137/1, 135 inci maddeye göre verilecek karar gereğince Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlisi, telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşların yetkililerinden iletişimin tespiti, dinlenmesi veya kayda alınması işlemlerinin yapılmasını ve bu amaçla cihazların yerleştirilmesini yazılı olarak istediğinde, bu istem derhal yerine getirilir; yerine getirilmemesi halinde zor kullanılabilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

⁶²⁸ ÖZBEK, s. 430.

⁶²⁹ TAŞKIN, s. 137.

ile ilgili alınan kararlar, yerine getirilmek üzere soruşturma ve kovuşturmanın yürütüldüğü yer dikkate alınarak Cumhuriyet savcısınca ilgili kolluk birimine gönderilecektir. Kolluk birimi, bu tedbirlere ilişkin karar ile işlemi yapmakla görevlendirilen kolluk personelinin aidiyet numarasını TİB'e bildirecek ve işlemler bildirilen aidiyet numaralı personel tarafından yerine getirilecektir⁶³⁰. İletişimin tespiti kararı ile ilgili işlemlerin icrasını Cumhuriyet savcısı doğrudan veya kolluk birimi aracılığıyla TİB'den talep edecek ve tedbirlere ilişkin kararlar işletmecilere gönderilmeyecektir. Ayrıca karar olmadan ve aidiyet numarası bildirilmeden TİB tarafından işlem başlatılmayacaktır.

7 Ağustos 2009 tarihli, 27312 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ve 10.11.2005 tarihli TİB Yönetmeliğinde değişiklik yapılmasına dair yönetmeliğin 5. maddesinde benzer bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ile salt mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin kararlar ve kararların içeriği, Cumhuriyet savcısınca işlemleri yerine getirmek üzere görevlendirilen kolluk görevlilerinin aidiyet numarası ile birlikte, TİB'in belirleyeceği şekilde elektronik ortamda ilgili kurumlar tarafından TİB'e gönderilecektir. İletişimin tespiti kararları ise fiziki ortamda veya Başkanlığın belirleyeceği şekilde elektronik ortamda gönderilebilecek, kararlar işletmecilere gönderilmeyecektir. Söz konusu kararlar ilgili kurum görevlileri ve TİB tarafından yerine getirilecektir. Bu yönetmelik değişikliği ile daha önce belirtilmeyen mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine ilişkin kararların uygulanması usulü de düzenlenmiş bulunmaktadır⁶³¹.

TİB, işletmecilerle ilgili tüm çalışmaları yaparak, usulüne uygun olarak düzenlenmiş kararlar doğrultusunda verilere erişim ile ilgili işlemleri yürütecektir. İletişimin tespitine ilişkin veriler ceza muhakemesinde kullanılmak üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda belirlenen dava zamanaşımı hükümleri dikkate alınmak suretiyle TİB de arşivlenecek, işlemin başladığı, bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanıp, işleme kararda belirtilen süre dolmadan son verildiğinde, bu

⁶³⁰ Aidiyet numarası: Bu Yönetmelikte belirlenen işlemleri yapmak üzere görevlendirilen adli kolluk personeline kimliğinin belirlenmesini sağlamak amacıyla sicil numaralarından farklı olarak kurumlarınca verilen numarayı ifade eder (14.02.2007 tarihli Yönetmelik m.4/1a).

⁶³¹ <http://www.resmi-gazete.org/tarih/20090807-1.htm> , E.T. 08.08.2009.

durum Cumhuriyet savcısı tarafından gereği yapılmak üzere derhal TİB'e bildirilecektir. Kolluk aracılığıyla uygulanan tedbirlerde durumdan kolluk haberdar edilecektir⁶³².

Dinleme ve kayda alma işleminde kullanılan esas veri taşıyıcısındaki tüm veriler, Cumhuriyet savcısınca görevlendirilen adli kolluk birimi personeline ayrı bir alt veri taşıyıcısına nakledilecek ve tamamı "İletişimin Dinlenmesi ve Kayda Alınmasına İlişkin Tutanağa"⁶³³ kaydedilecektir. Bu kayıtların çözümünün uzun süre

⁶³² 10.11.2005 tarihli TİB Yönetmeliğinin 16. maddesinde, 07/08/2009 tarihli ve 27312 Sayılı resmi gazetede yayımlanan değişiklikle TİB'in yapısı belirtilmiştir: "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu bünyesinde doğrudan Kurum Başkanına bağlı olarak faaliyet gösterir. Başkanlık, Telekomünikasyon İletişim Başkanı ile Teknik, Hukuk, İdarî ve İnternet daire başkanlıklarından oluşur. Başkanlığa kanunlarla ve ilgili diğer mevzuatla verilen görevlerin gerektirdiği aslî ve sürekli görev ve hizmetler, iletişim başuzmanı, iletişim uzmanı, teknik uzman ve idarî uzman ile iletişim, teknik ve idarî uzman yardımcılarında oluşan meslek personeli ve diğer personel eliyle yürütülür".

⁶³³ 14.02.2007 tarihli "İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği " Ek 1;

İLETİŞİMİN DİNLENMESİ VE KAYDA ALINMASINA İLİŞKİN TUTANAK

.....Mahkemesi hakimi/savcısı tarafından verilen tarihli ve
.....soruşturma sayılı iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması kararının
uygulanması sonucunda adlı kişiye ait adlı kişinin kullandığı
..... numaralı/ iletişim aracının
..... tarihleri arasında yapılan dinlenmesi esnasında aşağıdaki konuşma/konuşmalar tespit edilmiştir.

Kayıt Sıra No(*):

Tarih saat ve süre :

Arayan ve Aranan İletişim Aracının Numaraları:

Arayan ve Aranan Kişiler:

Konuşma Dili/Lehçesi :

Konuşmanın İçeriği :

Bu iletişimin dinlenmesi sırasında dillerindeki konuşmalar
tarafından tercüme edilmiştir.

Bu Tutanak tarihinde saat.....'da tanzim edilmiş ve tarafımızdan imzalanmıştır.

Kolluk Görevlisinin: Varsa Çeviren

Aidiyet NumarasıAdı Soyadı

İmzaİmza

(*) Bu bölümdeki bilgiler, suçla ilgili her konuşma için ayrı ayrı doldurulacak ve 1'den başlayarak birer kayıt numarası verilecektir.

alacağının tespit edilmesi durumunda Cumhuriyet savcısı tarafından ilgili kolluk görevlilerine yeterli süre verecek ve bu hususta Cumhuriyet savcısı bilirkişi de görevlendirebilecektir.

Dinleme ve kayda almaya ilişkin alt veri taşıyıcısına nakledilen tüm kayıtlar, görevlendirilen kolluk birimi personeline Cumhuriyet başsavcılığına teslim edilecektir. Tespit veya sinyal bilgisi değerlendirme sonuçları dökümü de, görevlendirilen kolluk birimi personeline Cumhuriyet başsavcılığına teslim edilecektir.

3.3.2. Gizlilik

Bu tedbir, belirli suçlar için uygulandığından gizli olması gereken bir koruma tedbiridir. Hakkında tedbire başvurulanın bu tedbirden haberdar olması tedbiri anlamsız hale getireceğinden, tedbirin gizli yürütülmesi zorunluluk arz etmektedir⁶³⁴.

Gizlilik CMK'nın 135. maddesinin 5. fıkrasında “Bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur” şeklinde açıkça düzenlenmiştir. Kanun doğrudan gizliliği düzenlediği için denetime ilişkin kararlar ve yapılan işlemler bakımından ayrıca bir gizlilik kararı alınmasına ihtiyaç yoktur. Hem tedbire karar verilirken hem de tedbir uygulanırken gizlilik göz ardı edilmeyecek, kolluk kuvvetleri tedbir hakkında bilgilendirilmeyecek ve sadece hakim yada savcı bu konuda yetkili olacaktır. Kolluğun savcılıktan istediği tedbir kararı alınmasına yönelik talepleri de gizlilik ilkesine göre yapılacaktır⁶³⁵. Gizliliğe uyulmaması durumunda TCK'nın haberleşmenin gizliliğini ihlal (m.132), göreve ilişkin sırrın açıklanması (m.258) ya da gizliliğin ihlali (m. 285) suçlarından sorumlu olunabilecektir⁶³⁶. Ceza muhakemesinde soruşturma evresi kamuya açık değildir. Üçüncü kişiler soruşturma evrakından ve tedbire ilişkin kararlardan bihaberdir (CMK m.157). Fakat, iletişimin denetlenmesiyle ilgili gizlilik ile soruşturma aşamasındaki gizlilik farklılık göstermektedir. Çünkü, iletişimin denetlenmesi tedbirinde hem aleyhine tedbire başvurulana hem de üçüncü kişiler bakımından gizlilik söz konusudur. Hatta tedbiri uygulayan dışındaki kimselerin dahi tedbirden haberdar olmaması gerekir⁶³⁷.

⁶³⁴ CENTEL/ZAFER, s. 391.

⁶³⁵ HAKERİ/ÜNVER, s. 220.

⁶³⁶ HAKERİ “İletişimin Tespiti”, s. 26; ŞEN, Türk Hukuku, s. 85.

⁶³⁷ KAYMAZ, s. 316.

Kanundaki düzenlemeden başka, 10.11.2005 tarihli TİB Yönetmeliğinin 4. maddesinde iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgi, belge ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizliliğin esas olacağı belirtilmiştir.

Ayrıca, 14.02.2007 tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğın” de gizliliğē ilişkin düzenlemeler yer almıştır. Yönetmeliğın 5. maddesinde gizlilik vurgulanmış ve denetim tedbirine yönelik işlemlerde gizliliğē uyulması gerektiğē düzenlenmiştir. Yönetmeliğın 9. maddesinde de gizlilik belirtilmiştir.

Gizliliğın temini için denetim kararının yerine getirileceğē yerin güvenli ve emin bir yer olması gerekir. Denetim tedbirine ilişkin işlemlerin ve yapıldığē yerlerin gizliliğē, düzeni ve güvenliğēne yönelik esas ve usuller ilgili kolluğın merkez birimlerince düzenlenecektir⁶³⁸.

3.3.3. Tedbirin uygulanmasına son verilmesi

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine belirli bir süreyle başvurulabildiğē için sürenin sona ermesi ile tedbirin uygulanmasına son verilmesi gerekir.

İletişimin denetlenmesi tedbirine yönelik olarak kanun maddesinde belirtilen usule uygun şekilde verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmayā yer olmadığına dair karar verilmesi halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhal son verilmesi gerekir. Bununla beraber 135. maddenin 1.fıkrasına göre hakim onayının alınamaması durumunda da Cumhuriyet savcısı tarafından tedbirin uygulanmasına derhal son verilecektir (CMK m.137/3)⁶³⁹. Mülga 4422 sayılı Kanunun 2/7. maddesinde iletişimin dinlenmesi ve tespiti sırasında bu kanunda öngörülen suçların işlendiğēne ilişkin şüphe ortadan kalkarsa, tedbirin Cumhuriyet savcısı tarafından kaldırılacağı düzenlenmişti. Yeni düzenleme tedbirin sona ermesi bakımından, kovuşturmayā yer olmadığına dair karar verilmesini aradığından, bu durumun mülga kanundaki düzenlemeye göre yetersiz kalacağı iddia

⁶³⁸ 14.02.2007 tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğē ”, m. 11/3.

⁶³⁹ 14.02.2007 tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğın ” 13. maddesinde de bu durum düzenlenmiştir; “Tedbir kararının uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmayā yer olmadığına dair karar verilmesi ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın hakim tarafından onaylanmaması halinde, tedbirin uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhal son verilir ve durum Başkanlığā bildirilir”.

edilmiştir⁶⁴⁰. Biz bu görüşe katılmıyoruz, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmeden denetimin sona ermesi maddi gerçeğin araştırılması ilkesiyle bağdaşmayacak ve tedbirin amacını bertaraf edecektir.

Anlaşılabileceği gibi, bu tedbire karar verilirken hakim kararı arandığı halde, sona erme halinde hakim kararı aranmamıştır. Tedbire son verilmesi için hakimden ayrıca karar alınmasına gerek yoktur. Son karar savcındır. Kolluğun kendiliğinden tedbire son vermesi mümkün değildir. Tedbire son verme imkanı doğduğunda, durum savcıya bildirilmeli savcının emri alındıktan sonra tedbire son verilmelidir. Ayrıca cumhuriyet savcısının tedbire son verdiği hakime iletilmelidir⁶⁴¹. Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar, Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde verilen kararı ifade etmektedir⁶⁴².

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhal hakim onayına sunar ve hakim, kararını en geç 24 saat içinde verir. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır (CMK m.135/1).

İletişimin denetlenmesi tedbirine son verilmesiyle ilgili iki ihtimal düzenlenmiş olmasına rağmen, sona ermeye ilişkin başka nedenlerde bulunmaktadır. Tedbirin uygulanmasına devam edilmesini gereksiz kılacak bir durum ortaya çıktığı zaman tedbire son verilmesi gerekecektir⁶⁴³.

⁶⁴⁰ HEPER, Yunus, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Işığında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, AÜSBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, YYLT, Ankara 2007, s. 95.

⁶⁴¹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 729; ŞEN, Türk Hukuku, s. 85.

⁶⁴² CMK m. 172/1, "Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verir. Bu karar, suçtan zarar gören ile önceden ifadesi alınmış veya sorguya çekilmiş şüpheliye bildirilir. Kararda itiraz hakkı, süresi ve mercii gösterilir. 2-Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz".

⁶⁴³ Örneğin, dinleme sırasında, soruşturma konusu suçun 135. maddedeki katalogda yer alan suçlardan başka bir suç olduğunun anlaşılması halinde derhal bu tedbire son verilmesi gerekmektedir (ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 385).

Arama, ifade alma, el koyma ve benzeri yollarla delil elde edilmesi mümkün hale geldiğinde ya da suç şüphesi ortadan kalktığında veya failin bulunduğu yer belirlendiğinde denetime cumhuriyet savcısı tarafından son verilmesi zorunlu hale gelecektir⁶⁴⁴.

Nitekim 14.02.2007 tarihli Yönetmeliğin 12. maddesinin 6. fıkrasında, kararın uygulanması sırasında, hakkında tedbir uygulanan kişinin, kanunda öngörülen suçu işlediğine ilişkin şüphe ortadan kalktığında, cumhuriyet savcısının yazılı emri ile tedbirin derhal kaldırılacağı ve bu kararın cumhuriyet savcısı tarafından en kısa sürede TİB'e bildirileceği belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere, iletişimin denetlenmesi tedbirine 137. maddede sayılan haller dışında, tedbirin şartlarının oluşmaması veya şartların ortadan kalkması hallerinde de cumhuriyet savcısı tarafından son verilmelidir.

3.3.4. İletişimin denetlenmesi tedbirinin sona ermesinin sonuçları

3.3.4.1. Verilerin yok edilmesi yükümlülüğü

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri sonunda elde edilen bilgilerle alakalı kayıtlar, kullanıldıktan ya da artık bu bilgilere lüzum kalmadığı kanaatine ulaşıldığı takdirde, kayıtların yok edilmesi gerekmektedir⁶⁴⁵.

İletişimin denetlenmesi tedbiri sonunda edinilen bilgilerin amaca aykırı kullanılmaması için tedbir sonrası gereksiz olan ve hukuka aykırı olarak elde edilen veriler yok edilmelidir⁶⁴⁶. Aynı zamanda, denetim sonunda tedbire konu suçlarla ilgili olmayan ya da özel hayata ilişkin olan kayıtlar edinilmişse bu kayıtlarında yok edilmelisi yoluna gidilebilir⁶⁴⁷.

Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 137. maddesinin 3. fıkrasında kayıtların yok edilmesiyle ilgili düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre, usulüne göre verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar

⁶⁴⁴ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 729.

⁶⁴⁵ TAŞKIN, s. 140.

⁶⁴⁶ ERDEM, “İletişimin Denetlenmesi”, s. 105.

⁶⁴⁷ “Soruşturma ve kovuşturma kapsamında olmayan ilgisiz kişilerin şüpheli ve sanıkla yapmış oldukları özel konuşmalar dahil, iddiaya konu suçlarla ilgisi bulunmayan konuşmaları ve hatta şüpheli ve sanıkların soruşturma ve kovuşturma kapsamına girmeyen ilgisiz veya özel konuşmaları dosya kapsamında yer almamalı” (ŞEN, Türk Hukuku, s. 86).

verilmesi ya da cumhuriyet savcısı tarafından verilen karara hakim onayının alınamaması halinde, tedbirin uygulanmasına cumhuriyet savcısı tarafından derhal son verilecek ve bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç 10 gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilecektir⁶⁴⁸. CMK'nın bu maddesi, Avrupa ülkelerinin örnek alması gereken bir yenilik olan “kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi halinde elde edilen kayıtların yok edilmesi” gerektiği şeklindeki düzenlemeyi içerdiği için takdire şayan görülmüştür⁶⁴⁹. Ancak kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karar daima kaldırılabilir bir karar olduğu için, kayıtların yok edilmesinin önemli sakıncalar doğuracağı gerekçe gösterilerek eleştirilmiştir⁶⁵⁰.

Açılan dava sonunda sanığın beraatine karar verilmesi halinde de elde bulunan kayıtların yok edilmesi zorunluluğu doğacaktır⁶⁵¹.

Aynı zamanda iletişim bilgilerinin yok edilmesiyle ilgili olarak 10.11.2005 tarihli TİB Yönetmeliğin 15. maddesi ile 14.02.2007 tarihli Yönetmeliğin 13. maddesinde kayıtların yok edilmesine yönelik kanun maddesine benzer ifadeler yer almıştır. 14.02.2007 Tarihli Yönetmeliğin 13. maddesindeki düzenleme şu şekildedir; *“Tedbir kararının uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın hakim tarafından onaylanmaması halinde, tedbirin uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhal son verilir ve durum Başkanlığa bildirilir. Bu durumda yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar, Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç 10 gün içinde yok edilir”*. Yine 10.11.2005 tarihli TİB Yönetmeliğin 15. maddesi ise, *“Kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar hakkında hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde, tedbirin kaldırıldığı Cumhuriyet savcısı tarafından veya Cumhuriyet savcısının talimatı ile kolluk vasıtasıyla derhal*

⁶⁴⁸ Mülga 4422 sayılı kanunun 2. maddesinde tedbirin uygulanmasına son verilen hallerde, bu tedbirle elde edilen verilerin Cumhuriyet savcısının denetimi altında derhal ve nihayet 10 gün içinde yok edileceği düzenlenmişti.

⁶⁴⁹ KÜHNE, s. 47.

⁶⁵⁰ HAKERİ/ÜNVER, s. 222.

⁶⁵¹ ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 639.

Başkanlığa bildirilir. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen karar, süresi içerisinde hakim tarafından onaylanarak Başkanlığa gönderilmemiş ise kararın uygulanmasına Başkanlık tarafından derhal son verilir. Yetkili ve görevli mahkeme nezdindeki Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilir” şeklindedir⁶⁵².

Ayrıca, CMK’nın 135/2. maddesinde de kayıtların yok edilmesine ilişkin düzenleme bulunmaktadır. CMK’ın 135. maddesinde, şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimin kayda alınamayacağı vurgulandıktan sonra, kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtların derhal yok edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁶⁵³.

İletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen kayıtların sayılan hallerde yok edilmeleri 14.02.2007 tarihli Yönetmeliğin ekinde yer alan ek 2 sayılı imha tutanağına kaydedilecektir⁶⁵⁴.

İmha şekli ise, veri taşıyıcısının Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesinden sonra, Cumhuriyet savcısının belirleyeceği yöntemle yerine getirilecektir. Veri taşıyıcısının üzerindeki kayıtların silinmesi suretiyle de imha işlemi yapılabilecektir⁶⁵⁵.

⁶⁵² Yönetmeliğin 15. maddesi 04.07.2007 tarihli resmi gazetede yayımlanan değişiklik ile bu halini almıştır.

⁶⁵³ 10.11.2005 tarihli TİB Yönetmeliğinin 15/3. maddesinde de bu husus düzenlenmiştir.

⁶⁵⁴ 14.02.2007 tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği”, EK-2:

İMHA TUTANAĞI

..... Mahkemesi hakimi/savcısı tarafından karar verilen tarihli ve
..... soruşturma sayısı tedbirinin
..... tarihleri arasında uygulanması sonucunda elde edilen aşağıda cins ve miktarları
yazılı bilgi ve belgeler günü saat’te, karşılığında
belirtildiği şekilde imha edilmiştir.

Sıra No: Türev-Cinsi: Adedi:İmha Şekli*İmha Nedeni

Bu tutanak tarihinde saat’da tanzim edilmiş ve tarafımızdan imzalanmıştır.

C. Savcısı Kolluk Görevlisi Kolluk Görevlisi

İMZA İMZAİMZA

(*) İmha işlemi, sebebi de belirtilerek Cumhuriyet savcısının denetiminde yapılır.

(*)Yakma, Silme, Kırma, Kıyma vb.

⁶⁵⁵ 14.02.2007 tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği”, m. 13/2-3.

Görüleceği gibi kanundaki düzenlemeye göre, iletişimin tespiti ve kaydına ilişkin verilerin yok edilmesinden bahsedilmiş, ancak sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ile mobil telefonun yerinin tespiti tedbirlerine yönelik bir ifadeye yer verilmemiştir. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinden söz edilmemesinin sebebinin bu tedbirin sonradan maddeye eklenmesi olduğu belirtilmiş ve kayıtların yok edilmesi bakımından bununda da kapsam içinde yer alacağı ileri sürülmüştür⁶⁵⁶. Bununla beraber, sinyal bilgileri zaten servis sağlayıcıları tarafından başka amaçlar için muhafaza edildiğinden, bunların yok edilmemesi eksik düzenleme olarak değerlendirilmeyeceği vurgulanmıştır⁶⁵⁷. Bizce de sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi sonucu elde edilen veriler, kanunun amacı göz önünde bulundurulduğunda yok edilecek kayıtlar içerisinde olmalıdır. Nitekim 137. maddenin 3. fıkrasında “135. maddeye göre verilen kararın” yerine getirildiği sırada kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi halinde tedbirin uygulanmasından bahsedilmekte olup, herhangi bir tedbir ayırımı yapılmamaktadır. Bu ifadelerden CMK’nın 135. maddesinde geçen bütün tedbirler için, mobil telefonun yerinin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi dahil olmak üzere, elde edilen verilerin kanuni şartların oluşması halinde yok edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

3.3.4.2. İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulandığı konusunda ilgiliye bildirim

İletişimin denetlenmesi tedbiri, haberleşme hürriyeti ve kişilerin özel hayatlarının gizliliğine müdahale niteliği taşıdığından, bu tedbirin kanunlara uygun olarak yürütülmesi ve keyfi uygulamalara engel olunması amacıyla hakkında tedbir uygulanan kişiye bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Çünkü, bu tedbirle alakalı karar ve işlemler gizli olarak yürütülmekte ve ilgililerin tedbirin uygulandığından haberdar olmaları mümkün olmamaktadır. Bu durum ise ilgililerin hukuki güvencelerden yararlanamamaları sonucunu doğurabilmektedir⁶⁵⁸.

Tedbirin uygulanması safhasında ilgiliye haber verilmesi tedbiri anlamsız ve uygulanamaz hale getirecektir. Bu nedenle ilgiliye tedbir sonunda haber verilmesi

⁶⁵⁶ ŞAHİN, Ceza Muhakemesi, s. 273.

⁶⁵⁷ TAŞKIN, s. 147.

⁶⁵⁸ ERDEM, “İletişimin Denetlenmesi”, s. 105.

Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti ve AİHS’ın 6. maddesinde hayat bulan adil yargılanma hakkının sonucudur⁶⁵⁹. Ayrıca bu tedbir ile temel hak ve hürriyetler ihlal edilebileceği için, ilgiliye haber verilmesi zorunluluğu Ay’nın 40. maddesinde ifade edilen, hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkese, geciktirilmeden yetkili makama başvuru imkanının sağlanmasını isteme hakkını veren düzenlemenin de bir gereğidir⁶⁶⁰. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de verdiği kararlarda tedbir sonucu ulaşılmak istenen amaç tehlikeye düşmeyecekse ilgiliye sonradan haber verilmesi gerekliliğinin üzerinde önemle durmuştur⁶⁶¹.

CMK’nın 137. maddesinin 4. fıkrasında ilgiliye bildirim düzenlenmiş, tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma evresinin bitiminden itibaren, en geç 15 gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığının, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi vereceği belirtilmiştir⁶⁶². Buradaki 15 günlük süre soruşturma evresinin bitiminde işlemeye başlayacaktır. Kanun maddesinde belirtilen “ilgili” kişi kapsamına kimlerin gireceği öğretide tartışmalıdır;

Bir görüşe göre, bu kavramın içerisine hem şüpheli veya sanık, hem de tedbirin uygulanması safhasında tedbire maruz kalan üçüncü kişiler girmektedir⁶⁶³. Diğer bir görüşe göre ise kanun “ilgilerden” değil “ilgili” den söz etmekte olup, ilgili ifadesi de sadece sanık veya şüpheliyi içine almaktadır. Bu nedenle bildirim sadece şüpheli veya sanığa yapılmak zorundadır⁶⁶⁴. Kanımızca da, hem kanunun ifadesinden hem de tedbire maruz kalacak üçüncü kişilerin çok fazla olmaları ihtimalinin yüksekliğinden, kanun koyucunun sadece sanık veya şüpheliye bildirimini amaçladığı sonucuna varılmalıdır⁶⁶⁵.

⁶⁵⁹ ÖZBEK, s. 432.

⁶⁶⁰ YOKUŞ SEVÜK, s. 116.

⁶⁶¹ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 294.

⁶⁶² 14.02.2007 tarihli yönetmeliğin 13. maddesinin 4. fıkrasında da benzer ifadeler kullanılmıştır; Tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde, soruşturmanın sona ermesinden itibaren en geç 15 gün içinde Cumhuriyet başsavcılığı tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi verir.

⁶⁶³ ÖZTÜRK/ERDEM, S. 640; ÖZBEK, s. 433; KAYMAZ, s. 377; KILIÇ, İlgiliye haber verme başlığı.

⁶⁶⁴ TAŞKIN, s. 150; MERAN, s. 146.

⁶⁶⁵ Tedbirin uygulandığı sürede 100 den fazla kişiyle iletişim kurulması imkanı olduğunu düşündüğümüzde, bunlara bildirimde bulunulmasını beklemek gerçekçi olmayacaktır.

Ayrıca herkes, iletişimin denetlenmesi tedbirine tabi tutulup tutulmadığı konusunda Bilgi Edinme Kanunu çerçevesinde bilgilendirilmesini isteyebilir⁶⁶⁶.

Bilgi verme yükümlülüğü tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesinden sonra yapılacaktır. Eğer bu kayıtlar delil olarak kullanılacak ise bilgi verilmesine ihtiyaç/yükümlülük olmayacaktır⁶⁶⁷. İlgiliye, bilgiler yok edildikten ve soruşturma evresinden sonra haber verilmesi eleştirilmiş, haber vermenin iletişim dinleme tedbirinin hemen bitiminde gerçekleşmesi gerektiği savunulmuştur⁶⁶⁸. Bizce de bilgiler yok edilmeden ilgiliye haber verilmesi kişinin haklarını arayabilmesi bakımından daha uygun olacaktır.

Kanunun düzenlemesi dikkate alındığında, ilgiliye haber verme görevi savcıda bulunmaktadır. Ancak kovuşturma evresinde, haber verme yükümlülüğünün ilgili mahkemede olacağı söylenebilir⁶⁶⁹.

⁶⁶⁶ ÖZBEK, s. 433; bilgi edinme hakkıyla ilgili olarak bkz. CİN, Hadi, İnsan Hakları, Demokrasi ve Hukuk Devleti Ekseninde Bilgi Edinme Hakkı, Akdeniz Üniversitesi SBE YYLT, Antalya 2005; TESEV, “Vatandaşın Bilgi Edinme Hakkı Uluslar arası Konferansı Konferans Tutanakları”, TESEV Yayınları, Mart 2006; ODER, Burak, “Bilgi Edinme Hakkının Sistem İçindeki Yeri”, *Vatandaşın Bilgi Edinme Hakkı Uluslar Arası Sempozyumu*, http://www.tesev.org.tr/etkinlik/BurakOderTESEV_Ankara_18.10.20051.doc, E.T. 19.06.2009.

⁶⁶⁷ ÖZBEK, s. 433.

⁶⁶⁸ ÖZTÜRK/ERDEM, S. 640.

⁶⁶⁹ KAYMAZ, s. 378.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

4. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ SONUCUNDA ELDE EDİLEN BİLGİLERİN KULLANILMASI, TESADÜFİ DELİLLER VE HUKUKA AYKIRILIK YAPTIRIMI

4.1. İletişimin Denetlenmesi Sonucu Elde Edilen Bilgilerin Niteliği Ve Kullanılması

4.1.1. Elde edilen bilgilerin niteliği

Ceza muhakemesinde, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amaçlandığı ve vicdani delil sistemi⁶⁷⁰ kabul edildiğinden, hakim gerçeği gösterecek her delili serbest olarak değerlendirmesi mümkündür⁶⁷¹. Hakim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hakim vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir (CMK m.217/1). Kanunun bu maddesine göre hakim yargılama yaparken ispatı gereken olayı belirli delillerle ispat yoluna gitmek zorunda olmayacak ve delilleri değerlendirirken kanuni bir sınırlamaya tabi tutulmayacaktır. Fakat, hakim bu değerlendirmeyi yaparken sınırsız bir yetkiye haiz olamayacak ve keyfi kararlar veremeyecektir. Hakim karar verirken duruşmanın bütününe nazara almalıdır. Bu karar, mantık kuralları ve gerçekliği bilimsel olarak kanıtlanmış delillere aykırılık içermeyip, yasak delillere⁶⁷² binaen verilmemiş olmalıdır⁶⁷³. Hakim tarafların yargılamada sundukları delillerle bağlı değildir⁶⁷⁴.

⁶⁷⁰ “Vicdani delil sisteminde hakim her delile başvurabilmekte ve bu delilin değerini diğer delillerle ilişkisini de dikkate alarak vicdani kanaatine göre serbestçe takdir etmektedir” (KOCA, Mahmut, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, Seçkin Yayınları, CHD, Y. 1, S. 2, Aralık 2006, s. 209).

⁶⁷¹ “Ceza muhakemesinde delil serbestliği ilkesi vardır” (KOCA, “Deliller”, s. 208).

⁶⁷² Yasak delil toplama yöntemleri ve değerlendirilmesiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTÜRK, “Ses ve/veya”, s. 221 vd; İNANKUL, Hakan, Yasak Sorgu Yöntemleri Ve Bunların Sonucunda Elde Edilen Delillerin Hukukumuzda Ve Batı Hukukundaki Geçerliliği, UÜSBE Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, YYLT, Eylül 2005; PEKCANITEZ, Hakan, “Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi”, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Haluk Konuralp Anısına Armağan 1, Ankara 2009, s. 789- 850.

⁶⁷³ YILDIZ, Ali Kemal, “Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fnksiyonu”, Seçkin Yayınları, CHD, Y. 1, S. 2, Aralık 2006, s. 255; BAYRAM, Levent, “Ses ve Görüntü Kayıtlarının Hukukumuzdaki Yeri”, s. 1, http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/26/yeni/web/Levent_BAYRAM.htm., E.T. 21.06.2009

⁶⁷⁴ KOCA, “Deliller”, s. 212.

Ceza Muhakemesi Hukukunda deliller; beyan, belge ve belirti delili şeklinde ayırımı tabi tutulmuştur. Bu ayırımı göre: beyan delili; tanık beyanı, sanık beyanı ve sanıktan gayrisinin beyanı olarak şekillenmektedir. Belge delilleri; yazılı belgeler, ses tespit eden belgeler ve şekil tespit eden belgelerdir. Belirtiler ise, suni belirtiler ve tabi belirtiler olarak ayrılmıştır⁶⁷⁵. Delillerin özellikleri ise şunlardır:

- 1- Deliller akılcı olmalıdır,
- 2- Deliller gerçekçi olmalıdır,
- 3- Deliller hukuka uygun olmalıdır⁶⁷⁶,
- 4- Deliller ispat bakımından önemli olmalıdır,
- 5- Deliller olayı temsil edici mahiyette olmalıdır,
- 6- Deliller müşterek olmalıdır⁶⁷⁷.

Ceza Muhakemesi Kanunumuz, ses ve görüntü kayıtlarına önem vermiş ve farklı maddelerde ses ve görüntü kayıtlarının alınmasını ve saklanması düzenlemiştir. Teknolojik gelişmelere paralel olarak ses ve görüntü kayıtlarının önemi artmış ve bu kayıtlara güvenilmesi ihtiyacı da doruğa çıkmıştır⁶⁷⁸. Ses ve görüntü kayıtları göz ardı edilemez, bu kayıtlar da delil hükmünde olabilir⁶⁷⁹.

İletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen bilgilerin ne mahiyette olacağı, nasıl kullanılacağı açıkça düzenlenmiş değildir. Ancak seslerin kayda geçirilmesi ile elde edilecek delillerin belirti delili niteliğinde olacağı ve hukuken sonuç doğurmak üzere hazırlanan kayıtların ise belge olarak değerlendirileceği kabul edilmektedir⁶⁸⁰.

⁶⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 661 vd.; KOCA, “Deliller”, s. 214 vd.; ÖZTÜRK, Cemal, “Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı, Çeşitleri, Muhtevası, Kaynağı, Ortaya Konması ve Reddi”, Polis Dergisi, S. 44, <http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/index.htm> E.T. 22/06/2009.

⁶⁷⁶ Hukuka aykırı deliller için bkz. YERLİ, Kemal, “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı(Yasak) Deliller”, <http://www.yayin.adalet.gov.tr>, E.T. 05.05.2009; ÖZTÜRK, Berna, “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, AÜHF Mecmuası, Ankara 2008, s. 663-676.

⁶⁷⁷ KOCA, “Deliller”, s. 213- 214.

⁶⁷⁸ SEVER, Hanifi, “Adli Nitelikte Bant Kayıtlarının İncelenmesinde Hukuki Durum Ve Belleğe Bağlı Olarak Duyulan Seslerin Hatırlanmasında Suç Soruşturmasına Yön Veren Şüphe Kavramı”, EGM, Polis Dergisi, Y. 11, S. 44, Nisan-Mayıs-Haziran 2005, s. 118.

⁶⁷⁹ DARENDE, İhsan, “Ceza Yargılamasında Görüntü Ve Ses Kasetlerinin Delil Olması”, <http://hukukcu.com/modules/smartsection/makepdf.php?itemid=147>, s. 1.

⁶⁸⁰ “Bant kayıtlarının delil olabilmesi için sağlam ve hukuka uygun olması gerekir” (KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 731).

İletişimin denetlenmesi koruma tedbiri sonucunda elde edilen veriler, ceza yargılamasına hakim olan delil serbestisi ve delillerin serbestçe değerlendirilebilmesi ilkeleri uyarınca delil olarak değerlendirilebilir⁶⁸¹.

Baskın görüşe göre, konuşmaya dayanmalarına rağmen bant kayıtları belirti delili olarak kabul görmektedir. Bundan dolayı bant kayıtları keşif konusu olmaktadır. Yapılan keşif sonunda veri taşıyıcılar üzerinde oynanamadığı ve gerçek kayıtlar içerdiği anlaşılırsa bu veri taşıyıcılar delil olarak kullanılmaya müsait olacaktır⁶⁸². Belirti, ispat edilecek olayın dolaylı olarak ispat edilmesine yardımcı olan ve olaydan arta kalan her çeşit iz ve eser şeklinde tanımlanmıştır⁶⁸³.

Diğer bir görüşe göre, kanunun belirttiği usule uygun olarak elde edilen ve kanuna uygun şekilde mahkemeye takdim edilen ses ve görüntü kayıtları delil hükmünde olup, bu kayıtlar bir tür yazılı açıklama sayılmalı ve belge olarak kabul edilmelidir⁶⁸⁴.

Bir başka görüşe göre ise, iletişim denetlenmesi tedbiri yeni araştırma işlemlerinin yapılması için, ipuçları edinmeye vesile olan bir niteliğe sahiptir. Bazı durumlarda denetimden elde edilen bilgiler doğrudan hüküm vermede kullanılabilir. Denetimi yapan kolluk görevlileri konuşmaları dinledikleri için tanık sıfatıyla dinlenebilirler. Ayrıca denetim sonunda elde edilen bilgilerin olduğu veri taşıyıcılar da keşif yoluyla delil mahiyetine sahip olarak değerlendirilebilirler⁶⁸⁵.

Anlaşılabacağı üzere, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması ile elde edilen kayıtlar, ipucu, doğrudan delil, belge, belirti, tanık beyanı ve keşif konusu şeklinde kabul edilmektedir.

Denetim sonunda ele geçirilen delillerin ikrar delili olarak kullanılıp kullanılmayacağı da önem arz etmektedir. İkrar, sanığın suç işlediğini kabul etmesi şeklinde tanımlanmaktadır⁶⁸⁶. İkrarın kabule değer olabilmesi için özgür ve iradi olması şart olup, bu koşul, sanığın hakim karşısında özgür ortamda, kendi iradesini özgürce

⁶⁸¹ KARAGÖZ/BİRTEK, s. 108; TAŞKIN, s. 166.

⁶⁸² YENİSEY/ALTUNÇ, s. 1308.

⁶⁸³ KOCA, "Deliller", s. 219.

⁶⁸⁴ ÖZTÜRK, "Ses ve/veya", s. 230.

⁶⁸⁵ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 730.

⁶⁸⁶ Ayrıca ikrarın yan delillerle desteklenmesi gereklidir. Bkz. YCGK kararı 1990/6-257 E., 1990/335 K., YKD, Mart 1991, C. 17, S. 3, s. 420-422.

açıklaması ile gerçekleşecektir⁶⁸⁷. Bundan dolayı, gizli yapılan bir tedbir olan iletişimin denetlenmesi sonucunda, sanık veya şüpheliye hakları hatırlatılmadığı ve özgür ortamda kendi özgür iradesiyle açıklama yapmadığı/bilgi vermediği için, ilgilinin beyanları ikrar olarak değerlendirilemeyecektir⁶⁸⁸. Nitekim öğretide, sanık veya şüpheli haklarını bilerek beyanda bulunmadıklarından bu delillerin beyan delili olamayacağı belirtilmiştir⁶⁸⁹. Benzer bir görüşe göre ise, iletişimin denetlenmesi sırasında şüpheliden alınan bir suç ikrarı tek başına mahkumiyete yeterli olmamalıdır⁶⁹⁰. Aynı zamanda Yargıtay 1. Ceza Dairesi de 2003/3819 Esas sayılı kararında gizlice kayda alınan konuşmaların ikrar olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir⁶⁹¹.

4.1.2. Elde edilen bilgilerin kullanılması

İletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen kayıtlar, tahrifata uğramadıkları, ve hukuka uygun olarak kaydedildikleri takdirde delil olarak kullanılabilirler. Önemli olan bu kayıtların yasak delil hükmünde olmamasıdır. Delil yasakları bakımından, elde edilen yasak delilin kamu görevlisi ya da özel kişi olması bir önem arz etmemektedir. Bu deliller yargılamada kullanılamayacaktır⁶⁹². Bu deliller genel mahiyette delillerdir ve bunların tek başlarına temsil kabiliyetinin olmadığı kabul edilmekte olup, başka delillerle desteklenmeleri gerektiği belirtilmektedir⁶⁹³. Yargıtay, teknik araçlarla yapılan ses ve görüntü kayıtlarının, güvenilir ve tahrif edilmiş olmamaları kaydıyla delil olarak kullanılabileceğini kabul etmektedir⁶⁹⁴. Ayrıca Yargıtay'ın 1977 tarihli eski bir içtihadına göre, ses ve görüntü kayıtlarının güvenilirliği kesin olmadığından bu delillerin başka delillerle desteklenmeleri gerektiğini belirtmiştir⁶⁹⁵. Zira, Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 09.02.2009 tarihinde verdiği bir kararda, içeriği maddi bulgularla

⁶⁸⁷ YCGK kararı 2005/7-144 E., 2005/150 K., <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>, E.T. 26.06.2009.

⁶⁸⁸ TAŞKIN, s. 167.

⁶⁸⁹ YENİSEY/ALTUNÇ, s. 1319.

⁶⁹⁰ ŞEN, Türk Hukuku, s. 94.

⁶⁹¹ Yargıtay 1.CD. 2003/3819 E., 2004/299 K., <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>, E.T. 27.06.2009.

⁶⁹² ÖZTÜRK/ERDEM, s. 490.

⁶⁹³ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 731.

⁶⁹⁴ ÜNVER, "Ceza Muhakemesinde İspat", s. 128.

⁶⁹⁵ ÜNVER, "Ceza Muhakemesinde İspat", s. 128.

desteklenmeyen iletişim kayıtlarının tek başına mahkumiyete yeterli olamayacağına hükmetmiştir⁶⁹⁶. Ancak yerel mahkeme kararında direnerek, bu kayıtların diğer delillerle değerlendirildiğinde mahkumiyete yeterli olacağını savunmuştur⁶⁹⁷. Öğretide, iletişimin denetlenmesinden elde edilen kayıtların belirti delili olduğu, tek başına ispat kabiliyetleri olmadığı ve bu nedenle bu kayıtların yapılacak başka araştırmalarla desteklenmesi gerektiği belirtilmiştir⁶⁹⁸. Ancak bunun aksi görüşü savunan Bozbel, Yargıtay 8. Ceza Dairesinin verdiği kararı da eleştirerek iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen delillerin tek başlarına mahkumiyete yeterli olacağını iddia etmiştir⁶⁹⁹.

Benzer bir şekilde, Yargıtay 10. Ceza Dairesi verdiği 17.04.2008 tarihli kararında bazı sanıklar için, sadece telefon görüşme kayıtlarının tek başlarına mahkumiyet için yeterli olmadığı kanısına varmıştır⁷⁰⁰.

Tedbir sonucu elde edilen deliller, kanunda belirtilen yasal çerçevede elde edilmiş olmalıdır, aksi takdirde bunlar kullanılamayacaktır⁷⁰¹. Bu deliller kural olarak sadece katalog suçlardan birisinin soruşturma veya kovuşturmasında kullanılabilecektir (CMK m. 135/6). Katalog harici bir suçun ispatında bu delillerin kullanılamaması eleştirilerek, bunların her suça ilişkin olarak hukuka uygun elde edilmesi şartıyla kullanılması gerektiği savunulmuştur⁷⁰². Ancak bu görüş, haberleşmenin özgürlüğü ve gizliliğinin anlamsız hale getirileceği gerekçesiyle kabul görmemiştir⁷⁰³. Bize göre de,

⁶⁹⁶ “İçeriği maddi bulgularla desteklenemeyen telefon görüşmelerine dayalı iletişim kayıtları dışında cezalandırılmalarına yeter kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği, sanıkların üzerlerinde ve evlerinde yapılan aramalarda herhangi bir suç unsuruna rastlanmadığı gözetilmeden atılı suçtan beraatları yerine ceza tayin edilmesinin bozmayı gerektirdiği belirtildi” (Yargıtay 8. CD. 09.02.2009 tarihli kararı, <http://www.haber7.com/haber/20090209/Yargitaydan-telefon-dinleme-karari.php>; Yine 8. daire verdiği başka bir kararda da, aynı kararını yinelemiştir (<http://www.ntvmsnbC.com/id/24968736/#storyContinued> E.T. 26/06/2009).

⁶⁹⁷ <http://www.stargundem.com/guncel/59572-yerel-mahkemenin-dinleme-karari-israri.html>, E.T. 26.06.2009.

⁶⁹⁸ YENİSEY/ALTUNÇ, s. 1319.

⁶⁹⁹ BOZBEL, Savaş, “Dinlemeler Gerçekse Delildir”, <http://www.taraf.com.tr/haber/27728.htm>, E. T. 13.02.2009.

⁷⁰⁰ Yargıtay 10. CD. 2007/27117 E., 2008/6310 K., YKD, Aralık 2008, C. 34, S. 12, s. 2433.

⁷⁰¹ Ayrıca yasak deliller sonucu elde edilen ve yasak delil olmasaydı elde edilemeyecek olan delillerin de yasak delil olarak değerlendirilmesi gerektiği Şahin tarafından ileri sürülmüştür. Bkz. ŞAHİN, Cumhuriyet, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün’e Armağan, Ankara 2009, s. 1112.

⁷⁰² ÜNVER, “Ceza Muhakemesinde İspat”, s. 148.

⁷⁰³ TAŞKIN, s. 171.

kanuni düzenlemede yapılan sınırlama katı uygulandığında suçla mücadeleyi olumsuz etkileyeceğinden, elde edilen delillerin her suç bakımından hukuka aykırı olmaması kaydıyla kullanılması gerekir.

Mobil telefonun yerinin tespiti sonucu elde edilen deliller ise sadece sanık veya şüphelinin yakalanması amacıyla kullanılabilecektir(CMK m. 135/4).

Yargıtay 4. Ceza Dairesi verdiği bir kararda, iletişimin tespiti sonucu elde edilen kayıtların ne şekilde elde edildiğinin ve hukuka uygun olarak elde edilip edilmediğinin duruşmada tartışılması gerektiğini ifade etmiştir⁷⁰⁴.

Hukuka aykırı olarak elde edilen deliller CMK'nın 206. maddesi gereği sanık tarafından ret olunabilir.

Değerilmesi gereken diğer bir husus ise, elde edilen deliller yasak delil hükmündeyse, sanık aleyhine kullanılamamaktadır. Ancak sanık lehine bu delillere başvurulabilecek midir? Öğretide farklı görüşler bulunmaktadır; bir görüşe göre, deliller süresinde ret edilmezse kullanılmalıdır. Ayrıca, sadece sanığın özel hayatına ilişkin bir müdahale varsa sanık değerlendirme yasağının kaldırılmasını isteyerek delilin kullanılmasını sağlayabilir⁷⁰⁵. Katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, delil yasaklarının amacı sanığın adil yargılanması ve haklarının ihlal edilmemesi olduğundan, sadece sanığın özel hayatının gizliliği ihlal edilmişse, sanık lehine olan deliller değerlendirilebilmelidir⁷⁰⁶.

İletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen delillerden, hukuka uygun olmaları şartı ile, disiplin hukuku dahil bütün tahkikat ve yargılamalarda yararlanılabileceği savunulmuştur⁷⁰⁷. Ancak bunun aksine olan bir görüşe göre, bu deliller amaca bağlılık kuralı gereği, ne disiplin soruşturmasında ne de hukuk mahkemesinde yürütülen bir tazminat davasında kullanılabilir⁷⁰⁸. Bize göre ise, hukuka aykırı olmamak şartıyla bu tedbir sonucu elde edilen deliller, bütün yargılamalarda kullanılabilmelidir.

⁷⁰⁴ Yargıtay 4. CD. 2008/8558 E., 2008/15780 K., YKD, Eylül 2008, C. 34, S. 9, s. 1843.

⁷⁰⁵ YENİSEY/ALTUNÇ, s. 1311.

⁷⁰⁶ KAYMAZ, s. 465.

⁷⁰⁷ ŞEN, "İletişimin Denetlenmesi Tedbiri", s. 124.

⁷⁰⁸ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 631; TAŞKIN, s. 172.

4.2. Tesadüfen Elde Edilen Deliller

4.2.1. Genel olarak

Tesadüfen⁷⁰⁹ elde edilen delil kavramı, yapılan soruşturma ile alakalı olmayan, soruşturma esnasında farklı bir suçun işlendiğini gösteren ve soruşturma sırasında elde edilen delilleri kapsamaktadır⁷¹⁰.

İletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanırken, tedbir kararının verildiği suç haricinde bir suçla ilgili olarak delil elde edilmesi mümkündür.

İletişimin tespiti sonucu elde edilen tesadüfi delillerle ilgili olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 13.06.2006 tarihinde verdiği 2006/4.MD-122 Esas ve 2006/162 Karar sayılı kararda, haklarında dinleme kararı bulunmayan üçüncü kişiler arasında geçen konuşmalardan elde edilen delilleri tesadüfen elde edilen delil olarak adlandırmış ve mülga 4422 sayılı kanunda bu delillerle ilgili herhangi bir hüküm bulunmadığından yasadışı delil olarak nitelemiştir⁷¹¹. Yine 2007 tarihli başka bir kararında da bu karara benzer bir karar vermiştir⁷¹².

Bu delillerin aynı kişi aleyhine olması gerekmez, farklı kişiler aleyhine de olabilir. Aynı zamanda bu delillerin katalogda sayılan suçlarla sınırlı olması da şart olmamaktadır⁷¹³. Ancak bu sadece tesadüfi delil olması açısından. Tesadüfen elde edilen delillerin kullanılması bakımından ise CMK'nın 138. maddesinde bazı şartlar sayılmıştır ve bunların gerçekleşmesi gerekir.

Tesadüfen elde edilen delillerle ilgili olarak mülga 4422 sayılı Kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. CMK ile tesadüfen elde edilen deliller hakkında düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme ile, iletişimin denetlenmesi ile elde edilen delillerin ne şekilde ve hangi şartlarla kullanılabileceği belirtilmeye çalışılmıştır.

⁷⁰⁹ Tesadüf kavramı, Türk Dil Kurumu Sözlüğünde şöyle tanımlanmıştır; “1. Yalnız ihtimallere bağlı olduğu düşünülen olayların kesin olmayan, değişebilen sebebi: 2. Rastlantı, rast geliş”, <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=veritbn&kelimesec=308666>, E.T. 15.05.2009.

⁷¹⁰ ERDEM, “İletişimin Denetlenmesi”, s. 106.

⁷¹¹ Yargıtay CGK. 2006/4.MD-122 E., 2006/162 K., YKD, Şubat 2007, C. 33, S. 2, s. 327.

⁷¹² Yargıtay CGK. 2007/5-23 E., 2007/167 K., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁷¹³ “A hakkında, B isimli bir kişiyi öldürmekten yapılan bir soruşturma kapsamında tedbir kararı uygulanırken, M isimli bir kişinin N isimli bir kişiyi öldürdüğü veya uyuşturucu kaçakçılığı yaptığı veya hırsızlık suçunu işlediğine ilişkin elde edilen deliller de tesadüfen ele geçirilen delil sayılır” (KAYMAZ, s. 467).

4.2.2. Katalog suçlarla ilgili elde edilen tesadüfi deliller

CMK'nın 138. maddesinde tesadüfen elde edilen delillerle ilgili düzenleme yapılmıştır. Buna göre, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135. maddenin 6. fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınacak ve durum Cumhuriyet savcılığına derhal bildirilecektir. Niteliğine bakılan suç, sayılan katalog suçlardan değilse değerlendirilemeyecektir⁷¹⁴. Yani, bu delillerin katalog kapsamındaki suçlarla ilgili olması bir zorunluluktur. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu verdiği kararda tesadüfen elde edilen delillerin kullanılabilmesi için katalogda sayılan suçlardan olması gerektiğini vurgulamış ve bu deliller tespit edilir edilmez savcılığa haber verilmesi gerekirken bütün kayıtlar yapıldıktan sonra savcılığa haber verilmesini hukuka aykırı bulmuştur⁷¹⁵.

Kanunun bu hükmüyle, kolluğa Cumhuriyet savcısının yazılı emri veya sulh ceza hakiminin kararı olmadan, bu delillere el koyma yetkisi tanınmıştır⁷¹⁶.

İletişimin denetlenmesi sırasında şüpheli veya sanığın soruşturma ya da kovuşturma konusu suçtan başka katalog kapsamında bir suç işlediğini gösteren bilgiler varsa bunlar kullanılabilir. Bir örnek verecek olursak, katalog kapsamında olan fuhuş suçundan denetim tedbiri uygulanırken, yine katalog kapsamında olan ihaleye fesat karıştırma suçunun işlendiği anlaşılırsa, bununla ilgili elde edilen deliller kaydedilip savcıya bildirilecek ve delil hükmünde olacaktır. Ancak elde edilen bu deliller muhafaza edilip durum derhal Cumhuriyet savcısına iletildiği zaman, bu suçla ilgili denetimin devam edebilmesi için kanuni şartlar çerçevesinde suça ilişkin yeni bir hakim kararı verilmesi gerekir⁷¹⁷.

Üçüncü kişilerin katalog kapsamında bir suç işlediğine ilişkin tesadüfi delil elde edilmesi durumunda, bu delillerin de kullanılabilmesi gerekir⁷¹⁸. CMK'nın 138. maddesinde sadece “şüpheli veya sanık hakkında elde edilen tesadüfi deliller”

⁷¹⁴ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 251; ÜNAL, Aras, “Türk Ceza ve Ceza Yargılaması Hukukunda Telefon Dinleme”, Mersin Barosu Dergisi, S. 21, s. 96.

⁷¹⁵ Yargıtay CGK. 2007/5-23 E., 2007/167 K., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁷¹⁶ CENTEL/ZAFER, s. 396.

⁷¹⁷ ŞEN, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, s. 127.

⁷¹⁸ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 738.

denilmemiş ve üçüncü kişiler bakımında da elde edilecek delillerin kullanılmasına imkan sağlanmıştır. Fakat bu kişiler bakımından da doğrudan denetime başlanmamalı ve kanunda sayılan denetim şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği tartışıldıktan sonra, bu üçüncü kişiler için yeni bir denetim kararı alınarak tedbir uygulanmalıdır⁷¹⁹. Ancak, bu kişiler hakkında henüz bir soruşturma açılmamışsa, bunlar şüpheli sıfatına haiz olamayacaklarından, haklarında verilecek denetim kararı hukuka aykırı olacaktır⁷²⁰.

4.2.3. Katalog kapsamında olmayan suçlarla ilgili elde edilen tesadüfi deliller

İletişimin denetlenmesi tedbiri neticesinde elde edilen tesadüfi delil katalog haricinde bir suçla ilgi ise bu delil, CMK'nın 138. maddesinin 2. fıkrası gereği delil olarak kullanılamayacaktır. Çünkü bu maddede, açık olarak tesadüfi delilin hüküm ifade edebilmesi için katalog kapsamında bir suça ilişkin olması gerektiği düzenlenmiştir. Bu kapsamda elde edilen delillerle ilgili öğretide farklı görüşler bulunmaktadır;

Öncelikle, Şahin katalog kapsamında olmayan suçlarla alakalı elde edilen tesadüfi deliller neticesinde soruşturma başlatılamayacağını ve bunun da soruşturma mecburiyeti ilkesiyle bağdaşmayacağını belirtmiştir⁷²¹. Benzer bir görüşü savunan Ünver, tesadüfen elde edilen deliller için katalog suçlarla sınırlama yapılmasının hukuka aykırı olduğunu vurgulamıştır⁷²².

Şen, tedbirin uygulanması sonucu elde edilen bu bilgilerin, delil başlangıcı olarak değerlendirilmesi gerektiğini, bunların mahkumiyet bakımından ele alınamayacağını, ihbar olarak kabul görebileceğini⁷²³ ve kovuşturmada asıl delillerin desteklenmesinde kullanılabileceğini ileri sürmüştür⁷²⁴. Ancak, Anayasanın 38. maddesinde belirtilen kanuna aykırı bulgu ifadesi gereği, katalog kapsamında olmayan suçlarla ilgili tesadüfi delillerin hazırlık soruşturmasında dahi kullanılamayacağı ifade edilmiştir⁷²⁵.

⁷¹⁹ ŞEN, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, s. 127.

⁷²⁰ YENİSEY/ALTUNÇ, s. 1315.

⁷²¹ ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 387.

⁷²² ÜNVER, “Ceza Muhakemesinde İspat”, s. 183.

⁷²³ KARAGÖZ/BİRTEK, s. 111.

⁷²⁴ ŞEN, Türk Hukuku, s. 117.

⁷²⁵ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 739.

Başka bir görüşe göre, katalog kapsamında olmayan suçlarla ilgili olarak elde edilen deliller derhal yok edilerek muhafaza edilmemeli, fakat, soruşturma mecburiyeti gereği bu husus ihbar şeklinde kabul edilerek delil elde etmek amacıyla diğer soruşturma araçları kullanılarak soruşturmaya başlanmasına vesile olmalıdır⁷²⁶.

Diğer bir görüşe göre ise, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, şüpheli, sanık veya üçüncü bir kişinin katalog kapsamında olmayan bir suç işlediği yönünde elde edilen tesadüfi delilin yargılamada kullanılması mümkün olmayacağı gibi, başlangıç şüphesi olarak soruşturma ve araştırma başlatılmasında da göz önünde bulundurulması imkanı yoktur. Bunun aksine yapılacak bir yorum, haberleşme hürriyeti ve özel hayatın gizliliği haklarının ihlaline neden olacağı gibi, kanunun katalog suçlarla sınırlama yapmasının bir anlamı da kalmayacaktır⁷²⁷. Hakeri de, katalogda sayılan suçlar dışında bir suça ilişkin elde edilen tesadüfi delillerin kullanılamayacağının altını çizerek, bu suçu öğrenen kamu görevlisinin bunu ilgili makama bildirmesi gerektiğini vurgulamıştır⁷²⁸.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 13.06.2006 tarihinde verdiği kararda, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun katalog kapsamında olmadığına işaret ederek bu suça ilişkin elde edilen tesadüfi delillerin yasadışı kanıt niteliğinde olduğunu belirtmiştir⁷²⁹.

Bundan başka, soruşturma evresinde katalog suç olarak nitelendirilen ve tedbir uygulanması ile delil elde edilen suçun, kovuşturma aşamasında katalog kapsamında olmayan başka bir suç olduğunun anlaşılması halinde elde edilen delillerin kullanılmaması gerektiği vurgulanmıştır⁷³⁰. Ayrıca, katalog kapsamında olmayan suçlarla ilgili ele geçirilen tesadüfi delillerin savcılığa bildirildikten sonra savcı tarafından yok edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁷³¹.

İletişimin denetlenmesi neticesinde elde edilen tesadüfi delillerin katalog kapsamında olmayan bir suça ilişkin olduğu durumlarda, CMK'nın 138/2. maddesinde

⁷²⁶ ÖZBEK, s. 435.

⁷²⁷ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 641; TAŞKIN, s. 177; ŞAHBAZ, İbrahim, İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 165.

⁷²⁸ HAKERİ, "İletişimin Tespiti", s. 30.

⁷²⁹ Yargıtay CGK. 2006/4.MD-122 E., 2006/162 K., YKD, Şubat 2007, C. 33, S. 2, s. 327.

⁷³⁰ ŞEN, "İletişimin Denetlenmesi Tedbiri", s. 131; ŞEN, Ersan, "Türk Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. Maddesinin Değerlendirilmesi", Yargı Dünyası, S. 127, s. 22.

⁷³¹ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 641; TAŞKIN, s. 180; ÖZBEK, s. 435.

doğrudan katalog kapsamındaki suçlara atıf yapıldığından, bu delillerin hüküm verilirken kullanılmasının mümkün olmadığı açıktır. Ancak, bu tesadüfi delillerin kamu görevlileri tarafından derhal savcılığa bildirilmesi gerekeceğinden⁷³², her ne kadar bu deliller hüküm verilirken kullanılamayacak ise de, bu delillerin yeni deliller elde edilmesi amacıyla yol gösterici olmalarının kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bunu bir örnekle açıklamak gerekirse, katalog kapsamında olan bir suça ilişkin olarak iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanırken, katalog kapsamında olmayan hırsızlık suçunun M ve N tarafından işlendiği ve alınan değerli takıların X isimli kişinin evinde saklandığı öğrenilse, bu bilgi doğrudan delil olarak kullanılamayacak ancak yol göstererek elde edilecek yeni bulgularla alınacak arama kararı üzerine bu suça ilişkin yeni deliller elde edilmesine vesile olabilecektir.

4.3. Hukuka Aykırı Olarak İletişimin Denetlenmesi Ve Yaptırımı

4.3.1. Genel olarak

Hiç kimse CMK'nın 135. maddesinde belirtilen esas ve usuller dışında, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz (CMK m.135/7). Ancak önleme amaçlı yapılan denetim hükümleri saklıdır. Yani, bu hüküm önleme amaçlı yapılan iletişimin denetlenmesine engel değildir.

Kanunun bu hükmünden, sadece iletişimin kayda alınması ve dinlenmesi tedbirlerinin kanuni usuller dışında yapılamayacağı ancak iletişimin tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespiti işlemlerinin kanunda belirtilen usuller dışında yapılabileceği sonucuna varılabilir. Bu nedenle “iletişimi dinlenemez” ifadesinin yerine “iletişimi denetlenemez” kavramının kullanılması daha uygun ve daha isabetli olacaktır⁷³³. Ayrıca bu hükümle, sadece kamu görevlisinin değil, kamu görevlisi olmayan üçüncü kişilerin de bir başkasının iletişimini denetlemesi yasaklanmıştır⁷³⁴.

⁷³² Kolluk görevlilerinin öğrendiği suçu bildirmemesi, Türk Ceza Kanunun 279. maddesinde düzenlenen “kamu görevlisinin öğrendiği suçu bildirmeme” suçunun işlenmesine neden olacaktır.

⁷³³ ÖZBEK, s. 433.

⁷³⁴ TAŞKIN, s. 183.

4.3.2. Hukuka aykırı olarak iletişimin denetlenmesinin yaptırımı

4.3.2.1. Cezai yaptırım

İletişimin denetlenmesi tedbirinin Ceza Muhakemesi Kanunu'nda belirtilen şartlara uygun olarak yapılmaması halinde, ilgililer TCK'nın "Özel Hükümler" adlı ikinci kitap, "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısım ve "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" başlıklı dokuzuncu bölümünün 132. maddesinde düzenlenen, "haberleşmenin gizliliğini ihlal" ⁷³⁵, 133. maddesinde düzenlenen "kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması" ⁷³⁶ ve 134. maddesinde düzenlenen "özel hayatın gizliliğini ihlal" ⁷³⁷ suçları bağlamında cezalandırılacaktır.

Suç katalogunda bulunan bir suçla ilgili olarak iletişim denetlenirken, kayda alınması yasak olan bir iletişim müdahale edilmeyerek kayda alınırsa haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, ihmali şekilde işlenmiş olacaktır ⁷³⁸.

⁷³⁵ TCK m. 132; "(1) Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlâl eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî 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 adlî para cezası ile cezalandırılır.

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

⁷³⁶ TCK m. 133 "(1) Kişiler arasındaki alenî olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişi, iki aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi, diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alan kişi, altı aya kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır.

(3) Yukarıdaki fıkralarda yazılı fiillerden biri işlenerek elde edildiği bilinen bilgilerden yarar sağlayan veya bunları başkalarına veren veya diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu konuşmaların basın ve yayın yoluyla yayınlanması hâlinde de, aynı cezaya hükmolunur".

⁷³⁷ TCK m. 134 "(1) Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlâl eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlâl edilmesi hâlinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.

(2) Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, ceza yarı oranında artırılır".

⁷³⁸ ÖZEN, Mustafa, "Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu", Seçkin Yayınları, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 2, Sy. 10, Haziran 2007, s. 146.

İletişimin denetlenmesi tedbiri kararı alınırken ya da bu karar uygulanırken gizliliğin ihlal edilmesi halinde de TCK'nın 258. maddesinde sayılan suç (göreve ilişkin sırrın açıklanması) işlenmiş olacaktır⁷³⁹.

4.3.2.2. Hukuki yaptırım

Koruma tedbirlerine tabi tutulan şüpheli veya sanıkların uğrayacakları maddi veya manevi zararların tazmin edilebilmesi için CMK'nın 141, 142 ve 143. maddelerinde “koruma tedbirleri nedeniyle tazminat”⁷⁴⁰ hükümleri düzenlenmiştir. İletişimin denetlenmesi tedbiri de bir koruma tedbiri olduğu halde, bu maddelerde iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Bu nedenle CMK'nın “koruma tedbirleri nedeniyle tazminat” üst başlıklı hükümleri, iletişimin denetlenmesi sonucu zarara uğrayanlar bakımından uygulanamayacaktır. Yani, bu tedbir nedeniyle 141. maddeye göre tazminat talep edilemeyecektir.

Bu tedbirin gizli olması ve tedbir uygulananların tedbir sona erdikten sonra haberdar olmasından dolayı kanunda tazminat öngörülmemiş olması eleştirilerek, hukuk devleti için büyük bir eksiklik olarak görülmektedir⁷⁴¹.

İletişimin hukuka aykırı olarak denetlenmesi sonucu doğacak maddi veya manevi zararlar için, ancak idarenin sorumluluğuna ilişkin genel hükümler çerçevesinde devletten tazminat talep edilebilecektir⁷⁴². Ayrıca uğranılan maddi veya manevi zararlar nedeniyle, hakim veya savcı haricinde, iletişimi denetleyen kişiler aleyhine tazminat davası açılması olanaklıdır⁷⁴³.

Kuşkusuz, özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyeti gibi hayati öneme sahip temel hakların ihlali sonucunu doğuran bir tedbir nedeniyle uğranılan zararlara tazminat öngörülmemiş olması önemli bir düzenleme hatasıdır.

⁷³⁹ KAYMAZ, s. 396.

⁷⁴⁰ Geniş bilgi için bkz. HAKERİ, Hakan, “Koruma Tedbirleri Nedeniyle ve Yargılamanın Yenilenmesi Halinde Tazminat” Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 3, Nisan 2005, s. 108-109.

⁷⁴¹ HAKERİ “İletişimin Tespiti”, s. 36; ÖZBEK, s. 433.

⁷⁴² KILIÇ, Yargısal denetim başlığı, E.T. 15.05.2009; YAVUZ, Hakan, “Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, TBB Dergisi, S. 60, 2005, s. 257; ALTIPARMAK, Kerem, “Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu”, TBBD, S. 63 Mart-Nisan 2006, s. 32.

⁷⁴³ TAŞKIN, s. 187.

4.3.2.3. Disiplin yaptırımı

Kanunda belirtilen esaslara aykırı olarak bir başkasının iletişimini denetleyen kamu görevlisi aleyhine ayrıca disiplin soruşturması açılması ve bu kamu görevlisinin disiplin yaptırımına tabi tutulması imkan dahilindedir. İhlal sonucu ceza soruşturması yapılıyor olması disiplin soruşturmasına engel olmayacaktır⁷⁴⁴. Bu konuda 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 131. maddesinde açık hüküm yer almakta olup, aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olmasının, disiplin kovuşturmasını geciktirmeyeceği ve memurun ceza kanununa göre mahkum olması veya olmaması hallerinde dahi disiplin cezasının uygulanmasına engel olunamayacağı ifade edilmiştir.

Özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetinin ihlaline neden olacak bir tedbirin yasal sınırları içerisinde ve usulüne uygun olarak uygulanması gerekir. Yasal sınırların ihlal edilmesinden dolayı ise bir sorumluluğun bulunması ve sorumlunun da gerekli şekilde, disiplin yaptırımı da dahil cezalandırılması gerekir.

⁷⁴⁴ KEKLİK, s. 11.

SONUÇ

Ceza muhakemesinin amacı, maddi gerçeğin araştırılarak gün yüzüne çıkarılmasıdır. Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin araştırılması için koruma tedbirlerine başvurulmaktadır. Çalışma konumuz olan “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” tedbiri de, koruma tedbiri niteliğindedir. Yani bu tedbirde de amaç, maddi gerçeğin gün yüzüne çıkarılması ve sanık veya şüphelinin yakalanmasıdır.

Telekomünikasyon yoluyla yapıla iletişimin denetlenmesi, koruma tedbiri niteliğinde olduğundan bu tedbire başvurulabilmesi için koruma tedbirlerinin ön şartları olarak ifade edilen, kanuni düzenleme bulunması, gecikemezlik, haklı görünüş ve orantılılık şartlarının öncelikle bulunması gerekir.

İletişimin denetlenmesi tedbiri, Anayasanın “Özel hayatın gizliliği ve korunması” üst başlıklı 20 ve 22. maddelerinde düzenlenmiş olan özel hayatın gizliliğine ve haberleşme hürriyetine müdahale teşkil eden bir tedbirdir. Ancak bu müdahale, yine Anayasanın 13. maddesine dayanılarak yasal çerçeve içinde yapılmalıdır. Aksine bir uygulama hukuka aykırılık teşkil edecek ve hem hukuki hem de cezai sorumluluk doğuracaktır. Nitekim ilgililerin, Türk Ceza Kanunumuzun “Özel Hükümler” adlı ikinci kitap, “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısım ve “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümünün 132. maddesinde düzenlenen, “haberleşmenin gizliliğini ihlal”, 133. maddesinde düzenlenen “kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması” ve 134. maddesinde düzenlenen “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçları bağlamında cezalandırılacakları düzenlenmiştir.

Türkiye tarafından kabul edilen ve Anayasanın 90. maddesine göre ise bağlayıcı hale gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinde de haberleşme hürriyeti ve özel hayatın gizliliği düzenlenmiş ve bu hakların kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesinin, ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak şartıyla mümkün olabileceği belirtilmiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun yapılışında, AİHS'ta belirtilen kıstaslar nazara alınmış ve iletişimin denetlenmesi bakımından uluslararası standartlarda bir düzenleme yapılmıştır. Ancak düzenlemenin kusursuz olduğu söylenemez. Özellikle iletişimin denetlenmesine ilişkin farklı denetim türlerinden olan iletişimin dinlenmesi, iletişimin kayda alınması, iletişimin tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin aynı maddede düzenlenmesi karışıklık yaratacak niteliktedir. Bu denetim şekillerinin farklı maddelerde düzenlenmesi daha uygun olacaktır. Ayrıca, iletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirleri bakımından suç sınırlaması getirilmemiş olması da yeniden değerlendirilmesi gereken bir konudur.

Kanun maddesinde “kuvvetli şüphe sebepleri” olarak ifade edilen ve tedbire başvurulmasının şartlarından olan şüpheden ne anlaşılabileceği açık değildir. Aranılan şüphelinin tutuklamada olduğu gibi kuvvetli şüphe olarak anlaşılması durumunda başka surette delil elde edilememesi şartı anlamsız kalacak ve tedbire başvurulması da mümkün olmayacaktır. Bundan dolayı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için basit şüpheden daha yoğun ama kuvvetli şüpheye varmayan makul şüphelinin yeterli olacağı kanaatindeyiz. Yasal düzenlemenin de bu bağlamda göz önüne alınması gerekir.

İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanacağı suçlar bakımından kanunda bir katalog suç sınırlaması yapılmıştır. Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesinin 6. fıkrasında belirtilen bu katalog haricinde denetime başvurulamayacaktır. Suç kataloğunun çok sınırlı olduğu ve genişletilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Ancak iletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirleri açısından bir suç sınırlaması bulunmamaktadır. Bu iki tedbirin suç sınırlamasına tabi olmaması yerinde bir uygulamadır.

İletişimin denetlenmesi tedbiri ile sanık veya şüphelinin iletişimi denetlenmektedir. Ancak, şüpheli veya sanığa katalogta bulunan suçların işlenmesinde yardım eden, yani bu suçlara iştirak eden kişiler de, şüpheli konumuna gireceklerinden bunlar hakkında da iletişimin denetlenmesine başvurulabilecektir. Ayrıca, şüpheli veya sanığın iletişimi denetlenirken, üçüncü kişilerin de iletişim özgürlüğü ihlal edilebilmektedir. Bu nedenle tedbir uygulanırken son derece özen gösterilmesi ve tedbir konusu suçla ilgili olmayan özel verilerin kayda alınmaması gerekmektedir.

Savunma hakkının ihlal edilmemesi amacıyla şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, CMK'nın 135. maddesi uygulanamayacaktır. Aynı zamanda şüpheli veya sanığın müdafii ile başka surette kurduğu iletişim de denetlenemeyecektir. Ancak müdafii bizzat suça iştirak etmişse onun hakkında iletişimin denetlenmesine hükmedilebilecektir.

CMK'nın 135. maddesinin 2. fıkrasına göre şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamayacaktır. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtlar derhal yok edilecektir. Ancak tanıklıktan çekinebilecek kişilerin kapsamının geniş olduğu ve tedbirin uygulanmasını önemli ölçüde engelleyeceği aşikârdır. Yani her tanıklıktan çekinebilenin iletişiminin denetlenememesi, tedbirin amacına aykırıdır. Bu nedenle tanıklıktan çekinebilecekler bakımından ayrı ve daha sınırlı bir yasal düzenleme yapılması gerekmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanununun iletişimin denetlenmesine ilişkin hükümlerinde, mağdurun rızasına dayanılarak tedbire başvurulup başvurulamayacağı açıkça düzenlenmiş değildir. Biz, mağdurun rızasının iletişimin denetlenmesi bakımından hüküm ifade edeceği kanaatindeyiz. Özellikle mağdurun rahatsız edildiği suçlar açısından rızasının bulunması, denetime başvurulması için yeterli görülmelidir. Ancak her suç için sadece rızaya dayalı olarak iletişimin dinlenilmesi ve kaydı orantılılık ilkesine ve kanunun sınırlarının ihlaline neden olacaktır kanısındayız. Bu nedenle mağdurun rızasının hangi hallerde kabul göreceği tereddütlere yer vermeyecek şekilde açıkça düzenlenmelidir.

İletişimin denetlenmesi tedbiri belli bir süreye tabidir. Mülga 4422 sayılı kanunun 2. maddesinde dinleme ve tespit kararların en çok üç ay için verilebileceği, bu sürenin en çok iki defa üçer aydan fazla olmamak üzere uzatılabileceği düzenlenmişti. Ceza Muhakemesi Kanunumuz da ise, yine en çok üç ay için karar verilebileceği belirtilmiş, ancak bu sürenin, bir defa daha uzatılabileceği vurgulanarak denetim süresi kısıtlanmıştır. Yani süre toplamda 9 aydan 6 aya indirilmiştir. Fakat, 5353 sayılı kanun ile örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından gerekli görülmesi halinde, sürenin bir aydan fazla olmamak üzere müteaddit defalar uzatılmasına hükmedilebileceği benimsenmiştir (CMK m.135/3). Böylece örgüt faaliyeti

çerçevesinde işlenen suçlar için süresiz uygulama imkânı doğmuştur. Örgüt suçları bakımından dahi olsa tedbirin süresiz uygulanması hukuka aykırılık teşkil edebilecektir. Bu nedenle dört, beş ya da sekiz sene gibi bir üst sınır tayin edilmesi aykırılıkları giderecektir.

Mobil telefonun yerinin tespiti için aranacak süre, CMK da ayrıca düzenlenmiştir. Dolayısıyla iletişimin dinlenmesi, kayda alınması, tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin CMK'nın 135. maddesinin 3. fıkrasında aranan süreler mobil telefonun yerinin tespiti açısından uygulanamayacaktır. CMK'nın 135. maddesinin 4. fıkrasında, mobil telefonun yerinin tespitine en çok üç aylık bir süre için hükmedilebileceği ve bu sürenin bir defa daha uzatılabileceği düzenlenmiştir. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak dahi mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin süre değişmeyecek ancak bir defa uzatılabilecektir. Yani müteaddit defalar sürenin uzatılması mümkün olmayacaktır. 14.02.2007 tarihli Yönetmeliğin 12. maddesinde de, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak, gerekli görülmesi halinde, hakim tarafından bir aydan fazla olmamak üzere müteaddit defalar sürenin uzatılabileceği belirtilmiş, ancak mobil telefonun yerinin tespitinde bu hükmün uygulanmayacağı vurgulanmıştır.

Tedbire karar verme yetkisi kural olarak hakime aittir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı karar verebilecektir. Ancak Cumhuriyet Savcısı kararını derhal hakimin onayına sunacak ve hakim, kararını en geç yirmidört saat içinde verecektir. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde, tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılacaktır.

Bu tedbire soruşturma aşamasında sulh ceza hakimliğince karar verilir ve hakimlik kararlarına karşı itiraz kanun yoluna gidilebilir (CMK m.267). CMK'nın 135. maddesindeki hükümlere aykırı olarak verilen kararlar ile yönetmelikte sayılan ve tanımlanan iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemleri dışındaki talepleri içerdiği açıkça anlaşılan kararlara karşı itiraz yoluna başvurulabilir.

Bütün koruma tedbirleri için uygulanan yöntem, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri için de geçerli olacak ve bu tedbir savcılık ile kolluk tarafından yerine getirilecektir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kararların yerine getirilmesi ve iletişim içeriklerinin yok edilmesi başlıklı 137. maddesinde iletişimin

denetlenmesine ilişkin kararların cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlisi tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir.

7 Ağustos 2009 tarihli, 27312 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ve 10.11.2005 tarihli TİB Yönetmeliğinde değişiklik yapılmasına dair yönetmeliğin 5. maddesinde yapılan düzenlemeye göre, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ile salt mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin kararlar ve kararların içeriği, Cumhuriyet savcısınca işlemleri yerine getirmek üzere görevlendirilen kolluk görevlilerinin aidiyet numarası ile birlikte, TİB'in belirleyeceği şekilde elektronik ortamda ilgili kurumlar tarafından TİB'e gönderilecektir. İletişimin tespiti kararları ise fiziki ortamda veya Başkanlığın belirleyeceği şekilde elektronik ortamda gönderilebilecek, kararlar işletmecilere gönderilmeyecektir. Söz konusu kararlar ilgili kurum görevlileri ve TİB tarafından yerine getirilecektir. Bu yönetmelik değişikliği ile daha önce belirtilmeyen mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine ilişkin kararların uygulanması usulü de düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu düzenlemenin yapılması yerinde olmuştur.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri sonunda elde edilen bilgilerle alakalı kayıtlar, kullanıldıktan ya da artık bu bilgilere lüzum kalmadığı kanaatine ulaşıldığı takdirde, kayıtların yok edilmesi gerekmektedir. Ayrıca CMK'nın 137. maddesinin 4. fıkrasında ilgiliye bildirim düzenlenmiş, tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma evresinin bitiminden itibaren, en geç 15 gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığının, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi vereceği belirtilmiştir.

İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması ile elde edilen kayıtlar, öğretide ipucu, doğrudan delil, belge, belirti, tanık beyanı ve keşif konusu şeklinde kabul edilmektedir. Bu kayıtlar, tahrifata uğramadıkları ve hukuka uygun olarak kaydedildikleri takdirde delil olarak kullanılabilirler. Önemli olan bu kayıtların yasak delil hükmünde olmamasıdır. Ayrıca Yargıtay'ın da son verdiği kararlarda belirttiği gibi iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen kayıtların mahkumiyete yeterli olabilmesi için maddi bulgularla desteklenmesi gerekmektedir. Ancak her olayın şartlarına göre ayrı değerlendirmede bulunulması ve bazı durumlarda denetim sonucu elde edilen delillerin mahkumiyet için yeterli sayılması gerektiği kanaatindeyiz.

İletişimin denetlenmesi neticesinde katalog kapsamındaki suçlarla ilgili elde edilen tesadüfi delillerin kullanılması mümkündür. Katalog kapsamında olmayan bir suça ilişkin olarak tesadüfi delil elde edilirse, CMK'nın 138. maddesinde doğrudan katalog kapsamındaki suçlara atıf yapıldığından, bu delillerin hüküm verilirken kullanılması mümkün olmayacaktır. Ancak, bu tesadüfi delillerin kamu görevlileri tarafından derhal savcılığa bildirilmesi gerekeceğinden, her ne kadar bu deliller hüküm verilirken kullanılamayacak ise de, bu delillerin yeni deliller elde edilmesi amacıyla yol gösterici olmalarının kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Koruma tedbirlerine tabi tutulan şüpheli veya sanıkların uğrayacakları maddi veya manevi zararların tazmin edilebilmesi için CMK'nın 141, 142 ve 143. maddelerinde “koruma tedbirleri nedeniyle tazminat” hükümleri düzenlenmiştir. İletişimin denetlenmesi tedbiri de bir koruma tedbiri olduğu halde, bu maddelerde iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Bu nedenle CMK'nın “koruma tedbirleri nedeniyle tazminat” üst başlıklı hükümleri, iletişimin denetlenmesi sonucu zarara uğrayanlar bakımından uygulanamayacaktır. Kuşkusuz, özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyeti gibi hayati öneme sahip temel hakların ihlali sonucunu doğuran bir tedbir nedeniyle uğranılan zararlara tazminat öngörülmemiş olması önemli bir düzenleme hatasıdır.

Özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetinin ihlaline neden olacak bir tedbirin yasal sınırları içerisinde ve usulüne uygun olarak uygulanması gerekir. Yasal sınırların ihlal edilmesinden dolayı ise bir sorumluluğun bulunması ve sorumlunun da gerekli şekilde cezalandırılması gerekir.

Mukayeseli hukuk başlığı altında incelenen ülkelere bakıldığında, aynı şartlar ve şekillerde olmasa dahi, iletişimin denetlenmesine ilişkin düzenlemeler bulunduğu görülmektedir. Bununla beraber, mukayeseli hukuk düzenlemeleri göz önüne alındığında, ülkemizde iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasının daha zor şartlara bağlandığı ve temel haklara müdahale edilmemesi için daha çok özen gösterdiği anlaşılmaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunumuz da yapılan düzenleme ile yasal sınırları çizilen “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” tedbirinin, eleştirilebilir tarafları olmasına rağmen, çağdaş devletler seviyesinde bir düzenleme olduğu sonucuna

varıyoruz. Aynı zamanda, hukuki sınırlara sahip ve hukuk devleti olmanın gereklerine uygun bir çerçeveye sahip olduğumuz kanısındayız.

KAYNAKÇA

- ACURMAN, Hüseyin “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” s.1, <http://www.kocaelibaros.org.tr/dergi/?islem=goster&makale=45>, E.T. 15.10.2008.
- AKGÜL, İhsan, Türk Hukukunda Gizli Dinleme ve görüntüleme Karşısında Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması, Dicle Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, YYLT, Diyarbakır 1999.
- AKIN, İlhan F., Temel Hak ve Özgürlükler, İstanbul 1964.
- AKMANLAR, Bülent, “Avrupa Konseyi Üyesi Bazı Devletlerde Telefon Konuşmalarının Dinlenmesi ve Telekomünikasyonun Kaydedilmesi”, Y.D. C. 8, S. 4, Ekim 1982, (s. 665- 671).
- AKTAN, Hamdi Yaver, “Önleyici İletişim Denetlemesi”, s.1, http://www.haberinyeri.net/Makaleler/Onleyici-Iletisim-Denetlemesi_21593.html, E.T. 15.01.2009.
- AKTAŞ, Sururi, Hayek’in Adalet ve Hukuk Teorisi, Liberte Yayını, Ankara 2001.
- ALDIKAÇTI, Orhan, Anayasa Hukukumuzun Gelişimi ve 1961 Anayasası, İstanbul Üniversitesi Yayını, 2. B. İstanbul 1973.
- ALTIPARMAK, Kerem, “Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu”, TBBD, S. 63 Mart-Nisan 2006, (s. 29 -66).
- ARMAĞAN, Servet, 1981 Anayasasına Göre Temel Haklar ve Ödevler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 3. B. Ankara 2007.
- AVCI, Feyzullah, Ceza Yargılamasında Özel Hayatın Gizliliği Hak ve Hürriyetinin Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller Nedeniyle İhlali, SÜSBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, YYLT, Konya 2006.
- BALTACI, Vahit, Yeni TCK ve CMK’da Terör Suçları ve Yargılaması, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.
- BAYRAM, Levent, “Ses ve Görüntü Kayıtlarının Hukukumuzdaki Yeri”, s.1, http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/26/yeni/web/Levent_BAYRAM.htm, E.T. 21.06.2009.

- BOZBEL, Savaş, “Dinlemeler Gerçekse Delildir”, <http://www.taraf.com.tr/haber/27728.htm>, E. T. 13.02.2009.
- BULUT, Nihat, Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009.
- CENTEL, Nur, “Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 8, S. 1- 3, 1994, (s. 69- 99).
-, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, Beta Yayınları, İstanbul 1992.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Beta Yayınevi, İstanbul 2008.
- CİN, Hadi, “İnsan Hakları, Demokrasi Ve Hukuk Devleti Ekseninde Bilgi Edinme Hakkı”, Akdeniz Üniversitesi SBE, YYLT, Antalya 2005.
- COŞKUN, Enis, “Gizli Dinlemenin Yasası Yok”, s.3. www.milliyet.com.tr/22/01/1999 Entellektüel Bakış, Arşiv, E.T. 18.12.2008.
-, “Telefon Dinleme Tartışması”, s.3, <http://www.ntvmsnbc.com/news/81965.asp>, E.T. 20.12.2008.
- ÇOKSEZEN, Atakan, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Tedbiri Olarak İletişimin Dinlenmesi”, s.3, E.T. 21.01.2009.
- DARENDE, İhsan, “Ceza Yargılamasında Görüntü Ve Ses Kasetlerinin Delil Olması”, <http://hukukcu.com/modules/smartsection/makepdf.php?itemid=147>.
- David Glyndwr Tudor Williams, Keeping the Peace ; The Police and Public.
- DEMİRBAŞ, Timur, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Seçkin Yayınları, 3. B. Ankara 2005.
- DERVİŞOĞLU, İhsan, “İletişimin Denetlenmesi”, Batman Barosu Dergisi, S. 1, Ocak/Şubat/Mart 2009, (s. 13- 17).
- DİKİCİ, M.Fatih, Ceza Hukuku Ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 4. B. Ankara 2005.
- DOĞAN, Yusuf Hakkı, “Gizli Ceza Muhakemesi Tedbirleri (Gizli Koruma Tedbirleri)” s.3, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/145.doc>. E.T. 10.05.2009.
- DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları I, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını.

- DÖNER, Ayhan, “Parlamentar Bağımsızlıklar”, AÜEHFD C.VIII, S.1- 2, Erzincan 2004, (s. 49- 72).
- DÖNMEZER, Sulhi, “Basın ve Hukuku”, 4. B. İstanbul, 1976.
-, “Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 Sayılı Kanunla Kabul Edilen Koruma Tedbirleri”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, İzmir Ekim 2000, (s. 537- 565).
-, “Telefon Dinleme Tartışması”, s.2, <http://www.ntvmsnbc.com/news/81965.asp>, E.T. 20.12.2008.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, “Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım” Beta Yayınları, 12. B. C.II, İstanbul 1999.
- DUTERTRE, Gilles, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar”, İnsan Hakları Genel Direktörü Avrupa Konseyi 2005, s.341. http://www.coe.int/t/e/human_rights/awareness/7._special_projects/key_case_law_extracts_turkish.pdf, E.T. 07.02.2009.
- DÜLGER, İbrahim, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Duruşmanın Açıklığı”, Hukuki Perspektifler Dergisi S.3, Nisan 2005, (s. 110- 113).
- ERÇELİK, Ersan, “Telefon Dinlemece...”, s.1, <http://blog.milliyet.com.tr/Blog.aspx?BlogNo=33011>, E.T. 19.12.2008.
- ERDEM, M. Ruhan/ÖZBEK, V.Özer, “Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000, (s. 249- 304).
- ERDEM, Mustafa Ruhan, “5271 Sayılı CMK’da İletişimin Denetlenmesi”, Hukuki Perspektifler Dergisi S.3 Nisan 2005 (s. 97- 107), “İletişimin Denetlenmesi”.
-, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, **Gizli Soruşturma**.
- ERDOĞAN, Mustafa, “İnsan Hakları”, Hak Konuları Bölümü, İnsan Hakları Başkanlığı Yayını, Ankara 2006.
- EREM, Faruk, “Teknik İlerleme ve Ceza Hukuku”, AÜHF Dergisi, C.xxvii, S. 3-4, (s.15- 26).
-, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, 6. B. Ankara.
- ERGÜL, Ergin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Yargı Yayınevi, 2. B. Ankara 2004.

- ERGÜL, Ozan, “Yargıdan Telefon Dinlemeye Yeni Bir Karar”, s.2, www.yasayanayasa.ankara.edu.tr, pdf, E.T. 30.10.2008.
- FRIEDMAN, Lawrence, Crime and Punishment in American History, Basic Books, New York, 1993.
- GEDİK, Ömer, “Türkiye’de Kitle İletişim Özgürlüğü”, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- GİRİTLİ, İsmet, Günümüzde Haberleşme ve Bazı Sorunları, Filiz Kitabevi, İstanbul 1984.
- GÖKÇEN, Ahmet, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma Ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)”, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:49, Ankara 1994.
- GÖZLER, Kemal, “Türk Anayasa Hukuku Dersleri”, Ekin Yayıncılık, 5. B. Bursa 2008.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması”, Turhan Kitabevi, 6. B. Ankara 2005.
- GÜNAYDIN, Şerife, İnsan Hakları Kapsamında Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması Hakkı, Çağ Üniversitesi SBE Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, YYLT Adana 2007.
- GÜNLER, Kemal, Teoride Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kitle İletişim Özgürlüğü, Atatürk Üniversitesi SBE Kamu hukuku Anabilim Dalı YYLT, Erzincan 2006.
- GÜRAKAR, Z.Özlem, “Ses ve Görüntü Kayıtlarının Delil Değeri”, Prof.Dr. Çetin ÖZEK Armağanı, İstanbul 2004, (s. 443- 456).
- HACIOĞLU, Burhan Caner, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Tutuklama Koruma Etdbirine Seçenek Olarak Düzenlenen Adli Kontrol Koruma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme”, AÜEHFD C.IX, S.1- 2, Erzincan 2005, (s.167- 192).
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Türk Hukuk Düzeninde İnsan Haklarını Kayıtlayan Hükümler”, AÜSBF, İnsan Hakları Dergisi, C.III, S.1, 1995, (s. 8- 34).
- HAKERİ, Hakan, “Ceza Hukuku Genel Hükümler” Seçkin Yayınları, 7. B. Ankara 2008.
-, “Koruma Tedbirleri Nedeniyle ve Yargılamanın Yenilenmesi Halinde Tazminat” HPD S. 3, Nisan 2005, (s.108- 109).

-, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması”, EÜHFD C. I, S.1, Yıl 2006, (s. 21- 36) **“İletişimin Tespiti”**.
- HAKERİ, Hakan/ÜNVER, Yener, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Adalet Yayınevi, 3. B. Ankara 2009.
- HEPER, Yunus, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesi Işığında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Ankara Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, YYLT, Ankara 2007.
- İÇEL, Kayıhan, “Bilimsel Mütalaa”, VIII. Telefon... Başlığı, http://www.bav-savunma.org/tr/belgeler/yeniler/ml_ki.html, E.T. 19.12.2008.
-, “Haberleşme Özgürlüğü”, İÜHFM. C.XLI, S.1-2, 1975, (s. 71- 107).
- İÇEL, Kayıhan/ÜNVER, Yener, “Kitle Haberleşme Hukuku”, Beta Yayınları, 6. B. İstanbul 2005.
- İÇEL, Kayıhan/YENİSEY, Feridun, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, Beta Yayınları, 3. B. İstanbul 1990.
- İMRE, Zahit, “Şahsın Özel Hayatının Korunması”, İHFM Ord. Prof. Dr. Sıdık Sami Onar Hatıra Sayısı, C.xxxix, S.1-4, (s.147- 168).
- İNANKUL, Hakan, “Yasak Sorgu Yöntemleri Ve Bunların Sonucunda Elde Edilen Delillerin Hukukumuzda Ve Batı Hukukundaki Geçerliliği”, UÜSBE Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, YYLT, Eylül 2005.
- İTERPOL-EUROPOL-SİRENE DAİRESİ BAŞKANLIĞI, “ABD ve Bazı Avrupa Ülkelerinde Ceza Muhakemesi Kanunu ile İlgili Uygulamalar”, EGM, Polis Dergisi, Y. 11, S. 44, Nisan-Mayıs-Haziran 2005, (s. 224- 235).
- İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.
- KAHRAMAN, Mehmet, “Koruma Tedbiri Olarak Adli Kontrol”, Atatürk Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı YYLT, Erzincan 2007.
- KALAĞAN, Gökhan, “Parlamentar Sistemde Yasama Meclisi Üyelerine Tanınan Ayrıcalıklar”, Süleyman Demirel Üniversitesi SBED, Y. 2, S. 4, 2006, (s. 74- 83).
- KARAGÖZ, Kasım/BİRTEK, Fatih, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. Maddesi Kapsamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, EÜHFD, C.III, S.2, 2008, (s. 71- 117).
- KARAYAZGAN, Mehmet, “Yeni TCK İle İletişimin Tespiti, Dinlenmesi Ve Kayda Alınması”, Polis Dergisi, S. 44, Nisan-Mayıs-Haziran 2005, (s. 53- 55).

- KARDAŞ, Ümit, “Avrupa Hukuku Açısından Telefon Dinlemenin Analizi”, <http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=699322>, E.T. 30.10.2008.
- KAYMAZ, Seydi, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.
- KAZAN, Turgut, “Organize Suçlarla Mücadelede Koruma Tedbirleri”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, İzmir Ekim 2000, (s. 566- 574).
- KEKLİK, Ramazan, “Ceza Yargılamasında İletişimin Denetlenmesi”, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı Yayını, AD. S. 25, 2006, (s. 226- 250).
- KESKİN, İbrahim, “İletişimin Denetlenmesi”, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı Yayını, AD. S. 33, Ocak 2009, (s.145- 184).
- KILIÇ, Barış, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, s.3, <http://www.turkhukuksitesi.com>. Hukuki İncelemeler Kütüphanesi.htm. E.T. 04.03.2009.
- KİLKELLY, Ursula, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı gösterilmesi Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz İnsan Hakları El Kitapları, No. 1, s. 22.<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm> E.T. 01.12.2008.
- KOCA, Mahmut, “Bir Koruma Tedbiri Olarak Yurtdışına Çıkarmama”, AÜEHFD C.VII, S.1-2, Erzincan 2003, (s.161- 198).
-, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, Seçkin Yayınları, CHD, Y.1, S.2, Aralık 2006, (s. 207- 225), **“Deliller”**.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2008.
- KOYUNCU, Tuğçe, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletimin Denetlenmesi”, Hukuk Gündemi, Ankara 2005, (s. 77- 80).
- KUKUL, Metin, Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Korunması, Marmara Üniversitesi SBE Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, YYLT, İstanbul 2006.
- KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 16. B. İstanbul 2008.
- KÜHNE, Hans-Heiner, “Türk Ceza Muhakemesi Kanunun da Koruma Tedbirleri”, HPD, S. 3, Nisan 2005, (s. 44- 47).
- MAHMUTOĞLU, Fatih S. “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi”, Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi

- (MUYEP) Tebliğleri-II, 23- 28 Ekim 2007, EGM Yayın Kataloğu 444, Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayın N;43, Ankara 2008, (s. 405- 418).
- MALKOÇ, İsmail, “İletişimin Tespiti ve Dinlenmesi”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S.141, 15 Şubat 2009, (s. 3- 20).
- MERAN, Necati, Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Takip, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.
- NUHOĞLU, Ayşe, “Adli Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi İle Teknik Araçlarla İzleme Tedbirine Konu Olan Suçlar”, Yargı Dünyası, S. 128, Ağustos 2006, (s. 9- 13).
- ODER, Burak, “Bilgi Edinme Hakkının Sistem İçindeki Yeri”, *Vatandaşın Bilgi Edinme Hakkı Uluslar Arası Sempozyumu*, http://www.tesev.org.tr/etkinlik/BurakOderTESEV_Ankara_18.10.20051.doc.E.T . 05.03.2009.
- OĞURLU, Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.
- OKAY, Sadık, “Haberleşme Hürriyetine Karşı İşlenen Suçlar”, AD. S. 7, 1954, (s. 849- 862).
- ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.
- ÖZBUDUN, Ergun, “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Ankara, 1997, (s. 265- 295).
-, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 9. B. Ankara 2008.
- ÖZDEMİR, Kenan, “Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, Haberleşme Başlığı, http://www.yayin.adalet.gov.tr/23_sayi%20i%C3%A7erik/Kenan%20%C3%96ZDEM%C4%B0R.htm. E.T. 05.03.2009.
- ÖZDOĞAN, Ali, “Alman ve Fransız Teknik Dinleme Mevzuatları”, EGM. Polis Dergisi, Y.8, S.32, Temmuz-Ağustos-Eylül 2002, (s.14- 16).
- ÖZEK, Çetin, Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, Alfa Yayınları, İstanbul, 1999.
- ÖZEN, Mustafa, “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu”, Seçkin Yayınları, Terazî Aylık Hukuk Dergisi, Y. 2, S. 10, Haziran 2007, (s. 145- 151).

- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 3. B. Ankara, 2008.
- ÖZTÜRK, Bahri, “Özel Hayatın Gizliliği ve Arama”, Manisa Barosu Dergisi, S. 41, Nisan. 1992, (s. 4- 13).
-, “Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Ceza Muhakemesi Hukukundaki Değeri”, Prof.Dr. Seyfullah EDİS’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, (s. 219- 233), “**Ses ve/veya**”.
-, “Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı ve Hayatın Gizli Alanına ve Özel Hayata Karşı Suçlar”, Manisa Barosu Dergisi, S. 22, Temmuz 1987, (s. 32- 59).
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları 11. B. Ankara 2007.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖZBEK, Veli Özer, “Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku”, Seçkin Yayınları 4. B. Ankara 2000.
- ÖZTÜRK, Berna, “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Ankara 2008, (s. 663- 676).
- ÖZTÜRK, Cemal, “Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı, Çeşitleri, Muhtevası, Kaynağı, Ortaya Konması ve Reddi”, Polis Dergisi, S. 44, <http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/index.htm> E.T. 22.06.2009.
- PEKCANITEZ, Hakan, “Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi”, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Haluk Konuralp Anısına Armağan 1, Ankara 2009, s. 789- 850.
- PLEYER, Klemens, Tercüme Eden, KURU, Baki, “Alman Hukuk Usulünde Ses Alma Cihazları ile Tesbit Edilen Seslerin İspat Vasıtası Olarak Kullanılması”, AÜHF Dergisi, C. 16, S. 1-4, 1959, (s. 321- 338).
- SARTIK, İhsan, “Haberleşmenin Denetlenmesi Bağlamında Telefon Dinleme ve Ulusal ve Uluslar arası Hukuktaki Uygulamaları”, AD. S. 12, son bölüm, [ttp://www.yayin.adalet.gov.tr/12_sayi%20i%C3%A7erik/%C4%B0hsan%20SARTIK.htm](http://www.yayin.adalet.gov.tr/12_sayi%20i%C3%A7erik/%C4%B0hsan%20SARTIK.htm). E.T. 22.12.2008.
- SAVELSBERG, Joachim J., CLEVELAND , Lara L., KING, Ryan D., “Institutional Environments and Scholarly Work: American Criminology, 1951-1993”, Social Forces, 82(4), June 2004.

- SEVER, Hanifi, “Adli Nitelikte Bant Kayıtlarının İncelenmesinde Hukuki Durum Ve Belleğe Bağlı Olarak Duyulan Seslerin Hatırlanmasında Suç Soruşturmasına Yön Veren Şüphe Kavramı”, EGM, Polis Dergisi, Y. 11, S. 44, Nisan-Mayıs-Haziran 2005, (s.116- 122).
- SÖZÜER, Adem, “Organize Suçluluk Kavramı ve Batı Ülkelerinde Bu Suçlulukla Mücadele İle İlgili Gelişmeler”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1995, C. 9, S. 1-3, (s.255- 271), **“Organize Suçluluk”**.
-, “Türkiyede ve Karşılaştırmalı Hukukta, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi”, İHFM C.LV, S.3, 1997, (s. 65- 110).
- ŞAHBAZ, İbrahim, İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- ŞAHİN, Ali Oğuz, “Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Kapsamında İletişimin Dinlenmesi ve Tesbiti”, AD. S. 3, s. 6, http://www.yayin.adalet.gov.tr/3_sayi%20icerik/ali%20oguz%20shahin.htm, E.T. 25.12.2008.
- ŞAHİN, Cumhur, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün’e Armağan, Ankara 2009, (s. 1095- 1112).
-, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, **Ceza Muhakemesi**.
- ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, **Gazi Şerhi**.
- ŞAHİN, Cumhur/ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Gazi Külliyyatı, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.
- ŞEN, Ersan, “Anglo Sakson Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı”, İÜMHA Dergisi, No 18, 1990, (s. 83-88), **“Anglo Sakson”**.
-, “Devlet Ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması”, Kazancı Yayınları, İstanbul 1996, **Özel Hayatın Gizliliği**.
-, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, CHD, Ağustos 2007, S. 4, (s. 97- 135).
-, “İnsan Hakları ve Terör Bağlamında Yakalama, Gözaltına Alma, Arama, Elkoyma ve Tutuklama”, Yargı Dünyası, S. 157, Ocak 2009.

-, “Türk Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Hukuka Aykırı Deliller ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 135. Maddesinin Değerlendirilmesi”, Yargı Dünyası, S. 127, (s. 9- 22).
-, “Türk hukukunda telefon dinleme gizli soruşturmacı X muhbir” Seçkin Yayınları, 2. B. Ankara 2008, **Türk Hukuku**.
- TAŞKIN, Mustafa, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi”, Seçkin Yayınları, Ankara 2008.
- TAŞTAN, Mehmet, “Terör ve Terör Suçları”, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı Yayını, AD. S.33, Ocak 2009, (s. 213- 233).
- TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Başkanlığı, "İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Kayda Alınması ve Haberleşme Özgürlüğünün İhlali İddialarının Araştırılması", s.2, http://www.tbmm.gov.tr/komisyoninsanhakortakr_telekulak_pdf, E.T. 08.03.2009.
- TESEV, Vatandaşın Bilgi Edinme Hakkı Uluslar arası Konferansı Konferans Tutanakları, TESEV Yayınları, Mart 2006.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M.Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.
- TEZİÇ, Erdoğan, “Anayasa Hukuku”, Beta Yayınları, 10. B. İstanbul 2005.
- TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş yayınevi, Ankara 2006.
- TOSUN, Öztekın, “8 Nisan 1974 tarihli ve 98 sayılı “Özel Yaşantının ve Haberleşme Serbestliğinin ve Gizliliğinin Korunması Hakkındaki İtalyan Kanunu”, Çeviri, İÜMHAD, Y. 10, 1976, S. 13, (s. 199- 205).
-, “Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme”, İÜHFM. C.XLI, S.3-4, 1975, (s. 85- 108).
-, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri C. I, 4. B. İstanbul 1984.
- Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu”, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Başkanlığı Yayını, Ankara 2005.
- ULUSOY, Ali, Telekomünikasyon Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara 2002.
- UYGUN, Oktay, “Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi”, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg20/uygun.pdf>, E.T. 06.01.2009.

- ÜNAL, Aras, “Türk Ceza ve Ceza Yargılaması Hukukunda Telefon Dinleme”, Mersin Barosu Dergisi, S. 21, (s. 88- 109).
- ÜNVER, Yener, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, SeçkinYayınları, CHD. Y.1, S. 2, Aralık 2006, (s.104- 205),**“Ceza Muhakemesinde İspat”**.
-, “Federal Almanya’da Terör Ve Organize Suçluluk İle İlgili Düzenlemeler”, Nurullah Kuntere Armağan, İstanbul 1998, (s. 385- 464).
- ÜZÜLMEZ, İlhan, “Yazışmaların İhlali Cürmü (Tck. M. 195/1) ve Bu Bağlamda Elektronik Postalara (E-Postalara) Yönelik Saldırıların Durumu”, AÜHFD, C. 53, S. 1, 2004, (s. 147- 171).
- VATAN, Zeki, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2009.
- ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Nihat/BACAKSIZ, Pınar/DOĞAN, Koray, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2008.
- WONG, Thomas, “Regulation of Interception of Communicationsin Selected Jurisdictions”, Research and Library Services Division Legislative Council Secretariat 2 February 2005.
- YALÇINKAYA, Abdurrahman, “Yargıtay Onur Günü Toplantısı Konuşması”, <http://www.haber7.com/haber/20090605/Yalcinkayaya-gore-hukumetin-yontemi.php>, E.T. 05.06.2009.
- YAVUZ, Hakan, “Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, TBB Dergisi S. 60. 2005, (s. 235- 262).
- YAZICIOĞLU, R. Yılmaz, Bilgisayar Suçları, Alfa Yayınları, 1997.
- YENİDÜNYA, A.Caner/DEĞİRMENCİ, Olgun, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları, Legal Yayıncılık, 2003.
- YENİSEY, Feridun, “CMK Soruşturma Evresi ve Amerikan Hukukunda Arama, İfade Alma ve Kolluk Aşamasında Müdafiden Yararlanma Hakkı”, Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, (s.11- 31).
-, “Uluslararası Terörizmle Mücadelede Suç Siyaseti İlkeleri”, s.1, www.feridunyenisey.com.tr, E.T. 15.01.2009.

-, 28.11.2008 Tarihli Erzincan Barosu Seminer Notları.
- YENİSEY, Feridun/ALTUNÇ, Sinan, “İletişimin Denetlenmesi Hakkında”, Ord.Prof.Dr. Sulhi DÖNMEZER Armağanı, C. II, Ankara 2008, (s.1295- 1319).
- YERLİ, Kemal, “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı(Yasak) Deliller”, <http://www.yayin.adalet.gov.tr>, E.T. 10.03.2009.
- YILDIZ, Ali Kemal, “Sevse/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu”, Seçkin Yayınları, CHD, Y.1, S. 2, Aralık 2006, (s. 253- 264).
- YILMAZ, Ejder, “Hukuk Sözlüğü”, Yetkin Yayınları, 5. B. Ankara 1996.
- YILMAZ, Mehmet, “Karşılaştırmalı Hukukta Telefon Dinleme”, YÜSBE, YYLT, İstanbul 2007.
- YILMAZ, Zekeriya, “Adli Kontrol”, Ankara Barosu Dergisi 2006/1, (s. 33- 62).
-, Notlu-Gerekçeli-Genel Açıklamalı Karşılaştırmalı ve Tutanaklı Ceza Muhakemesi Kanunu ve İlgili Mevzuat, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.
- YOKUŞ SEVÜK, Handan, “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, TBBD, S. 69, Mart-Nisan 2007, (s. 97- 124).
- YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Vedat Kitapçılık, 11. B. İstanbul 2005.
- YÜCE, Turhan Tufan, “Temel Hakların Özü Kavramı Ve Sınırlanması Problemi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Recai Seçkin Armağanı, 1974, (s. 637- 656).
- ZAFER, Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm”, Beta Yayınları, İstanbul 1999.

ÖZGEÇMİŞ

09.01.1982’de Adıyaman’ın Kahta ilçesinin Damlacık köyünde doğdu. İlk öğrenimini Damlacık’ta, Orta öğrenimini Kahta ve İstanbul’da tamamladı. 2000 yılında Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi’nde lisans eğitimine başlayarak, 2004 yılında aynı fakülteden mezun oldu. 2005 yılında Erzincan Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza usul Hukuku Anabilim Dalında Araştırma Görevlisi olarak çalışmaya başladı. 2005 -2006 eğitim ve öğretim döneminde Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalında yüksek lisans eğitimine başladı. Halen Erzincan Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza usul Hukuku Anabilim Dalında Araştırma Görevlisi olarak görev yapmaktadır. Evli ve iki çocuk babasıdır.