

**T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA TELEKOMÜNİKASYON
YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

YAKUP NAVRUZ

**ANABİLİM DALI: KAMU HUKUKU
PROGRAMI: KAMU HUKUKU**

KOCAELİ, 2010

**T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA TELEKOMÜNİKASYON
YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

YAKUP NAVRUZ

**ANABİLİM DALI: KAMU HUKUKU
PROGRAMI: KAMU HUKUKU**

**TEZ DANIŞMANI
YRD. DOÇ. DR. İSA DÖNER**

KOCAELİ, 2010

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

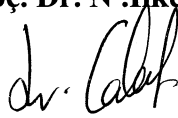
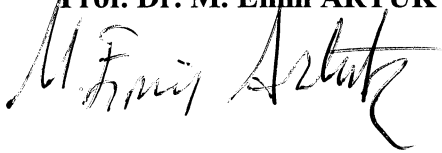
CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA TELEKOMÜNİKASYON
YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tezi Hazırlayan : YAKUP NAVRUZ

Tezin Kabul Edildiği Enstitü Kurulu Tarihi ve No:17/02/2010-2010/05

Prof. Dr. M. Emin ARTUK Doç. Dr. N. İlker ÇOLAK Yrd.Doç. Dr. İsa DÖNER



KOCAELİ - 2010

ÖZET

TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, soruşturma ve kovuşturma aşamasında başvuru olan gizli soruşturma tedbirlerinden biridir. Bu tedbir ceza yargılaması hukukumuza ilk kez 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunuyla girmiştir. Ancak bu düzenleme sadece örgütlü suçlara yönelik özel bir düzenleme olarak yapılmıştı. 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile bu tedbir genel ceza yargılaması hukukumuza girmiştir. Bu çalışmamızda, iletişimin denetlenmesinin nedenlerini, 1982 Anayasasında haberleşme hakkının düzenlenmesini, uluslar arası düzenlemeleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konudaki yol gösterici kararlarını, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeleri incelemeye çalıştık. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine ilişkin mülga 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunundaki ve özellikle 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunundaki yeni düzenlemenin koşullarını, iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen delillerin ceza yargılamasında delil olarak kabul edilebilirliğini incelemeye çalıştık.

ABSTRACT

INSPECTION OF COMMUNICATION THROUGH TELECOMMUNICATION

Inspecting communication through telecommunication is one of the secret investigation means applied during investigation. This means was first regulated with the law, numbered 4422, of Criminal Law which refers to the struggle against organized crime formations. However, this regulation was specifically and only made for organized crimes. Put into practice on June 01, 2005, Criminal Law, numbered 5271, counts this issue within the frame of General Criminal Law. In this study, we tried to discuss the following issues; the reasons why communication should be inspected, regulations with regard to the rights for communication in the constitution, numbered 1982, international regulations in this issue. We also examined guiding decisions of European Human Rights Court determining the criteria, regulations in comparative law. By examining the acceptability of conditions as evidence shown both in the ex law, numbered 4422, of struggle against organized crimes and in the new regulation of law numbered 5271 in the Criminal law concerning the inspection of communication, we tried to find out the validity of the evidence to judge those involved in the Criminal Law.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	i
ABSTRACT.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR

I. KAVRAMLAR.....	4
A. GENEL OLARAK.....	4
B. TELEKOMÜNİKASYON.....	5
C. İLETİŞİM.....	6
D. DENETİM.....	6
E. İLETİŞİMİN DİNLENMESİ.....	7
F. İLETİŞİMİN KAYDEDİLMESİ.....	8
G. İLETİŞİMİN TESPİTİ.....	8
H. SİNYAL BİLGİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	10
I. MOBİL TELEFONUN YERİNİN TESPİT EDİLMESİ.....	11
II. İLETİŞİMİN DENETLENMESİNİN HUKUKİ DURUMU	12
A. GENEL OLARAK.....	12
B. KORUMA TEDBİRİ.....	13
1. Genel Olarak.....	13
2. Koruma Tedbirlerinin Özellikleri.....	15
a. Araç Olmak.....	15
b. Geçici Olmak.....	16
III. DENETİMİN BAZI TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERLE İLİŞKİSİ.....	17
A. GENEL OLARAK.....	17
B. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ.....	17
C. HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ.....	19
IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ.....	21

A. ALMANYA'DA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ.....	21
B. İNGİLTERE'DE İLETİŞİMİN DENETLENMESİ.....	23
C. FRANSA'DA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ.....	25
D. İTALYA'DA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ	27
E. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE İLETİŞİMİN DENETLENMESİ.....	28
F. AVUSTURYA'DA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ	30
V. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ İLE İLGİLİ ULUSLARARASI HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER.....	31
A. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER TARAFINDAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ İLE İLGİLİ YAPILAN ÇALIŞMALAR.....	31
B. AVRUPA ADALET BAKANLARI KONFERANSINDA İLETİŞİMİN DENETLENMESİNE KARŞI ALINAN KARARLAR.....	32
C. AVRUPA BİRLİĞİ ve İLETİŞİMİN DENETLENMESİ.....	33
1- Genel Olarak.....	33
2. İletişimin Denetlenmesi Üzerine Urbino Kongresinde Alınan Tavsiye Kararlar.....	33
D. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE İLETİŞİMİN DENETLENMESİ.....	36

İKİNCİ BÖLÜM

İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN UYGULANMA KOŞULLARI VE DENETİM KARARI

I. İLETİŞİMİN DENETLENMESİNİN UYGULANMA KOŞULLARI.....	40
A. DENETİME TABİ SUÇLAR YÖNÜNDEN.....	40
1. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135/6 ncı Maddesinde Yazılı Suçlardan(Katalog Suçlar) Birinin İşlenmesi.....	40
2. Tedbirin Kapsamının Belirlenmesi.....	44
a. Bağlantılı Suçlar.....	44
b. Suçun Niteliğinin Değişmesi.....	45
3. Katalog Kapsamındaki Suçların Değerlendirilmesi.....	46

B. DENETİME TABİ KİŞİLER YÖNÜNDEN.....	47
1. Şüpheli ve Sanık.....	47
a. Şüpheli.....	47
b. Sanık.....	48
2. Diğer Kişiler.....	49
a. Şüpheli veya Sanığın İletişim Araçlarından Yararlandığı Kişiler İle Şüpheli veya Sanığın Haberleşmesine Aracılık Eden Kişiler.....	49
b. Şikâyetçi veya Mağdur.....	50
3. Denetimi Yasak Olan Kişiler.....	52
a. Tanıklıktan Çekinme Hakkına Sahip Olanlar Hakkındaki Denetim Yasağı.....	53
b. Müdafiler Hakkındaki Denetim Yasağı.....	56
4. Denetimi Özel Usullere Tabi Olan Kişiler.....	60
a. 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanuna Göre Haklarında Soruşturma Yapılması İzne Tabi Kişiler.....	61
b. Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları.....	63
c. Yargıtay Üyeleri.....	67
d. Milletvekilleri.....	68
C. ŞÜPHE YÖNÜNDEN.....	69
1. Şüphe Kavramı ve Çeşitleri.....	69
2. Denetim İçin Gerekli Olan Şüphe.....	70
D. BAŞKA TÜRLÜ DELİL ELDE ETME İMKANININ BULUNMAMASI.....	73
II. DENETİM KARARI.....	77
A. TALEP.....	77
1. Talepte Bulunma Yetkisi.....	77
2. Talepte Bulunması Gereken Hususlar.....	78
B. TEDBİRE KARAR VERME YETKİSİ.....	79
1. Genel Olarak.....	79
2. Soruşturma Aşamasında Yetki.....	80
3. Kovuşturma Aşamasında Yetki.....	82
4. Yer Bakımından Yetki.....	84
C. TEDBİR KARARININ ALINMASI USULÜ, ŞEKLİ ve İÇERİĞİ.....	85
1. Tedbir Kararının Alınması Usulü.....	85

a. Soruşturma Aşamasında.....	85
b. Kovuşturma Aşamasında.....	86
2. Tedbir Kararının Şekli.....	86
3. Tedbir Kararının İçeriği.....	87
a. Genel Olarak.....	87
b. Hâkim Kararı.....	88
c. Cumhuriyet Savcısı Kararı.....	91
D. TEDBİR KARARININ YERİNE GETİRİLMESİ.....	92
1. Genel Olarak.....	92
2. Tedbiri Yerine Getirme Görevi.....	92
3. Tedbirin Yerine Getirilme Şekli.....	94
4. Gizlilik İlkesi.....	95
E. TEDBİRİN SÜRESİ ve TEDBİRİN SONA ERMESİ.....	96
1. Tedbir Kararının Süresi.....	96
a. Genel Olarak.....	96
b. Sürenin Başlangıcı.....	97
aa. Genel Olarak.....	97
bb. Kararın Verildiği An Görüşü.....	98
cc. Kararın Sisteme Tanıtıldığı An Görüşü.....	99
dd. Kararın Başkanlığa Ulaştığı An Görüşü.....	99
c. Sürenin Uzatılması.....	100
2. Tedbir Kararının Sona Ermesi.....	101
a. Genel Olarak.....	101
b. Sona Erme Nedenleri.....	102
aa. Sürenin Sona Ermesi.....	102
bb. Koşulların Ortadan Kalkması.....	102
cc. Hâkim Onayının Alınamaması.....	103
dd. Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar Verilmesi.....	103

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
İLETİŞİMİN DENETLENMESİ SONUCU ELDE EDİLEN KAYITLARIN
İMHA EDİLMESİ, İLGİLİLERE BİLGİ VERİLMESİ VE DELİLLERİN
DEĞERLENDİRİLMESİ

I. KAYITLARIN İMHA EDİLMESİ.....	105
A. GENEL OLARAK.....	105
B. KAYITLARIN İMHA EDİLMESİ GEREKEN DURUMLAR.....	106
1. Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar Verilmesi.....	106
2. Hâkim Onayının Alınamaması.....	107
3. Beraat ve Diğer Kararların Verilmesi	108
C. İMHA EDİLECEK KAYITLAR.....	109
D. İMHA ŞEKLİ ve ZAMANI.....	109
II. TEDBİRİN UYGULANDIĞININ İLGİLİLERE BİLDİRİLMESİ.....	110
A. GENEL OLARAK.....	110
B. BİLDİRİM ZAMANI.....	114
C. BİLDİRİMİN KAPSAMI.....	115
D. BİLDİRİM YAPILACAK KİŞİLER.....	115
III. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ SONUCU ELDE EDİLEN DELİLLERİN	
DEĞERLENDİRİLMESİ.....	116
A. ELDE EDİLEN DELİLLERİN İSPAT BAKIMINDAN DEĞERİ.....	116
B. HUKUKA UYGUN ŞEKİLDE ELDE EDİLEN DELİLLERİN	
DEĞERLENDİRİLMESİ.....	119
C. HUKUKA AYKIRI ŞEKİLDE ELDE EDİLEN DELİLLERİN	
DEĞERLENDİRİLMESİ ve DELİL YASAKLARI.....	120
D. TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	123
SONUÇ	128
YARARLANILAN KAYNAKLAR.....	133

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
BM	: Birleşmiş Milletler
bkz	: Bakınız
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemesi Usul Kanunu
ÇASÖMK	: Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu
DGM	: Devlet Güvenlik Mahkemesi
E	: Esas
GSM	: Global System for Mobile
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
JTGKYK	: Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu
K	: Karar
Md.	: Madde
MİT	: Milli İstihbarat Teşkilatı
PVSK	: Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu
S	: Sayı
s.	: Sayfa
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TC	: Türkiye Cumhuriyeti
TİB	: Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
Vb	: ve benzeri
Vd	: ve devamı

GİRİŞ

Son yıllarda, işlenen suçların niteliklerinde meydana gelen önemli değişikliklerden birisi klasik suçlardaki bireyselliğin yerini organizasyonların almış olmasıdır¹. Klasik suçların soruşturulmasında ve kovuşturulmasında başvuru geleneksel ceza muhakemesi tedbirlerinin organize suç ve suçlularla mücadelede aynı başarıyı gösteremediği görülmüştür.

Teknolojik gelişmeler, bir taraftan suç örgütleri tarafından, suç işlemek amacıyla, diğer taraftan da kolluk kuvvetleri tarafından suç işlenmesinin önlenmesi, şüphelilerin yakalanması ve suç delillerinin elde edilmesi amacıyla daha çok kullanılmaya başlanmıştır. Gelişme gösteren teknolojinin başında da iletişim teknolojisi gelmektedir.

Organize suç örgütlerinin dışı kapalı katı hiyerarşik yapısı ve ceza takibatına karşı temkinli hareket etmesi nedeniyle şüphelinin veya sanığın önceden fark edemeyeceği gizli soruşturma tedbirlerinin uygulanması ihtiyacı doğmuştur.

Gizli soruşturma tedbirlerinden iletişimin denetlenmesi tedbirine de maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla başvurulmaktadır. Ancak mahiyeti gereği bir takım temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıması sebebiyle kesin çizgilerle belirlenmiş, sınırları tespit edilmiş, keyfi müdahalelere ve yorumlara meydan vermeyecek kurallar dahilinde uygulanması gerekmektedir.

1982 Anayasasının 22 nci maddesinde temel hak ve özgürlükler arasında düzenlenen haberleşme özgürlüğü, anayasal güvence altına alınmıştır. Haberleşme özgürlüğü, Evrensel İnsan Hakları Bildirgesinin 12 nci ve AİHS'nin 8 inci maddesinde koruma altına alınmıştır².

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi konusunda, 1412 sayılı mülga CMUK'ta hüküm bulunmamasına rağmen 91 nci maddesinde yer alan postada elkoyma hükümlerinin kıyasen telekomünikasyon yoluyla iletişimin

1 Taşkın, Mustafa, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2008, s.19.

2 Taşkın, a.g.e., s.23.

denetlenmesine de uygulanabileceği yorumları yapılmış ve yasal bir zemin bulunmamasına rağmen bu düzenlemeye istinaden iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması yoluna gidilmiştir.

İnsan haklarını ilgilendiren bu hususun yorumla değil kanunla sınırlandırılabilmesi yönündeki eleştiriler üzerine, 1999 yılında 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ile yasal zemin oluşturulmuştur. Ancak, ÇASÖMK'nın 2 nci maddesinde yer alan tanımın belirsizliği ve düzenlemenin sadece çıkar amaçlı suç örgütlerine yönelik özel bir düzenleme olması karşısında bu düzenlemede eleştirilmiştir.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, ceza muhakemesi kanunu içinde ilk kez ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. CMK'nın 135 ve devamı maddelerinde, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamlı bir şekilde düzenlenerek yasal bir zemine kavuşturulmuştur.

Bu hususta uygulamaya yönelik birde yönetmelik çıkartılmıştır. 10.11.2005 tarihinde resmi gazetede yayımlanan, "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" ile hem adli hemde önleme amaçlı yapılan iletişimin denetlenmesine ilişkin hususlar düzenlenmiştir. Önleme amaçlı yapılan denetim bizim inceleme konumuz dışında kalmaktadır. 14.01.2007 tarihinde resmi gazetede yayımlanan, "Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik" ile de daha özel bir düzenleme yapılarak, CMK'da düzenlenen iletişimin denetlenmesi ve diğer gizli soruşturma tedbirlerinin usul ve esasları belirlenmiştir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin yalnızca ceza muhakemesinde başvuru bir tedbir olmadığını belirtmek gerekir.

Söz konusu tedbire suçun önlenmesi amacıyla veya ulusal güvenlikle ilgili konularda istihbarat amacıyla da başvurulması mümkündür. 5397 sayılı yasayla, 2559 sayılı PVSK'da, 2803 sayılı JTGYK'da ve 2937 sayılı MİT Kanununda yapılan değişikliklerle, polis ve jandarmanın önleme amaçlı, MİT'in ise ulusal güvenlikle ilgili istihbarat faaliyeti kapsamında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurmalarının esas ve usulleri düzenlenmiştir. Bu düzenleme de bizim inceleme konumuz dışında kalmaktadır.

Çalışmamızın birinci bölümde iletişimin denetlenmesi tedbiri ile ilgili temel kavramlar ile iletişimin denetlenmesi tedbirinin temel hak ve özgürlüklerden olan, özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğü ile ilişkisi, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri ile ilgili uluslararası hukukta ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler incelenecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanma koşulları ile tedbir kararının verilmesi süreci ile kararın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar ayrıntılı olarak incelenecektir.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması sonucu elde edilen kayıtların imha edilmesi, hakkında tedbir uygulanan ilgililere bildirimde bulunulması ve elde edilen delillerin değerlendirilmesi konuları incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR

I. KAVRAMLAR

A. GENEL OLARAK

1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi konusunda hüküm bulunmamasına rağmen CMUK'un 91 inci maddesinde yer alan postada elkoyma hükümlerinin kıyas yoluyla telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesine de uygulanabileceği yorumları yapılmış ve yasal bir zemin bulunmamasına rağmen iletişimin denetlenmesi yoluna gidilmiştir. İnsan haklarını ilgilendiren bu hususun yorumla değil kanunla sınırlandırılabilmesi yönündeki eleştiriler üzerine, 01.08.1999 tarihinde yayımlanan 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu (ÇASÖMK) ile yasal zemin oluşturulmuş ve bu kanunda belirtilen örgütlü suçlar bakımından tedbire ilişkin yasal düzenleme yapılmış ve tedbiri ifade etmek için, “iletişimin dinlenmesi ve tespiti” terimi tercih edilmiştir.

Öğretide bu tedbiri ifade etmek için farklı terimler kullanılmıştır. Örneğin, “telefon dinleme”³, “telefon konuşmalarının koruma tedbiri olarak gizli dinlenmesi”⁴, “haberleşmenin dinlenmesi”⁵, “elektronik takip”⁶, “telefon, faks, teleks, bilgisayar gibi araçlarla yapılan haberleşmenin gizlice denetlenmesi”⁷ gibi. Ancak, iletişim teknolojisindeki gelişmelere paralel olarak iletişim araçlarına yenileri katıldığından iletişim araçlarının isimleri belirtilerek bu tedbirin ifade edilmesi isabetli değildir.

5271 sayılı CMK'da bu tedbiri ifade etmek için, “telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi” terimi tercih edilmiştir. Her türlü iletişim

3 Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5.Baskı, İstanbul 2008, s.268.

4 Tosun, Öztek, “Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme”, İHFM, C.41, S.3-4, 1976,s.85 vd.

5 Cihan, Erol/Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1997, s.258.

6 Gökçen, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, Ankara 1994, s. 188.

7 Öztürk, Bahri, Delil Yasakları, Ankara 1995, s.60.

aracı ile yapılan iletişimin denetiminin, tedbirin kapsamında bulunmadığı anlamını vermesi ve ayrıca tedbirin kapsamındaki iletişim araçlarının tek tek sayılması yerine bu araçların hepsini ve teknolojik gelişmelerle birlikte ortaya çıkacak yeni iletişim araçlarını da kapsayacak nitelikte olması nedeniyle 5271 sayılı CMK’da “telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi” teriminin kullanılması isabetli olmuştur⁸.

B. TELEKOMÜNİKASYON

Telekomünikasyonun kelime anlamı, “haberlerin, yazıların, konuşmaların, yazışmaların ya da diğer bilgilerin radyo, tel, uzay aracı ya da başka elektromanyetik sistemlerle iletilmesi yayılmasıdır”⁹. 406 sayılı mülga Telgraf ve Telefon Kanununun 1 inci maddesi ile “Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğ”in 4 üncü maddesine göre, telekomünikasyon, “İşaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını” ifade eder.

CMK’nın 135 ve devamı maddelerine göre denetimi söz konusu olan iletişim özel haberleşmenin denetimidir. Radyo ve televizyon gibi kitle iletişim araçları ile yapılan iletişim ise kitleleri hedef alan bir iletişimdir. Dolayısıyla bu iletişim araçları ile yapılan iletişim bu tedbirin konusunu oluşturmaz. Kanunda “telekomünikasyon” kapsamında kabul edilen iletişim araç ve ortamlarına ilişkin bir sınırlama yapılmamış olup teknolojik gelişmelerle birlikte ileride ortaya çıkabilecek iletişim araç ve ortamları ile yapılan iletişimde bu tedbirin konusunu oluşturacaktır¹⁰.

8 Kaymaz, Seydi, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2009, s.29.

9 Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 4.Bası, Ankara 1992.

10 Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s.48.

C. İLETİŞİM

İletişimin kelime anlamı, “duygu, düşünce veya bilgilerin akla gelebilecek her türlü yolla başkalarına aktarılması, bildirişim, haberleşme, komünikasyondur¹¹.” Teknik anlamda iletişim ise, telefon, telgraf, televizyon, radyo vb. araçlardan yararlanarak yürütülen bilgi alışverişi, muhabere, komünikasyon anlamına gelmektedir. İletişim ve haberleşme kelimelerinin bazen birbirleri yerine kullanıldığı görülmektedir. 5271 sayılı CMK’da ve İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinde iletişimin tanımına yer verilmemiştir. 4422 sayılı mülga Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunun Uygulanmasına ilişkin Yönetmelik’in 4 üncü maddesinde iletişim; “telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyaller, yazılar, resimler, görüntü veya sesler ve diğer nitelikteki verilerin nakledilmesi” olarak tanımlanmıştır.

5271 sayılı CMK’nın 135 vd. maddelerinde düzenlenen iletişim telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim olduğundan kişilerin araya herhangi bir vasıta sokmadan yaptıkları konuşmaların dinlenmesi ve kaydedilmesi incelememizin dışında kalmaktadır. Herhangi bir vasıta kullanmadan yüz yüze yapılan iletişimin dinlenmesi ve kayıt edilmesi CMK’nın 139 vd. maddelerindeki gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirinin konusu olabilir.

D. DENETİM

CMK’nın 135 vd. maddelerinde düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin kapsamını belirlemek açısından “denetim” kavramının kapsamını belirlemek önemlidir. Ancak, önce mukayeseli hukukta bu kavramdan ne anlaşıldığının incelenmesinde yarar vardır. CMK’daki “denetim”i ifade etmek üzere, karşılaştırmalı hukukta kullanılan “interception”¹² kavramına konu itibarıyla daha geniş bir anlam verilmekte ve CMK’da kullanılan “denetim”in aksine, bu kavram telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinden

11 Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, C.I, Ankara 1988.

12 Sözlük anlamıyla “interception” bir yerden bir yere giden eşya veya kişiyi durdurmak veya yakalamak anlamına gelir. (Longman Dictionary of Contemporary English, Third Edition, Harlow 1995, s. 742)

daha geniş bir kapsamda kullanılmaktadır. Amerika’da araya bir vasıta sokulmadan yapılan konuşmaların dinlenmesi ve kaydedilmesi, İngiltere’de diğer posta gönderilerine müdahale edilmesi de “interception” kavramı kapsamında kabul edilmektedir.¹³ CMK’nın 135. maddesinde “denetim”in tanımına ve ne anlaşılması gerektiği husunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. CMK’nın 135. maddesinin başlığı “iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” ise de, maddenin yer aldığı bölümün başlığı “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” şeklindedir. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ile ilgili madde başlığında yer almayan sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespiti, “denetim”in kapsamı içinde kabul edilmiştir.

Birbirinden farklı özelliklere sahip denetim şekilleri olan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirlerinin niteliği dikkate alınarak her tedbir için ayrı ayrı başvuru koşulları belirlenmeli, özellikle gerçek zamanlı olarak iletişimin tespiti geçmiş tarihteki kayıtların istenmesine göre daha sıkı koşullara tabi tutulmalıdır.

E. İLETİŞİMİN DİNLENMESİ

Kelime olarak dinlemek; işitmek için kulak vermek anlamına gelmektedir¹⁴. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesinden, iletişimin gerçekleştiği araç ve ortamda yapılan konuşmaların canlı olarak izlenmesi, işitilmesi anlaşılmalıdır¹⁵. İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinin 9/1 inci maddesinde, “dinleme, iletişimin kayda alınması suretiyle yapılır” denilmektedir. Dolayısıyla dinleme ile kayda alma arasındaki farkı tespit etmek gerekir. Dinleme, konuşmaların canlı olarak izlenmesi, kayda alma ise, dinlenen iletişimin veri taşıyıcısına kaydedilmesidir.

Dinlenen iletişimin olduğu gibi tutanağa yansıyor yansımadığı hususunda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü bakımından iletişimin kaydedilmesi büyük öneme sahiptir. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlendiği

13 Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s.31.

14 Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, C.I, Ankara 1988.

15 Kunter, Nurullah/Yenisay, Feridun/ Nuhoglu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2006, s.705.

bilinen bir olgu olduğundan, suç işleyen kişiler ve özellikle de örgütlü suçlarda örgüt mensupları, kendilerini gizlemek ve suç delili vermemek bakımından şifreli görüşmektedirler. O nedenle, bu tür konuşmaların bir kez dinlenmesi suretiyle anlamını çözmek ve suç delili elde etmek zordur. Bunun için konuşmaların birden fazla kez dinlenmesi veya diğer konuşmalarla birlikte değerlendirilmesi gerekebilir¹⁶. Dinlemeyi yapan görevlinin iletişimi kaydetmeden işittiklerini tutanağa geçirmesi de dinleme sayılmalıdır. Dinleme ile beraber kayıt da yapılacaksa bu hususun kararda açıkça yer alması lazımdır.

F. İLETİŞİMİN KAYDEDİLMESİ

İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinin 4/e maddesine göre, iletişimin 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 ifade eder. Örneğin sabit telefon, cep telefonu ve internet üzerinden gerçekleştirilen telefon görüşmelerinin bir bant, CD veya başkaca uygun bir teknik araçla kaydedilmesi gibi.

Telefon dışındaki diğer telekomünikasyon araçlarıyla yapılan iletişimin denetimi genelde kaydetme şeklinde gerçekleşmektedir. Örneğin, iletim anında faksın ele geçirilmesi kaydetme şeklinde gerçekleşir. İnternet üzerinden gönderilen elektronik posta veya diğer verilerin ele geçirilmesi bu verilerin birer kopyasının üretilmesi şeklinde gerçekleşmektedir ki¹⁷ bu da kaydetme kapsamına girer.

G. İLETİŞİMİN TESPİTİ

TİB Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin 4/f maddesine göre, iletişimin 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 eder. Buna göre iletişimin tespiti, iletişimin içeriğini öğrenme amacı taşımayıp, şüpheli veya sanığın

16 Öztürk, Bahri/Erdem, M.Ruhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11.Baskı. Ankara 2007, s.638.

17 Keskin, Serap, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Bağlamında Avrupa Siber Suç Politikasının Ana İlkeleri”, İHFM, C.59, 2001, s.173.

kimlerle, ne zaman, nerede ve ne süreyle görüştüğünün belirlenmesi anlamına gelir. İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinde yapılan tanımda, iletişim kurulmak istenen cihazın kapalı olması, cevap vermemesi veya ulaşılamaması gibi başarısız arama girişimlerinin tespiti, iletişimin tespiti kapsamında olup olmadığı hususunda bir açıklık mevcut değilse de, bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir.

Doktrinde bazı yazarlar, iletişimin bu şekilde anlamalarına rağmen¹⁸, bu terime farklı anlamlar da yüklenmiş; iletişimin içeriğine müdahale etmeden şüpheli veya sanığın kiminle, ne zaman, ne kadar süreyle görüştüğüne dair bilgiler, “detay bilgileri” ve “dış bağlantı verileri” olarak adlandırılmış ve bu tür bilgilerin elde edilmesinin CMK’nın 135 inci maddesindeki usul ve esaslara tabi olmadığı, özellikle telefonla taciz, hakaret gibi suçların aydınlatılması amacıyla, haberleşme hizmeti sunan kurumlarda ücretlendirme amacıyla tutulan bu gibi bilgilerden yararlanılmasına CMK’nın 135. maddesinin engel olmadığı ileri sürülmüştür¹⁹. Uygulama da bu doğrultudadır. Doktrinde “detay bilgileri” olarak adlandırılan veriler katalog harici suçlarda da TİB tarafından bu bilgileri talep eden Cumhuriyet Savcılıklarına ve Mahkemelere gönderilmektedir. Ancak yine bu bilgiler de mahkeme kararı ile istenilmektedir. Kanaatimizce iletişimin tespiti ancak CMK’nın 135. maddesinde belirtilen usul ve esaslara göre yapılmalıdır.

Yüksek Mahkememizin görüşü de bu yöndedir. Yargıtay 5.Ceza Dairesi, Adalet Bakanlığınca kanun yararına bozma talebi üzerine vermiş olduğu kararda; “soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı telefonuyla yaptığı görüşmelere ilişkin detay bilgilerinin, yani telefonla yapılan bağlantıların kimlerle ve ne zaman yapıldığının belirlenmesi anlamına gelen “tespit” yukarıda belirtilen CMK’nın 135 inci maddesinin 6 ncı fıkrası kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle hangi suça ilişkin olursa şüpheliye ait telefonda kimlerle, ne zaman görüşüldüğüne dair “tespit”in CMK’nın 135/1 inci maddesi uyarınca hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla mümkün” olduğuna hükmetmiştir²⁰. Ancak Yüksek Mahkememiz aksi yönde kararlar da vermiştir.

18 Özbek, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s.421.

19 Öztürk, Erdem, a.g.e., s.630.

20 Yargıtay 5. CD. 1.10.2005, 2005/14969 E, 2005/20489 K. Bakanlığın yazılı emir talebinden, iletişimin tespiti ile sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve telefonun yerinin tespiti tedbirlerinin birbirlerine karıştırıldığı görülmektedir. Talepte, “mağdure ve şüpheliye ulaşmak için cep telefonu

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin yakın tarihlerde vermiş olduğu bir kararda, Cumhuriyet savcısının CMK'nın 160 ve 161 inci maddesinde düzenlenen genel soruşturma yetkisi çerçevesinde hâkim kararı olmadan iletişimin tespitine ilişkin kayıtları ilgili kurumlardan isteyebileceği belirtilmektedir²¹. Cumhuriyet savcısının şikâyetçi ve mağdurun talebi üzerine genel soruşturma yetkisi çerçevesinde şikâyetçi ve mağdurun iletişimini tespit etmesi mümkün ise de şüpheli veya sanığın iletişiminin tespiti için hâkim kararı lazımdır.

H. SİNYAL BİLGİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

CMK'nın 135 inci maddesinin 5353 sayılı yasa ile değişiklik yapılmadan önceki ilk halinde sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri yer almıyordu. Bu değişiklik ile ilave edilmiştir. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinin 4/1-ı maddesinde, “İletişimin içeriğine müdahale niteliğinde olmayıp yetkili makamdan alınan karar kapsamında sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemleri” şeklinde tanımlanmıştır. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri, ancak CMK'nın 135/6 ncı maddesinde sayılan katalog suçlar bakımından uygulanabilir.

GSM operatörlerinin kurmuş oldukları baz istasyonları belli bir kapsama alanı oluşturmaktadır. Bu kapsama alanında bulunan telefonlar, baz istasyonu ile sinyal alışverişi yapmakta, haberleşme de telefonun düzenli aralıklarla göndermiş

ile yapılan iletişimin tespiti gerekli olup, bu tespit telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi olmayıp Cumhuriyet savcısının bilgi edinme ve delil toplama sebestisi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği, kaldı ki cep telefonu ile iletişimde kullanılan baz istasyonlarının tespiti, mağdure ve şüphelinin bulunduğu yeri belirlemede etkili olacağı, özellikle yaygın olarak işlenen suçlardan olan büyükbaş hayvan hırsızlığında suç yeri yakınında bulunan baz istasyonlarını kullanan o yere ait olmayan numaraların tespiti ve cep telefonu hırsızlıklarında da imei numarası takibi ile çalınan cep telefonu ve failin belirlenmesi sureti ile gerçek faille ulaşılmasının mümkün olduğu, aksi durumda suç işleyen faillerin takipsiz kalması sonucunun doğacağı, bu durumlar nazara alındığında iletişimin tespitinin gerektiği” belirtilmiştir.(Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı UYAP Mevzuat Programı İçtihat Ekranı)Erişim 12.10.2009.

- 21 Bodrum C.Başsavcılığınca yapılan bir soruşturma kapsamında, Cumhuriyet savcısının iletişimin tespiti niteliğindeki talebinin sulh ceza mahkemesince reddedilmesi, bu karara karşı yapılan itirazın da reddi ve kanun yararına bozma talebi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 8. Ceza Dairesi, “Cumhuriyet savcısının, iletişimin tespiti uygulamasını 5271 sayılı CMK'nın 160 ve 161. maddelerinde öngörülen genel soruşturma yetkisi çerçevesinde değerlendirilerek çözüme kavuşturulması olanaklı ... olduğu” gerekçesiyle, Adalet Bakanlığının kanun yararına bozma talebini yerinde görmemiştir. (Yargıtay 8. CD. 23.11.2007. 2007/8616 E, 2007/8160 K. Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s.115, dipnot.313)

olduğu sinyale baz istasyonunun vermiş olduğu cevapla sağlanmaktadır. Belli bir zaman diliminde belli bir yerde hangi telefonların bu yerin kapsama alanı içinde bulunduğu baz istasyonuna sinyal gönderdiği incelenmekte ve böylece soruşturma ve kovuşturmada yararlı olabilecek bazı bilgilere ulaşılmaya çalışılmaktadır²².

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinde esas olarak kararın verildiği tarihten önceki sinyal bilgileri talep edilerek bu bilgilerden bazı sonuçlar çıkarılmaya çalışılmaktadır. Ancak, gerek CMK'nın 135 inci maddesi ve gerekse de İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği hükümlerine göre, kararın verildiği tarihten sonraki kayıtların istenmesine engel bir durum yoktur.

Koruma tedbirleri niteliği itibarıyla şüpheli ve sanığa yönelik olduğu halde sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinde suç şüphesi altında olmayan çok sayıda kişinin iletişimi de tespit edilmektedir. Suç şüphesi altında olmayan kişilerin iletişiminin tespit edilmesi nedeniyle bu denetim şeklinin uygulanmasında dikkatli davranılmalıdır.

I. MOBİL TELEFONUN YERİNİN TESPİT EDİLMESİ

Mobil telefonlar kapsama alanı içinde bulundukları baz istasyonu ile sinyal alışverişi yapmakta ve iletişimde bu sinyal alışverişi neticesinde gerçekleşmektedir. Mobil telefonun kapsama alanında olduğu baz istasyonuna göndermiş olduğu sinyal bilgilerinden sinyali gönderen telefonun numarası, yer bilgisi belli olmaktadır, buna yer verisi de denir.

CMK'nın 135/4 üncü maddesinin 5353 sayılı yasa ile değişiklik yapılmadan önceki ilk halinde, şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için “kullanmakta olduğu mobil telefonun yeri”nin tespitinden söz edilmişti. Yapılan değişiklikle “kullanmakta olduğu” ibaresi çıkarılmıştır. Buna göre, 5353 sayılı yasa ile değişik CMK'nın 135/4 üncü maddesi gereğince, şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi amacıyla “mobil telefonun yeri”nin tespiti mümkün olacaktır. Bu şekilde şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için yalnız şüpheli veya sanığın değil

22 Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku, Gazi Şerhi, Ankara 2006, s.381.

buna yardımcı olabilecek şüpheli veya sanık dışındaki kişilere ait mobil telefonların yerinin tespiti de mümkün hale gelmiştir.

CMK'nın 135/6 ıncı maddesinde, “Bu Madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir” denmiştir. Böylece sadece 135/6 ıncı maddesinde yazılı katalog suçlar bakımından uygulanabilecek tedbirler belirtilirken mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine yer verilmemiş ve bu tedbire bütün suçlar bakımından başvurulması imkânı sağlanmıştır.

II. İLETİŞİMİN DENETLENMESİNİN HUKUKİ DURUMU

A. GENEL OLARAK

Suç işlendikten sonra ceza muhakemesinin görevi başlar. Suç işlendikten sonra devletin soruşturma ve kovuşturma organlarının suç ve suçluyu ortaya çıkarma ve cezalandırma görevi doğar. Bir suçun işlenip işlenmediği, işlenmişse kim tarafından ne şekilde işlendiğini açıklayan araçlar olarak tanımlanabilecek deliller her zaman açıkta ve orta yerde olmayabilir²³. Bu durumda delil elde edilebilmesi için bazı vasıtalara, araçlara ihtiyaç vardır. Örneğin, suç delillerinin elde edilmesi için arama yapılması, suçu aydınlatma yönünden faydalı olan eşyaya elkonulması gibi. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması yanında, verilen kararın kâğıt üzerinde kalmaması ve yerine getirilebilmesi lazımdır. Bunun için de şüpheli veya sanığın yakalanması veya tutuklanması gerekebilir. İşte, ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yapılmasını veya yapılan yargılama sonunda verilen kararın yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, kural olarak ceza muhakemesinde karar verme yetkisini haiz olanlar tarafından geçici olarak başvuru ve hükümden önce temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi gerektiren geçici yasal çarelere koruma tedbiri denilmektedir²⁴.

Günümüzde organize suçluluğun giderek artması, teknolojinin sunmuş olduğu araçların suç işlemekte kullanılmasıyla yukarıda sözü edilen klasik koruma tedbirleri ile artık suçların aydınlatılması çok zorlaşmıştır. Özellikle organize suç

23 Tosun, Öztekin, Türk Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, C.1, İstanbul 1984, s.707.

24 Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s.234.

örgütleri hem içeriye hem de dışarıya karşı kendilerini gizleme yoluna gitmektedirler. Bazen sınır ötesi boyuta da ulaşan bu örgüt içi iletişim ve bilgi akışı örgüt mensubu şahıslar aracılığıyla yapıldığı gibi modern teknolojinin sunmuş olduğu iletişim araçlarından da yararlanılmaktadır. O nedenle, bazı yeni tedbirlere ihtiyaç duyulmuş, bu ihtiyacın bir ürünü olarak da 5271 sayılı CMK’da gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri düzenlenmiştir.

Suç işlendikten sonra delil elde etme amacıyla iletişimin denetimi bir koruma tedbiridir. İnceleme konumuz olan denetim de, koruma tedbiri niteliğindeki denetimdir. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetimi bir koruma tedbiri olduğuna göre koruma tedbirlerine başvurulması için aranan koşullar bu tedbir bakımından da aranacaktır. Buna göre, koruma tedbiri olarak denetim tedbirine başvurulabilmesi için, tedbirin yasayla düzenlenmesi, gecikmede tehlike bulunması, belli bir yoğunlukta şüphe olması, geçici olması ve oranlılık ilkesine uygun olması lazımdır. Nitekim koruma tedbirlerine ilişkin bazı koşullar tedbirin düzenlendiği CMK’nın 135 inci maddesinde gösterilmiştir.

Bir koruma tedbiri olması nedeniyle iletişimin denetimine ancak işlenmiş bir suçla ilgili olarak başvurulabilir. Ayrıca, bu tedbire başvurulabilmesi için suçun soruşturulmasına veya kovuşturulmasına başlanmış olmalıdır. Nitekim 5271 sayılı CMK’nın 135/1 inci maddesinde iletişimin denetlenmesi tedbirine “bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada” başvurulabileceği belirtilmektedir. CMK’nın 135/4 üncü maddesinde düzenlenen denetim şekillerinden mobil telefonun yerinin tespitinin amacı, şüpheli veya sanığın ele geçirilmesidir.

B. KORUMA TEDBİRİ

1. Genel Olarak

Ceza muhakemesi hukukunda gerek yargılamanın sağlıklı bir şekilde yapılmasını gerekse verilen kararların sağlıklı bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak için hükümden önce bazı tedbirlerin alınması gerekebilmektedir²⁵.

25 Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 12.Bası, İstanbul 2007, s.395-396.

Ceza muhakemesi tedbirlerinde maksat ceza muhakemesinin gecikmeksizin yapılabilmesini, uyuşmazlığın konusunu oluşturan somut olaya uygun bir karar verilebilmesini ve verilen kararın uygulanabilmesini sağlamaya yönelik tedbirlerdir. Ceza Muhakemesi tedbirleri kişilerin Anayasa ile korunan temel hak ve özgürlüklerini sınırlandıran tedbirler olduğundan, kanunilik ilkesi bu tedbirler yönünden de söz konusudur. Hatta bu tedbirlerden bazıları kişi hak ve özgürlüklerini diğerlerine nazaran çok daha fazla etkilediğinden doğrudan doğruya Anayasa tarafından düzenlenmiştir²⁶.

Koruma tedbiri, hukukun diğer dallarında da rastlanılan bir müessese olup tehlike dediğimiz ve korktuğumuz “zarar ihtimali”ne karşı aldığımız tedbirleri ifade eden “tehlike tedbiri” nin bir çeşididir. Bu tedbir de iki çeşittir. Bir çeşidi, uzak tehlikeyi önlemeye çalışır ki bunlara “önleme tedbiri” denilir. Yahut, tehlike yakın olup önlemek için çok geçtir ve kendimizi ancak tehlikeli sonuçtan koruyabiliriz ki, bunlara da “koruma tedbiri” denilir²⁷.

Koruma tedbirini önleme tedbirinden ayıran birinci nokta, tehlikenin birinde yakın, diğerinde uzak olmasıdır. Birincilerde bu yüzden derhal, yani gecikmeden bir tedbir almak zorunluluğu vardır. İkinci fark ise önleme tedbirlerinde korunacak bir hakkın bulunması şartı arandığı halde, koruma tedbirlerinde gecikemezlik sebebiyle hak aranmamakta haklı görünüş ile yetinilmektedir²⁸.

Türk doktrinde bu tedbirler için Kunter, Yenisey, Centel'in “koruma tedbiri” ifadesini kullandıkları; Yurtcan'ın “ceza yargılaması önlemi”; Taner'in “ihtiyati tedbir” kavramını kullanmayı tercih ettiği görülmektedir²⁹.

Koruma tedbirleri, zamanın geçmesinin muhakeme üzerindeki olumsuz etkilerini hafifletmeğe yarar. İşte bu etkileri hafifletmek için; sonra ortadan kalkmasından korkulan muhakeme araçları ve delilleri koruma altına alınmakta,

26 Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku, Ankara 2005, s.193.

27 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.759.

28 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.759.

29 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.759.

saklanmaktadır. Zamanı gelince de söz konusu muhakeme araçları ve deliller saklandığı yerden çıkarılmakta ve bunlardan faydalanılmaktadır³⁰.

Koruma tedbirleri, olay anındaki durumu mümkün olduğu kadar muhafaza edip yargılama süresince aynı kalmasını sağlar³¹.

2. Koruma Tedbirlerinin Özellikleri

Ceza yargılamasının temel amacı maddi gerçeği bulmak ve kararların uygulanırlığını sağlamak olduğuna göre koruma tedbirlerinin en önemli özellikleri, geçici ve araç olmalarıdır³².

a. Araç Olmak

Koruma tedbiri kendi başına bir mana ifade etmeyen, muhakeme boyunca eski durumu yaşatmak veya verilecek kararın yerine getirilebilirliğini sağlamak için kullanılan bir araçtır. Muhakemenin tümü bakımından geçerli olan bu durum, bazı defa doğrudan doğruya, bazı defa dolayısı ileler. Dolayısıyla araç oluş, başka bir vasitanın vasıtası oluştur. Örneğin yakalama, tutuklama bakımından bir vasıta³³.

Koruma tedbirleriyle delillere ulaşmakta ve ulaşılan deliller korunmaktadır. Koruma tedbirleri, ceza muhakemesinin maddi gerçeği bulma amacını yerine getirilebilmesi için araçtırlar. Koruma tedbirlerinin araç olma niteliği, tedbire başvurma amaç değil, başka bir işlemin gerçekleşmesine yarayacak olmasını ifade eder. Örneğin, yakalama, tutuklamaya; tutuklama ise sanığın muhakemede hazır bulunmasının sağlanmasına, delillerin ortaya konulabilmesine veya muhtemel hapis cezasının infazına yarayacaktır³⁴.

Bu tedbirler yaptırım sayılmadığı için, yaptırımlarda uygulanan “non bis in idem” yani, aynı fiil için iki kere ceza verilemez kuralı bunlarda uygulanmaz. Bu tedbirler birden fazla olabileceği gibi; biri bir diğerinin yerine geçebilir veya birbirinin yardımcısı da olabilir. Örneğin, bir kimsenin iletişimi denetlenmiş, evi

30 Tosun, a.g.e., s.818.

31 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.760.

32 Yurtcan, a.g.e., s.309.

33 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.762.

34 Centel/Zafer, a.g.e., s.280.

aramaya tabi tutulmuş, daha sonra tutuklanmış olabilir. Bu durumda üç koruma tedbirinin arka arkaya uygulandığı görülmektedir. Bir kimsenin tutuklanması için önce yakalanması, yakalanması için girdiği yerde önce aranması durumunda, arama yakalamanın, yakalama da tutuklamanın aleti durumundadır³⁵.

Koruma tedbirlerinin araç olması muhakeme bütünü bakımındandır. Bu sebeple, koruma tedbirleri kesin bir şekilde sınıflandırılmamakta, sınıflandırmalar hâkim vasıflara göre yapılmaktadır. Yine bu sebeptir ki, bu tedbirlerin değiştirilebilmesi, birinden diğerine geçilebilmesi, bir kaçının bir arada uygulanabilmesi de mümkündür³⁶.

Koruma tedbirlerinin araç olma özelliğinden doğan sonuç ise, bu tedbirlerin tek başlarına bir varlıklarının bulunmayışıdır³⁷.

b. Geçici Olmak

Koruma tedbirlerinin geçici oluşu, bazen sadece zamanla sınırlama manasındadır. Mesela yakalama, en yakın mahkemeye götürülmek için gerekli süre hariç, suçuna göre 48 saatten veya 4 günden fazla sürmeyecek (AY. md. 19/5), sanığın gözlem altına alınması uzatmalarla en çok üç ay devam edebilecektir (CMK md. 74). Yakalamada (yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç) 24 saat ve toplu suçlarda 4 gün sınırı vardır (CMK md. 94). CMK'nın 135 inci maddesinde iletişimin denetlenmesi tedbirinin en çok üç ay için uygulanabileceği ve bu sürenin bir defa daha uzatılabileceği belirtilmiştir. 5271 sayılı CMK'ya 5353 sayılı kanunla eklenen madde uyarınca örgütlü suçlar bakımından tedbirin uygulanma süresine bir istisna getirilmiştir. Buna göre, “örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde hâkim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir” denilmiştir. Ancak, koruma tedbirinin geçici olmasından maksat, sürenin açıkça gösterilmesi değildir.

35 Tosun, a.g.e., s.823.

36 Kunter/Yenisay/Nuhoglu, a.g.e., s.762.

37 Kunter/Yenisay/Nuhoglu, a.g.e., s.764.

Geçici olmak, sürenin gösterilmesini zorunlu kılmaksızın en geç Anayasa’ da ve CMK’ da tutuklama ve yakalama için gösterilen belirli azami süreler dolduğunda artık şüphelinin serbest bırakılarak koruma tedbirinin sona erdirilmesini içerdiği gibi tedbirin haklılığını gösteren sebeplerin ortadan kalkması halinde tedbirin sona ermesini de ifade eder. Tutuklama kararı verilince, geçici olan “yakalama” tedbiri sona erdiği gibi, mesela beraat hükmü verilince geçici olan “tutuklama” tedbiri de sona erer³⁸.

III. DENETİMİN BAZI TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERLE İLİŞKİSİ

A. GENEL OLARAK

Haberleşme hürriyeti Anayasamız ile doğrudan güvence altına alınmıştır. 1982 Anayasasının 22/1 inci maddesinde herkesin haberleşme hürriyetine sahip olduğu belirtildikten sonra, haberleşmenin gizliliği esastır, denilmektedir. Haberleşme hürriyeti ve gizliliğinin güvence altına alındığı 1982 Anayasasının 22 nci maddesi, “özel hayatın gizliliği ve korunması” başlığını taşıyan Anayasanın beşinci bölümünde düzenlenmiştir. İletişim özgürlüğü ve gizliliği özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilmiştir. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim özgürlüğü ve gizliliği Anayasanın 22 nci maddesinin koruması altında olup, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin gizliliğine müdahale edilmesi de iletişim özgürlüğü ve gizliliği ilkesini ihlal edeceği gibi özel hayatın gizliliği ilkesini de ihlal edecektir. Anayasamızın sağladığı bu koruma ile özel hayatın gizliliği mekan itibariyle genişlemiş bulunmaktadır³⁹.

B. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ

Özel hayatın gizliliği, Anayasamızın kişinin hakları ve ödevleri bölümünde temel bir hak olarak düzenlenmiştir. Bu bölümde yer alan diğer haklar gibi özel hayatın gizliliği, dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez bir hak ve özgürlüktür. Özel hayatın gizliliğinin korunması büyük önem taşımakla beraber, özel

38 Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, a.g.e., s.762-763.

39 Erdem, M.Ruhan, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadele ve Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara 2001, s.126.

hayat ve özel hayatın gizliliği kavramlarının tanımını yapmak ve bu kavramların tanımını yapmak oldukça güçtür. Özel hayat ve özel hayatın gizliliğine ilişkin yapılacak tanım, sosyal gelişmeler ve teknolojik ilerlemeler karşısında yetersiz hale gelebilir. Bu bakımdan özel hayatın kesin bir tanımını yapmak ve sınırlarını çizmek mümkün değildir⁴⁰.

Hukukumuzda da genel olarak kabul gören bir görüşe göre, kişinin başkalarıyla olan ilişkileri gizlilik bakımından iç içe geçmiş çemberlere benzetilebilir. Çekirdek benlik olarak nitelendirilebilecek olan en iç çemberde, kişinin kimseyle paylaşmadığı mutlak sırları, onun en gizli duyguları, düşünceleri yer alır. Özel hayat alanı da denilen ikinci çember de kişinin ailesi, yakınları ve arkadaşları gibi sıkı ilişki içinde bulunduğu sınırlı sayıdaki kişilerle paylaştığı duygu, düşünce ve yaşam biçimi yer alır. Hukuk düzenince koruma altına alınan; özel hayat ve hayatın gizli alanıdır. Özel hayatın gizliliği denilince bu iki alan anlaşılmalıdır⁴¹. Özel hayat nisbi bir korumaya sahip olduğu halde, hayatın çekirdek alanı da denilen gizli alanın mutlak bir korumaya sahip olduğu kabul edilmektedir⁴².

Günümüzde özel hayatın gizliliğine yönelik en büyük tehdit, iletişim teknolojisinin kendisinden gelmektedir. Teknolojinin gelişmesi ile kişilerin özel hayatlarına müdahale edebilecek araçların üretilmesi ve çoğalması özel hayatın gizliliği bakımından büyük tehlike oluşturmaktadır. Özel hayatın gizliliğine yönelik ciddi saldırılar genellikle devletten gelmektedir ve Anayasanın kişilik hakları ve ödevleri bölümünde düzenlenen diğer haklarda olduğu gibi özel hayatın gizliliğine ilişkin hükümler, devlet tarafından dokunulamayacak ve aşılamayacak özel alanın sınırlarını çizmektedir⁴³. Özel hayatın gizliliğine karşı kişiler tarafından yapılacak tecavüzler suç sayılmak suretiyle özel hayatın gizliliği TCK'nın 132-140 ıncı maddelerinde koruma altına alınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Malone-İngiltere davasında; Davaya konu olayda antika satıcısı Malone'a çalıntı malı elinde bulundurma suçu isnat

40 Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s.70.

41 Özbudun, Ergun, "Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği", AÜHFD, 50. Yıl Armağanı, C.1, Ankara 1977, s.265.

42 Kunter, Yenisey, Nuhoglu, a.g.e., s.998.

43 Uzeltürk, Sultan, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul 2004, s.7.

edilmiş, yargılama sonucunda dava beraatla sonuçlanmıştır. Dava sırasında başvuru Malone'nun hakkında dava açılmadan önceki tarihli bir konuşmasının polis tarafından dinlendiğinin ortaya çıkması üzerine, iç hukuktaki tazminata yönelik müracaatı reddolunması üzerine başvuru AİHM'ne müracaat etmiştir⁴⁴.

Mahkeme söz konusu müdahalenin iç hukukta bir temelinin olması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Ayrıca hukuka uygun olarak denetim yapılırken kastedilen hukuka uygunluğun, sadece iç hukuka değil aynı zamanda AİHS' nin başlangıç bölümünde ifade edilen hukukun üstünlüğünü de kapsayacak şekilde hukukun kalitesiyle ilgili olduğunu belirtmiştir. Özel yaşam ve haberleşmeye saygı haklarına karşı, kamu makamlarının hangi şartlar içinde ve hangi hallerde bu gizli ve potansiyel olarak tehlikeli müdahaleye başvurmaya yetkili oldukları konusunda yeterli göstergeleri sunabilmek için yeterince açık olması gereğine işaret etmiştir.

Dava sonucunda mahkeme özel yaşama ve saygı haklarına yapılan müdahalelerin hukuka uygun olarak yapılmamış olduğunu, demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olarak kötüye kullanmaya karşı yeterli güvenceye sahip olmadığını kabul etmiştir⁴⁵.

Bu karar üzerine İngiliz Parlamentosu kararda belirtilen kriterleri karşılamak amacıyla iletişimin denetlenmesine ilişkin yasal düzenlemeye gitmek zorunda kalmıştır.

C. HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

Haberleşme özgürlüğü Anayasamızın kişinin hakları ve ödevleri bölümünde, özel hayatın gizliliği ve korunması başlığı altında düzenlenmiştir. Haberleşme özgürlüğü ve gizliliği bir yandan özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilmiş, öte yandan bağımsız bir temel hak olarak düzenlenmiştir⁴⁶. Temel bir hak olarak düzenlenen haberleşme özgürlüğü ve gizliliği hakkı, bireye hem devletten hem de özel kişilerden gelecek saldırılara karşı koruma sağlamaktadır. Söz

44 Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, İstanbul 2002, s.762.

45 Doğru, a.g.e., s.763.

46 Şen, Ersan, "Türk Hukukunda Telefonların Gizlice Dinlenmesi Sebebiyle Gündeme Gelen Hukuka Aykırılık Sorunu ve Kişi Haklarına Keyfi Müdahaleler", Prof. Dr. Sahir Erman Armağanı, İstanbul 1999, s.724.

konusu korumadan yabancılar da yararlanır⁴⁷. Anayasamızda iletişim özgürlüğü ve iletişim gizliliği hakkı düzenlendiğine göre, iletişimin gizliliğinin dayanağını başka maddelerde arama ihtiyacı bulunmamaktadır. Çünkü aynı konu hakkında genel ve özel nitelikte hükümlerin birlikte bulunması halinde özel hükmün uygulanması gerekir⁴⁸. Ancak, özel nitelikteki hakkın varlığı daha genel nitelikteki hakların sağladığı korumayı gereksiz hale getirmez.

Anayasanın 22 nci maddesinde sözü edilen haberleşme hürriyeti ve gizliliğinden, bireysel haberleşme hürriyeti ve gizliliği anlaşılmalıdır. İletişim özgürlüğü ve gizliliğine ilişkin hükümler ile bireylerin kamuya açık olmayacak şekilde çeşitli iletişim araçlarıyla yaptıkları görüşmeler, düşünce açıklamaları, bilgi ve veri alışverişinin okunması, kaydedilmesi, dinlenmesi ve ele geçirilmesine karşı koruma sağlanmak istenmiştir⁴⁹.

Anayasamızdaki “haberleşme” sözcüğünü, gerek günümüzdeki iletişim araçları, gerekse de iletişim teknolojisinin gelecekte insanoğlunun hizmetine sunacağı yeni iletişim araç ve ortamlarını da kapsayacak şekilde geniş yorumlamak gerekir. Bu itibarla, kablolu veya kablosuz telefonlar, teleks, telefaks, faks gibi araçlarla yapılan iletişim bu kapsamda olduğu gibi internet ortamında yapılan yazılı veya sözlü iletişim ile veri alışverişi şeklinde gerçekleşen iletişim, keza gelecekteki iletişim araç ve ortamları ile yapılacak iletişim de Anayasamızın 22 nci maddesinde koruma altına alınan “haberleşme” kapsamında değerlendirilmelidir⁵⁰.

Örneğin konut dokunulmazlığının anayasal bir hak ve hürriyet olarak düzenlenmesinde ve ihlallerinin bir suç olarak kabul edilmesinde kişinin korunan hakkı mülkiyet hakkı olmayıp o kişinin özel hayatı, haberleşme hürriyeti ve kendi bireysel dünyasında dilediği gibi hareket edebilme hürriyetidir⁵¹.

47 Sözüer, Adem, “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzer Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi”, İHFM, C.55, S.3, 1997, s.71.

48 Özbudun, a.g.m., s.87.

49 Sözüer, a.g.m., s.71.

50 Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s.81.

51 Artuk, Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, A.Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçki Yayınevi, Ankara 2000, s.223 vd.

Haberleşmenin gizliliğinden kişiler arasında bir iletişim gerçekleştiği ve bir bilgi veya verinin aktarıldığı hususu, hem de bunun içeriğinin gizliliği anlaşılmalıdır. Kısaca, gizli olan, hem iletişimin yapılmış olması olgusu⁵², hem de içeriğidir. O nedenle, gizli olan yalnızca telefonda ne söylendiği veya elektronik postanın içeriği değil, bunun yanında, bizzatıhi kişiler arasında telefonla veya elektronik postayla bilgi alışverişinin yapılmış olması olgusudur. Bu bakımdan iletişimin tespiti de denilen telekomünikasyon aracı ile kiminle, ne zaman, nerede, ne süreyle iletişim kurulduğuna dair bilgiler de dinleme ve kaydetme kadar olmasa da iletişimin gizliliğini ihlal eder.

Belli bir kişi veya kişilere yönelik olmayan, gerekli araçlara sahip dileyen herkes tarafından ulaşılabilen iletişim, iletişimin gizliliğinin konusu değildir. Dolayısıyla, bu tür iletişimin denetimi de söz konusu değildir. Örneğin, radyo ve televizyon yayınları bunu anlamak isteyen herkese yöneliktir, isteyen herkes bu tür yayınları dinleyebilir ve izleyebilir.

IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

A. ALMANYA’DA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Federal Almanya Anayasası’nın 10 uncu maddesinde, haberleşmenin gizliliğine dokunulamayacağı, bu dokunulmazlığa ancak kanunla sınırlama getirilebileceği hükme bağlanmıştır. Haberleşmenin denetlenmesine ilişkin Alman Ceza Usul Kanunundaki ilk düzenleme 13.08.1968 tarihinde çıkarılan “Mektup, Posta ve Uzaktan Haberleşmenin Gizliliğinin Sınırlandırılmasına Dair Kanun”dur. Alman Ceza Usul Kanunu’nda yapılan bu düzenlemeden önce “Uzaktan Haberleşmelere Dair Kanun”un 12 nci maddesine göre ancak tamamlanmış haberleşmeler hakkında tespit yapma olanağı vardı. Ancak henüz yapılmamış bir haberleşme hakkında denetim kararı mümkün değildi⁵³. Almanya’da ağır suçluluk

52 “Telefon konuşmasında yer alan sözlerin iki kişi arasında gizli kalması ve o kişilerin özel yaşam alanı ile ilgili bulunan sözler olduğu görülmektedir. Sözler bu içerikte olmasa dahi, bir kişinin telefonunun dinlenmesi veya dinlenen görüşmelerin yayınlanması başlı başına özel yaşama... saldırı teşkil eder.”(Yargıtay 4.HD.31.10.2000, 6487/9467. Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s.81, dipnot.207)

53 Coşkun, Enis, Küresel Gözaltı, Elektronik Gizli Dinleme ve Görüntüleme, Ankara 2000, s.165.

durumlarında etkili bir ceza soruşturması yapma düşüncesiyle böyle bir değişik yapılmış ve Alman Ceza Usul Kanununa 100/a ve 100/b maddeleri eklenmiştir.

Önleyici nitelikteki idari ve istihbari dinlemeler ise Alman Anayasasının 10 uncu maddesinde değişiklik yapan ve G-10 adıyla bilinen yasa uyarınca yapılmaktadır⁵⁴.

Alman Ceza Usul Kanununun 100/a ve 100/b maddelerine göre iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için suç şüphesinin varlığı ve suç şüphesini haklı gösterecek maddi olgular gereklidir. İletişimin denetlenmesi kararı sadece belirli suçlar için uygulanabilir. Haberleşmenin denetlenmesi ve kaydedilmesi kararını sadece hâkim verir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu kararı yetkili savcı verir. Ancak bu karar üç gün içinde hâkim tarafından kabul edilmez ise geçerliliğini kaybeder. Verilen karar yazılı ve açık olur. Karar en fazla üç aylık süreyi kapsar. Koşulları varsa her defasında üç aydan fazla olmamak üzere uzatılabilir. Hukuka uygun olarak yapılan denetimde, denetim kararının konusunu oluşturan suçun dışındaki başka bir suça ilişkin olarak “rastlantıya dayanan bulgular” elde edilirse ve bulgular katalog suçlardan biriyle ilgiliyse, bunlar delil olarak değerlendirilir. Alman Ceza Usul Kanununda denetimi döngörülen sadece telefonla yapılan iletişim değil, bunun yanında teleks, faks, çağrı cihazı gibi araçlarla yapılan haberleşmede bu kapsamdadır⁵⁵.

Hakkında haberleşmenin denetlenmesi tedbiri uygulanan kişilerin kanun uyarınca bilgilendirilmesi yükümlülüğü bulunmaktadır. Fakat bilgilendirme nedeniyle tedbirin uygulanmasından beklenen amacın elde edilememesi veya soruşturmanın tehlikeye düşmesi durumu söz konusu ise uygulama yapıldıktan sonra ilgiliye haber verilmekte ve böylece kişinin tedbir bakımından hukuki başvuru imkânı sağlanmaktadır. Haberleşmenin denetlenmesi sonucu elde edilen verilerin ve kayıtların delil olarak kullanılabilmesi için kanunun öngördüğü şartlara uygun olarak gerçekleştirilen denetim sonucu elde edilmiş olması gereklidir. Ayrıca hukuka ve kanuna uygun olarak yapılacak denetim sırasında başka bir suça ilişkin delil ele geçirilmesi halinde, elde edilen delilin kanunda yazılı katalogdaki suçlardan birine ait

54 Sözüer, a.g.m. s.89.

55 Sözüer, a.g.m. s.89.

olup olmadığına bakılacaktır, katalogda yer alan suçlardan ise delil olarak değerlendirilecek, buna karşılık suç katalogunda bulunmayan bir suça ait ise delil olarak kullanılamayacaktır⁵⁶.

B. İNGİLTERE’DE İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

İngiltere’de haberleşmenin denetlenmesine ilişkin düzenleme AIHM’nin 02.08.1984 tarihli “Malone İngiltere” kararından sonra yürürlüğe giren “İnterception of Commications ACT” (ICA) isimli kanunla düzenlenmiştir⁵⁷. İngiltere’de yazılı bir Anayasa bulunmaması nedeniyle kişilerin temel haklarını dayandırabilecekleri bir düzenleme bulunmamaktadır. İngiltere’de hukuk kaynakları mahkeme kararıyla oluşan “Common Law”, diğer yandan parlamentonun çıkardığı yasalardan ortaya çıkan “Statute law” dır.

İngiltere’de iletişimin denetlenmesi milli güvenliğe ilişkin çıkarların korunması, ağır suçların önlenmesi ve kovuşturulması ve ülkenin ekonomik refahının güvence altına alınması amaçlarıyla gerçekleştirilebilir. Böylece iletişimin denetlenmesi hem önleyici hem de suç kovuşturması amaçlarıyla uygulanmaktadır. İngiltere’de sadece ağır suçlar söz konusu olduğunda, bireysel haklara müdahale haklılık kazanmaktadır. Suçun belirli bir ağırlıkta olması ölçütü ICA’nın s.10 (3) maddesinde ifade edilmiştir. Buna göre 21 yaşın üzerinde sabıkasız bir kişinin en az 3 yıl hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilmesini gerektiren suçlar veya şiddet kullanmak yoluyla önemli miktar kazanç sağlayan suçlar ya da çok sayıda kişinin ortak bir amaç etrafında birleşerek işlediği suçlar, ağır suç olarak kabul edilmektedir⁵⁸. İngiltere’de iletişimin denetlenmesinde suç katalogu yerine örgütlü suçluluk ve cezanın ağırlığı kriterleri kabul edilmiştir

İngiltere’de iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması bakımından suç şüphesinin varlığı kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Buna karşılık iletişimin denetlenmesinin suçların aydınlatılması bakımından zorunlu olması kanunda yer almaktadır. İletişimin denetlenmesi neticesinde ilgili hakkında büyük bir ihtimalle

56 Sözüer, a.g.m. s.90.

57 Geleri, Aytekin/İleri, Hakan, Organize Suçlarla Mücadelede Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar, Ankara 2003, s.109.

58 Sözüer, a.g.m. s.93.

mahkûmiyet çıkabileceği konusunda kabul edilebilir nedenler varsa tedbire başvurulabilir. İngiltere’de hem suç zanlısı kişinin başkasıyla konuşması, hem de başkasının onu araması denetlemeye tabi tutulabilmektedir. Ayrıca tanıklıktan çekinme hakkı ve meslek sırrı saklama yükümlülüğü bakımından özel bir hukuki koruma bulunmayıp şartları mevcut ise bu kişilerde denetlenebilmektedir⁵⁹.

İngiltere’de iletişimin denetlenmesine ilişkin izinler mahkeme tarafından değil İçişleri Bakanı tarafından verilmektedir. Acil durumlarda bakanı telefonla bilgilendirerek yüksek düzeyde bir bakanlık görevlisinin de izin verebileceği, ancak böyle bir uygulamada 48 saat içinde bakanın imzasının alınması gerektiği yasada düzenlenmiştir. Dinleme kararı iki ay süreyle verilmekte olup sürenin uzatılması mümkün bulunmaktadır⁶⁰.

İngiltere’de iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasının hiçbir aşamasında ilgiliye haber verilmemektedir. İletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen kayıtlar mahkemede delil olarak kullanılmaz. Ancak bu kayıtlardan yola çıkılarak yürütülen soruşturma sırasında ceza yargılamasında kullanılabilecektir⁶¹.

İletişimin denetlenmesi tedbirinin denetimi için ikili bir yapı oluşturulmuştur. İlk denetim, Başbakan tarafından yüksek yargıçlar arasından üç yıl için atanan bir denetçi tarafından yapılmaktadır. Bu denetçi, sistemin işleyişini, denetimin yasaya ve amaca uygunluğunu denetler ve her yıl rapor düzenleyerek Başbakana sunar. İkinci denetim, Kraliçe tarafından atanan beş hukukçunun oluşturduğu özel bir komisyon tarafından yapılmaktadır. Kanunda, haberleşmesi dinlenen kişinin, dinleme hususunda haberdar edilmesi bakımından bir yükümlülük öngörülmemiş olmasına karşılık, eğer kişi telefonlarının dinlendiğini herhangi bir biçimde öğrenirse; yukarıda söz edilen komisyona müracaat edebilmektedir. Bunun üzerine söz konusu komisyon, böyle bir uygulamanın yapılıp yapılmadığını ve eğer varsa bunun hukuka uygun olarak yerine getirilip getirilmediğini inceleyecektir. Bu komisyonun vereceği karar kesindir⁶².

59 Sözüer, a.g.m. s.93.

60 Coşkun, a.g.e., s.163.

61 Sözüer, a.g.m., s.94.

62 Coşkun, a.g.e., s.164.

C. FRANSA'DA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Fransa Anayasasında haberleşmenin gizliliğinin korunmasına yönelik açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak özel hayatın gizli alanının kapsamlı olarak korunmasını sağlayan kişisel özgürlük hakkı yazılı olmayan bir anayasal hak olarak kabul edilmektedir⁶³. Anayasada açık bir hüküm bulunmamakla beraber, 1978 tarihli Veri Güvenliği Yasası, kişisel verilerin korunmasına dair güvenceler getirmiştir.

Fransa'da iletişimin denetlenmesi konusunda uzunca bir süre düzenleme yapılmamıştır. Fransız Ceza Usul Yasasının (CPP) 81 inci maddesindeki sorgu hâkiminin, gerçeğin ortaya çıkarılmasıyla ilgili olarak gerekli gördüğü tüm bilgi vasıtalarına ve işlemlerine başvurabileceğine ilişkin düzenlemesine istinaden iletişimin denetlenmesi yoluna gidilmiştir. Fransız Yargıtayı'da hile ile elde edilmemiş olması ve savunma hakları çiğnenmeksizin kullanılmaları durumunda bu şekilde elde edilen delilleri geçerli saymaktaydı⁶⁴. Fransa'da bu konuda 1991 yılına kadar düzenleme yapılmamıştır.

Fransa Parlamentosunun 10.07.1991 tarihinde “Telekomünikasyon Araçlarıyla Yapılan Haberleşmenin Gizliliğinin Kaldırılması Hakkında Kanun” ile Ceza Usul Kanununa 100 ila 100/7 maddeleri ilave edilmiş, bununla telefon, faks gibi bireysel haberleşme araçlarının nasıl denetleneceğine ilişkin konular düzenlenmiştir. Yasanın 2'nci başlığı altında da, güvenlik dinlemeleri yasal düzenleme temeline oturtulmuştur. Fransız Ceza Usul Yasası'nın 100/1 inci maddesine göre iletişimin denetlenmesi ancak 2 yıl ve daha ağır cezayı gerektiren suçlar bakımından uygulanabilir. İletişimin denetlenmesine karar verme yetkisi mutlak olarak sorgu hâkimine aittir, hazırlık soruşturmasında savcı ve kolluğun bu yetkisi bulunmamaktadır. Kanunda suç şüphesi bakımından bir açıklık bulunmasa da, kişinin biçimsel olarak suçlanması için gerekli olan, çelişkisiz ve ağır şüphenin varlığı halinde, denetim kararı verilebilmesi için suç şüphesinin varlığı kabul edilmektedir. Kimlerin denetime maruz kalacağı konusunda Fransız Ceza Usul Kanununda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte şüpheli ve onunla telefonla

63 Erdem, M.Ruhan/Özbek, V.Özer, 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, İzmir 2000, s.259.

64 Anayurt, Ömer, “Strazburg İçtihatlarında, Türk ve Fransız Hukuklarında Telefon Dinlemeleri”, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, C.21. S.197, 1997, s.53.

haberleşenlerin tedbirin muhatabı olacağı kabul edilmektedir. Müdafiler, hekimler, eczacılar gibi meslek mensupları bakımından özel koruma hükümleri mevcut olup, müdafinin iletişiminin denetlenmesi, istisnai hallerde Baro Başkanının da görüşü alınarak soruşturma hâkimi tarafından verilecek kararlarla mümkündür⁶⁵.

İletişimin denetlenmesi kararı 100/2 nci maddeye göre 4 ay için verilebilir. Başlangıçtaki denetleme koşullarının bulunması ve devam etmesi halinde dinleme kararı birden çok kez uzatılabilecektir. Denetim sonucu elde edilen kayıtlar dava zamanaşımına kadar muhafaza edilir⁶⁶. Tedbire maruz kalana bildirimde bulunulmasına ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Sadece savcının mahkeme kararına itiraz etmesini sağlama şeklinde bir yola başvurulabilecektir. Delil serbestisi bulunması nedeniyle her şey delil olarak değerlendirilmektedir. Hukuka aykırı bir delilin dahi somut olayın özelliklerine göre delil olarak kabulü mümkündür. Denetim sonucu elde edilen kayıtlar ise özel hayata ağır müdahale niteliği taşıması ve bunların üzerinde değişiklik yapılması ihtimali nedeniyle mahkemece delil olarak değil belirti olarak kabul edilmektedir⁶⁷.

Yukarıda ifade edildiği gibi 646 sayılı yasanın 2 nci başlığı güvenlik dinlemesinin esaslarına ayrılmıştır. Bu düzenlemeye göre; Fransa'nın ulusal güvenliği, ekonomik ve bilimsel potansiyelinin önemli unsurlarının korunması, suç örgütlerinin kurulması ya da terör faaliyetlerinin önlenmesi için gizli dinleme yapılabilir. Denetim kararı, Başbakan tarafından ya da onun özel olarak bu konuda görevlendireceği hükümet üyelerinden birisi tarafından yazılı olarak verilir. Emrin süresi 4 aydır, şartlar devamı gerektiriyorsa bu süre yenilenebilir, bu dinlemelerin öngörülen amaca ve usule uygun yapıp yapılmadığı "Güvenlik Müdahalelerini Denetleme Ulusal Komisyonu" ismi altında kurulan bağımsız bir idari kurum tarafından denetlenmektedir⁶⁸.

65 Sözüer, a.g.m., s.96.

66 Coşkun, a.g.e., s.186.

67 Sözüer, a.g.m., s.97.

68 Geleri/İleri, a.g.e., s.113.

D. İTALYA'DA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

İtalya'da iletişimin denetlenmesi, İtalyan Ceza Mahkemeleri Usulü Kanunu (CPP nin 266-271 maddeleri) ile diğer bazı kanunlardaki özel hükümlere istinaden yapılmaktadır.

Kanunun 266 ncı maddesinde; tüm telekomünikasyon haberleşme araçlarının denetim kapsamında olduğu ve bu tedbire konu olan suçlar belirtilmiştir. Denetime tabi suçlar belirtilirken, öncelikle cezanın ağırlığı göz önüne alınmıştır. Buna göre ömür boyu hürriyeti bağlayıcı ceza ile alt sınırı beş yıldan fazla olan suçlara ilişkin yargılamalarda bu tedbir uygulanabilecektir. Ayrıca uyuşturucu madde, silah ve patlayıcı madde kaçakçılığı, hakaret tehdit, tefecilik, finans faaliyetlerini kötüye kullanma, kişileri telefonla rahatsız etme suçları da, kanunda belirtilen ceza sınırının altında kalsa da iletişimin denetlenmesi tedbirine konu olabileceklerdir. İletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için öncelikle ciddi belirtilerin olması aranır. Haberleşme ve konuşmalara yönelik müdahaleler hâkim kararıyla, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda savcının izniyle yapılmaktadır. Ancak bu karar 48 saat içinde yetkili hâkimin onayına sunulur, hâkimin onaylamaması halinde ortadan kalkacaktır, bu durumda denetim yoluyla o ana kadar elde edilen bulgular delil olarak kabul edilmeyecektir. Denetim kararının verilebilmesi için başka türlü bir yolla delil elde etme imkânının olmaması gerekir. Denetim kararı savcı tarafından 15 günlük dönem için verilir, bu süre gerekçeli kararlar hâkim tarafından uzatılabilir⁶⁹.

Denetim sonuçları elde edildiğinde tarafların müdafilerine, denetim kararı ile ilgili olarak bilgi alma hakları olduğu bildirilir. Dinleme kayıtları ve çözümleri müdafiler tarafından incelenebilir ve manyetik bantların kopyaları kendilerine verilebilir. Denetim işlemi sonucunda tutulan tutanaklar ve kayıtlar denetime hükmeden savcılık nezdinde saklanır. Denetim sonucu elde edilen bilgiler ilke olarak başka bir davada delil olarak kullanılmaz. Ancak bunların ayrıca kullanılması, bir failin suçüstü halinde yakalanması bakımından zorunlu olması halinde mümkündür.

69 Coşkun, a.g.e., s.188,189.

Böyle bir istisnanın da söz konusu olmadığı hallerde, davaya bakan mahkeme denetime ilişkin kayıtların imhasına karar verecektir⁷⁰.

Organize suçluluk olgusu İtalyan Ceza Hukuku Mevzuatı'nın gelişiminde temel unsurlardan biri olmuştur. Adli amaçlı denetimin yanında, İtalyan kolluk birimleri yer bakımından yetkili savcıdan iletişimin denetlenmesi talebinde bulunabilirler. Ancak buradaki denetim işlenmiş bir suçun aydınlatılması bakımından değil, önleme amacıyla gerçekleştirilmekte ve adli denetimde aranan yoğunlukta bir şüphe aranmamaktadır. Adli amaçlı denetimde, denetim kararı verebilmesi için ciddi belirti aranırken, organize suçlarla ilgili olarak kuvvetli veya ciddi belirti yerine yeterli belirti kavramı getirilmiştir. Ayrıca adli amaçlı denetimlere, organize suçlarla ilgili olarak bir istisna getirilmiş, denetim süresi ilk sefer için 40 gün, uzatma için ise 20 gün olarak kabul edilmiştir⁷¹.

E. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

ABD'de iletişimin denetlenmesi, 1968 yılında çıkarılan “Suçlarla Çok Yönlü Mücadele ve Güvenli Sokaklar Yasası” (Title III Omnibus Crime Control and Safe Streets Act) ile düzenlenmiştir. Eyaletlerin çıkaracakları teknik dinleme yasalarının bu yasaya uygun olması gerekmektedir. İletişimin denetlenmesi tedbiri, suç katalogundaki suçlarla ilgili olarak yapılmakta ve tedbirin uygulanması için basit şüphenin varlığı gerekmektedir. Suç katalogundaki suçlar; uyuşturucu madde suçları, örgütlü suçlar, ekonomik suçlar, atom tesislerinin korunmasını ihlal eden suçlar ve cinsel suçlardır. Katalogdaki suçların haricinde işlendiğinde en az 1 yıl hapis cezası gerektiren suçlarda da iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanabilecektir. Ancak suç katalogunda genişletilme eğilimi dikkat çekmektedir. Kanunun ilk halinde denetime izin verilen 26 çeşit suç sayısı kanuna yapılan eklemelerle 100'e ulaşmıştır⁷².

İletişimin denetlenmesi kararı, makul sebeplerin bulunması ve başka tedbirlerin kullanılmış ve istenilen neticenin elde edilememesi, diğer tedbirler kullanılsa da neticenin elde edilemeyeceği veya diğer tedbirlerin uygulanmasının

70 Geleri/İleri, a.g.e., s.114.

71 Özek, Çetin, Organize Suç, Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s.77.

72 Özdoğan, Ali, “Amerikan Teknik Dinleme Mevzuatı”, Polis Dergisi, S.28, 2001, s.17.

tehlikeli olduğuna kanaat getirilmesi şartıyla hâkim tarafından verilecektir. İletişimin denetlenmesi kararı alınabilmesi için olağan soruşturma yöntemlerinin başarılı olamayacağına, dinleme usulüne başvurmadan başka çare kalmadığına hâkimi inandırmak gerekmektedir. Keza bu konuyu gösteren bir taahhütnamenin başvuru evrakları içinde olması lazımdır. Gecikmesinde sakınca olan bir halin varlığı söz konusuysa denetim kararını savcılık da verebilir. Ancak bu karar 48 saat içerisinde yetkili hâkimin onayına sunulur, hâkim kararı onaylamaz ise, o ana kadar elde edilen deliller, delil olarak değerlendirilemez. Kararı iletişimin denetlenmesini yapacak olan güvenlik güçleri isteyecektir. Mahkeme kararı iki ayrı şekilde hazırlar, birisini güvenlik güçlerine, birisini de ilgili telekomünikasyon kurumundaki görevliye gönderir⁷³.

Denetim kararı 30 gün süreyle verilir, ancak şartlar uygunsa bu süre uzatılabilir. Denetime ilişkin kayıtların hâkim tarafından denetlenerek onaylanmaması durumunda davada delil olarak kullanılmaları mümkün değildir. İletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin karar kural olarak hâkim tarafından veriliyor ise de gecikmesinde sakınca bulunan bir halin, adam öldürme, müessir fiil suçlarının işlenmesi bakımından doğrudan bir tehlikenin veya milli çıkarlara yönelik bir tehdidin varlığı halinde kararı savcılıkta verebilir. Ancak bu karar 48 saat içinde yetkili hâkimce onaylanmalıdır. Denetim kararının uygulanmasını müteakip mahkeme kararında isimleri yazılı şahıslar ile mahkemenin gerek duyması halinde diğer ilgili şahsa haberleşmesinin dinlendiği hususu "uygun" bir süre zarfında bildirilir. Ancak hâkimin kararından itibaren 90 gün geçtikten sonra ilgiliyi haberdar etme yükümlülüğü vardır⁷⁴.

İletişimin denetlenmesi kararı veren hâkim, yıl sonunda verdiği denetim kararlarını "Administrative Office of the US. Courts" isimli komisyona bildirmekle yükümlü olduğundan, bu durum etkili bir denetimin olmasını sağlamaktadır. Komisyon ise her yıl "Wiretap Reports" isimli bir raporla, konuyla ilgili bilgileri kamuoyuna açıklamaktadır⁷⁵.

73 Özdoğan, a.g.m., s.19.

74 Sözüer, a.g.m., s.99.

75 Geleri/İleri, a.g.e., s.106.

F. AVUSTURYA'DA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Avusturya Anayasasında haberleşmenin gizliliği güvence altına alınmıştır. İletişimin denetlenmesi ile ilgili yasal düzenleme 1974 yılında çıkartılan bir kanunla Avusturya Ceza Usul Kanunu'na 149/a-b ve 414/a maddeleri eklenmek suretiyle yapılmıştır. Bu kanunla elektronik, optik ve elektromanyetik yollarla yapılan özel haberleşmenin denetlenmesi tedbirinin esas ve usulleri belirlenmiştir. İletişimin denetlenmesi tedbirine işlenmiş bir suçun aydınlatılması ve sanığın yakalanması amacıyla başvurulabilir. Avusturya'da önleme amaçlı olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulamaz⁷⁶.

Avusturya'da iletişimin denetlenmesinde ilgilinin rızasının olup olmadığına ayırım yapılmıştır. İlgilinin rızası yoksa bir yıl ve daha fazla ceza gerektiren kasıtlı suçlarla ilgili iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmektedir. İlgilinin rızasının olması halinde 6 ay ve üzeri hapis cezası gerektiren kasıtlı suçlar için bu tedbire başvurulabilir. Bu tedbire başvurulabilmesi için “kuvvetli suç şüphesinin” varlığı aranmaktadır. İletişimin denetlenmesi üç hâkimli bir kurulun izni ile uygulanabilir. İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasının sona ermesinden sonra, ilgilisine bilgi verilmesi yasal zorunluluk olarak düzenlenmiştir⁷⁷. İletişimin denetlenmesi talebi savcıdan ön soruşturmayı yürüten hâkime gönderilir. Hâkim de kurula iletir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hâkim kararı kendisi verir ancak en kısa sürede kurulun onayına sunması gerekir. Kurul onaylamazsa o zamana kadar yapılan tespitler imha edilir. İletişimin denetlenmesi bakımından bir üst zaman sınırı belirlenmemiştir.

Avusturya'da avukatların, noterlerin ve mali müşavirlerin özel haberleşme araçları, şüphe altında bulunan kişinin, bu meslek sahiplerinin yanında barınması veya bu kişilerle irtibat kurma ihtimali olsa dahi denetlenemez. Bu yasak tam bir vekalet ilişkisi kurulmamış olsa dahi geçerlidir. Bu koruma sanık yakınları ve doktorlar için kabul edilmemiştir⁷⁸.

76 Sözüer, a.g.m., s.100.

77 Erdem/Özbek, a.g.m., s.274.

78 Sözüer, a.g.m., s.101.

V. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ İLE İLGİLİ ULUSLARARASI HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER

A. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER TARAFINDAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ İLE İLGİLİ YAPILAN ÇALIŞMALAR

Teknolojinin hızlı bir şekilde ilerlemesiyle teknoloji ürünü aygıtların kullanılması suretiyle temel hak ve özgürlüklerin, özellikle özel hayatın ve haberleşme hürriyetinin gizliliğine müdahale yöntemlerinin basitleşmesi sonucu, bu hakların güvenceye bağlanması ihtiyacı doğmuştur. Bu konuda Birleşmiş Milletler bünyesinde çalışmalar yapılmış ve bunların sonunda raporlar hazırlanmıştır. 26.04.1967 tarihli, 2226 numaralı belgeler ve Genel Kurul tarafından kabul edilen 19.12.1968 tarihli "İnsan Hakları ile Bilim ve Tekniğin İlerlemesi" konulu kararlar bunlardandır⁷⁹. Bu çalışmalar sonucu hazırlanan raporlara göre kişilerin özel hayatına, haberleşme hürriyetine ve bunların gizliliğine karşı yapılması mümkün olan saldırılar üç kısma ayrılmıştır. Bunlar, dinleme ve izleme yöntemleri, psikolojik ve fiziksel yollar ve elektronik beyinlerle yapılan araştırmalardır.

Kişilerin Özel hayatına karşı saldırılar nedeniyle çiğnenen haklar arasında İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinde yer alan medeni ve siyasi haklarla ilgili uluslararası antlaşmanın 19 ncu maddesinde yer alan, "herkes, düşünce ve ifade hürriyetine sahiptir" şeklinde ifade edilen fikir ve ifade hürriyeti de bulunmaktadır. Bu saptamanın temelinde;

Kayıt teknikleri vs. gibi alanlardaki ilerlemeler karşısında kişilerin özel hayatına ve ulusların egemenliğine saygılı olunması gerekmektedir.

Elektronik, kişinin haklarına bir zararı dokunmaması için demokratik toplumlarda bunlarla ilgili bir kısıtlama konulmalıdır.

İnsan hakları, bilimsel ve teknik ilerleme seviyesine uygun olarak, ekonomik, sosyal ve kültürel alanlarda güvence altına alınmalıdır.

⁷⁹ Coşkun, a.g.e., s.135.

Bilim ve tekniğin demokratik hak ve özgürlüklere zarar verebilecek bir biçimde kullanılması önlenmelidir.

Devletler kişilerin özel hayatlarını modern teknik araç ve gereçlerle yapılan müdahalelere karşı korumayı sağlamak amacıyla yürürlükteki yasa metinlerini değiştirmelidirler⁸⁰.

Ayrıca bazı davranışların da cezalandırılması gerekmektedir. Bu davranışlar; İki ya da daha çok kişi arasında yapılan konuşmaların hukuka aykırı surette gizlice dinlenmesi veya kayda alınması (rıza dayalı kayıtlar ile adli soruşturma ve ulusal güvenlik amaçlı uygulamalar hariç) veya bu yollardan biriyle elde edilmiş olan bilgilerin bir kimse tarafından açığa vurulması halinde bu tür eylemler hem cezai sorumluluğa hem de hukukî sorumluluğa tabi olmalıdır.

Devletler, istihbarat amaçlı bilgi elde etme veya ağır suç soruşturmalarında yada ulusal güvenlik gerekçesiyle ileri teknoloji ürünü olan dinleme aygıtlarının kullanılmasına izin verebilirler, fakat aynı zamanda bunların ağır suçlar yada ulusal güvenlik konusundaki büyük tehditler dışında kullanılmaması için gerekli tedbirleri de alacaklardır. Gerekli her durumda, yetkili bir adli makam tarafından önceden izin alınması da kesinlikle zorunludur⁸¹.

B. AVRUPA ADALET BAKANLARI KONFERANSINDA İLETİŞİMİN DENETLENMESİNE KARŞI ALINAN KARARLAR

26-28 Mayıs 1970 tarihleri arasında Avrupa Adalet Bakanları, 6. konferanslarını yapmışlardır. Bu konferansa ve konferans sonunda alınan karara, Türkiye Cumhuriyeti'nin Adalet Bakanı da katılmıştır. Konferans sonunda alınan kararlar arasında gizli dinlemeye ilişkin şu düşünceler dile getirilmiştir; "İlmi ve teknolojik gelişmenin sonucu olan öyle yeni aygıtlar yapılmıştır ki, bunların kullanılması özel hayata saygı hakkını, şimdiye kadar rastlanmayan bir derecede, tehdit etmektedir. Bu yeni durumu karşılamak ve ister devletten, ister kişilerden gelsin, özel hayata sızmaları önlemek üzere, medeni hukuk ve ceza hukuku sahasında

80 Bilge, Suat, İnsan Hakları El Kitabı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara 1991, s. 21,29.

81 Geleri/İleri, a.g.e., s.268.

yeni kanunlara ihtiyaç vardır. Bu problem bütün Avrupa devletlerinde kendini gösterdiği için milletlerarası bir işbirliğine de gidilmelidir⁸²”.

C. AVRUPA BİRLİĞİ ve İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

1- Genel Olarak

Avrupa Toplulukları hukukunun yapısal karakteri, kaynaklarının özellik ve niteliklerini göz önünde tutmadan, Avrupa Birliği'nin iletişimin dinlenmesi ya da daha geniş kapsamıyla iletişimin denetlenmesi sorununa yaklaşımının sağlıklı ve doğru bir değerlendirilmesini yapmak zordur. Avrupa Birliği çerçevesinde insan haklarının korunması, esas olarak kaynağı itibariyle yargı kararlarıyla oluşan bir koruma sistemidir. Bağlayıcı metinlerin yokluğunda, Topluluk yargıcı, zorunlu olarak birincil ve ikincil hukuk yazılı kaynaklarından, ulusal anayasal geleneklerden esinlenerek karar verir. Öte yandan Avrupa Birliği Antlaşması'nın 1 inci maddesine göre; Birlik, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin güvence altına aldığı ve üye ülkeler anayasal geleneklerinde çözümlenmiş temel özgürlüklere saygılı olacaktır. Buna bağlı olarak, bu hakların ayrı ayrı belirtilmemiş olması, zorunlu olarak içeriklerini nihai olarak belirleyen genel ilkelerden çıkarımlar yapan AİHM kararlarına yollamayı zorunlu hale getirmektedir.

Bu durumda, iletişimin denetlenmesi konusunda, Avrupa Birliği sorununa bakarken, öncelikle AİHS'nin 8 inci maddesi ve bu maddeyle ilgili AİHM kararlarına ve üye ülkeler anayasal geleneklerine dayalı çözümlemeler ile kurucu antlaşmalar, birincil hukuk metinleri ve ikincil hukuk kaynaklarına, yani birlik organlarının kabul ettiği metinlere bakmak gerekmektedir.

2. İletişimin Denetlenmesi Üzerine Urbino Kongresinde Alınan Tavsiye Kararlar

Urbino Üniversitesi tarafından 10-11-12 Mart 1994 tarihlerinde İtalya'nın Osima kentinde, Avrupa Birliği'ne üye tüm ülkelerden temsilcilerin katılımıyla "Topluluk ülkelerinde iletişimin denetlenmesi kuralları", hakkında uluslararası bir kongre düzenlenmiştir.

82 Coşkun, a.g.e., s.136.

İletişimin denetlenmesine ilişkin mevzuata esin kaynağı olacak asgari ve asli kurallar belirlenmiş ve bu konularda üye ülkelerin uygulamalarının birbirlerine uyumlu hale gelmesinin sağlanması için kongrede üye ülkelere şu önerilerde bulunulmuştur;

İletişimin denetlenmesi, mutlaka yasa ve mahkemeler tarafından öngörülmüş birtakım koşullara tabi olmalıdır.

Yasal koşulların belirlenmesinde ise, güvenlik amaçlı denetim ile adli denetim arasında net bir ayırım yapılmalıdır. Adli denetimle ilgili olarak azami güvenceler öngörülmeli ve güvenlik için gerekli denetimin şu yada bu şekilde prosedürde kullanılabilir olması engellenmelidir.

Adli denetimle ilgili olan mevzuatlar, nesnel durumları içermeli ve mutlaka zorlayıcı sınırları tespit etmelidir. Bu sınırlar, özel ağırlıklarına ve kullanılan araca bağlı olarak yasa koyucu tarafından teşhis edilebilir ihlal kategorilerine ilişkin olmalıdır. Ayrıca bu mevzuatlar, hemen hemen tüm ihlaller bakımından iletişimin denetlenmesine izin verilen bir kategoriye sokmaya engel olacak bir takım hükümler içermelidir.

İletişimin denetlenmesi tedbirine ancak, hedeflenen kişilerin kimliği kesin olarak belirtilmişse ve prosedüre konu olan ihlallerde bulundukları düşünülen birtakım kişiler söz konusu ise izin verilmelidir. Böylece ihlale tamamen yabancı kişilerin veya hakkında sadece belirsiz ve net olmayan birtakım kuşkuların bulunduğu kişilerin dinlemeye alınması bertaraf edilmelidir.

İletişimin denetlenmesi tedbirine başvurma, genel olarak, sadece son aşamada, diğer kanıtlama yollarının kullanıma zorluğu somut olarak kanıtlandığı zaman öngörülmelidir. Ele alınan olayın vahameti ile özel yaşama saygının ihlali dengelenmelidir.

İletişimin denetlenmesi tedbirine başvurma, sadece ağır suçluluk göstergeleri varsa ve sadece halihazırda mevcut bir prosedür çerçevesinde haklı olabilir.

İletişimin denetlenmesi tedbirine izin verme, üçüncü kişilere yönelik bir yasaklamayı içerecek biçimde sadece hâkimin yetkisindedir. İvedi nedenler haklı kıldığı takdirde, tüm taraflar, hâkime iletişimin denetlenmesi konusunda izin talebinde bulunma olanağına sahiptir, izin gerekçeli bir hükümle verilir ve bu gerekçede iznin nedenleri belirtilmelidir.

Gerek ilk izin için, gerekse makul bir azami sürenin tespit edilmesini gerektiren olası uzatmalar için çok kesin süre sınırları öngörülmelidir, uzatma verme hükmü açısından yetkililik koşulu eksik bırakılmamalıdır.

İletişimin denetlenmesi ancak diğer sınırlayıcı öğelerle birlikte birtakım kanıtlar elde etmek üzere kullanılabileceğine ilişkin hükümler öngörülmelidir.

Özellikle öznel konumlarla bağlı birtakım güvenceler veya haklar içeren hükümlerin ihlali durumunda iletişimin denetlenmesine başvurma kesinlikte olanaksızlığı varsayımları tanımlanmalı ve izin verilmiş alanın dışında kalan uygulamalarda iletişimin denetlenmesinin kullanılması konusunda çok kesin kısıtlamalar öngörülmelidir. Ayrıca yasal olmayan biçimde yapılmış denetimin, hukuk usulünde kanıt olarak değerlendirilmemesini öngören birtakım hükümlerde gereklidir.

Yasaya aykırı olarak iletişimin denetlenmesine karar veya izin vermiş veya bunları kullanmış herkese karşı sadece hukukî değil, aynı zamanda hukuk ötesinde birtakım cezai yaptırımlar öngören hükümler de gereklidir.

İletişimin denetlenmesine ilişkin her türlü belgenin dava dosyası dışında muhafaza edilmesi mutlaka yasaklanmalıdır.

Konutun dinlemeye alınması durumunda, ek ve çok daha kesin güvenceler getirilmelidir.

Nihayet, güvenlik amaçlı denetimlerle ilgili olarak, hukuken öngörülen durumların dışında bu önleme başvurulması kesinlikle yasaklanmalı ve bunu sağlayacak güvenceler getirilmelidir⁸³.

83 Coşkun, a.g.e., s.143,145.

D. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 4 Kasım 1950'de aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 12 devlet tarafından Roma'da imzalanmış ve 3 Eylül 1953'de yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, çeşitli zamanlarda imzalanan Ek Protokollerle tamamlanmıştır. Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ve eki protokolü 18.5.1954 tarihinde 6366 Sayılı Kanunla onaylamıştır. Ayrıca sözleşmenin 25 inci maddesinde yer alan “bireysel şikayet hakkını” 27 Ocak 1987’de, 46 ncı maddesinde yer alan "Divanın yargı yetkisini tanımayı" da 22 Ocak 1990 tarihinde ayrı bir beyanla kabul etmiştir. Böylece Türkiye, Sözleşmenin tüm hükümleri açısından hukuken sorumlu bir "taraf devlet" statüsünü kazanmıştır⁸⁴. Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınabilmesi amacıyla, Sözleşme ile, "Avrupa İnsan Hakları Komisyonu" ve "Avrupa İnsan Hakları Divanı" kurulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu çalışmalarına 18 Mayıs 1954, Divan ise 21 Ocak 1959 yılında başlamıştır. Ancak 11 nolu protokolle sözleşme ile öngörülen Komisyon-Divan ayırımına son verilerek değişiklik yapılmıştır.

Normlar hiyerarşisi bakımından sözleşmeyi imzalayan diğer ülkelerden farklı olarak, sözleşme ülkemizde yasa hükmünde sayılmaktadır (AY md.90). Dolayısıyla AİHS'nin 8 inci maddesi ile iletişimin denetlenmesinin, özel hayat kapsamında bulunan haberleşme ve özel hayatın gizliliği ile doğrudan ilgisi olduğundan, özel hayat ve haberleşme hürriyetinin gizliliği güvence altına alınmış olmaktadır⁸⁵.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, çağdaş demokrasiyi somutlaştıran bir belgedir. AİHS, temel hak ve hürriyetleri güvence altına almış ve Avrupa Konseyinin temelini oluşturmuştur. Ancak sözleşme'nin asıl önemi, ortak güvence sistemine dayanan uluslararası yargısal bir denetim mekanizması kurmasından ve bireye sağlanan güvenceyi bir yaptırıma bağlamasından ileri gelmektedir. Bu şekilde sözleşme, insan haklarının korunmasının ulusal düzeyden uluslararası düzeye

84 Gölcüklü, Feyyaz, “Uluslararası Belgeler ve Koruma Amaçlı Mekanizmalar”, Yeni Türkiye Dergisi, Temmuz-Ağustos 1998, İnsan Hakları Özel Sayısı, s. 1272.

85 Erdem, a.g.e., s.147.

geçmesini sağlamış ve bireyi, özgürlüklerinin korunması bakımından uluslararası hukukta hak sahibi yapmıştır⁸⁶.

Sözleşme ile getirilen esas güvence, sözleşme'de belirtilen insan hak ve hürriyetlerine aykırı davranışlar karşısında AİHM'ne başvurularak uyumsuzluğun dava yoluyla görülebilmesi imkânının sağlanmasıdır. Mahkeme AİHS'nin 8 inci maddesini, somut olayın özelliklerine, günün gerçeklerine ve ihtiyaçlarına göre "kazuistik" bir metod ve "geliştirici ve ileri götürücü" bir yorumla değerlendirerek somutlaştırmaktadır⁸⁷.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, "Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması" başlığı altında düzenlediği 8 inci maddesinde, genel olarak özel hayatı, aile hayatını, konutu ve haberleşmeleri garanti altına alan bir düzenleme getirmiştir. AİHS'nin 8. maddesine göre; "Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

Bu hakların kullanılmasında bir kamu otoritesi tarafından müdahale, demokratik bir toplumda ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, birlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerin korunması için gerekli olan ölçüde ve kanunla öngörülmüş olmak şartıyla söz konusu olabilir."

Sözleşme'nin 8 inci maddesinin ilk fıkrası ile koruma altına alınan hak yada özgürlük belirtilmiş, ikinci fıkrasında ise korunan bu değerlerin mutlak olmadığı ve bunların sınırlanabilecekleri yöntem, amaç ve ölçü belirtilerek ifade edilmiştir. AİHS'de T.C. 1982 AY'sının 13 üncü maddesinin 2001 değişikliğinden önce olduğu gibi genel bir sınırlama hükmü bulunmamaktadır. Sözleşmede bir hakka kısıtlama getirilmesi o hakkı içeren maddenin içerisinde gösterilmiş ve böylece soyut ve her yöne çekilebilecek sınırlama nedenleri yaratılmamaya çalışılmıştır. Sözleşmenin 8,9,10 ve 11 inci maddeleri ve 4 nolu protokolün 2 nci maddesi benzer

86 Eren, Mehmet Selim "Ceza Ve Ceza Usul Hukukunda Telefon Dinleme", (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul 2002, s.38.

87 Gölcüklü, Feyyaz /Gözübüyük, Şeref; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 5. Bası, Ankara 2004, s.568.

şekilde düzenlenmişlerdir. Bu maddelerin ilk fıkralarında korunmak istenilen hak ya da özgürlükler düzenlenmiş, ikinci fıkralarında ise sınırlama nedenleri gösterilmiştir.

Sözleşmenin 8 inci maddesinde düzenlenen hakkın sınırlanabilmesi için belirtilen şartların gerçekleşmesi gerekir, bu şartlar; Sınırlama hukuka uygun olarak kanunla yapılacaktır ve sınırlama 8 inci maddenin 2 nci fıkrasında belirtilen nedenlerden birine dayanmalıdır. Mahkeme yapılan kısıtlamanın demokratik bir ülkede gerekli olup olmadığına, iç hukukta alınan sınırlama kararıyla elde edilmek istenilen amaç arasında bir “orantılılık” olup olmadığına da bakmaktadır⁸⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi denetim organları, özel hayatın gizliliği ve korunmasına ilişkin, AİHS’nin 8 inci maddesinde geçen, özel hayat, aile hayatı ve haberleşme gibi kavramları, kazüistik bir yöntemle her somut olayı kendine özgü koşullar içinde değerlendirmek suretiyle, günün gerçeklerini ve ihtiyaçlarını göz önünde tutarak, geliştirici ve ileri götürücü bir yorumla bu kavramlara belirli bir içerik kazandırmaktadır⁸⁹.

AİHM, özel hayatın ve haberleşme hürriyetinin gizliliğinin ihlaline yönelik hareketleri, AİHS’nin 8 inci maddesine aykırı bularak bu konuda nasıl bir düzenlenmenin yapılması gerektiği konusunda, kararlarıyla, devletlere yol göstermiştir. Mahkeme, kararlarıyla demokratik bir toplumda kişi hak ve özgürlüklerine müdahalenin sınırını, şartlarını belirtmiştir. Bütün hallerde mahkeme, orantılılık ilkesini de göz önünde tutmuştur. Bu bağlamda Mahkeme, 8 inci madde kapsamına giren hükümleri geliştirici ve dinamik bir şekilde yorumlamakta ve önüne gelen her olayın kendine özgü koşullarına göre bir yorum yaparak hükme gitmektedir⁹⁰.

Mahkeme, bireylerin özel hayatının gizliliğine dokunulabilmesi için, iki koşulu birlikte aramaktadır. Birincisi, "kanunla öngörülme", ikincisi ise, "demokratik bir toplumda zorunluluk" kriterleridir. Devletlerin, özel hayatın gizliliğine dokunamaması ilkesi, kesin ve sınırsız değildir. Klass, Malone, Huvig ve Kruslin

88 Alpaslan, M. Şükrü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında Düşünce ve Basın Özgürlüğü”, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, İstanbul, 1999, s.30.

89 Gölcüklü/Gözübüyük, a.g.e., s.293.

90 Geleri/İleri, a.g.e., s.272 vd.

kararlarında ana hatlarıyla belirtildiği üzere, mahkeme kural olarak hiçbir kararında dinlemeyi reddetmemektedir⁹¹.

Günümüzde teknolojinin hızla gelişimi sonucu son teknoloji ürünleri olan dinleme cihazları ile özel hayatın gizliliğinin ihlaline yönelik hareketlerin sayısı artmakta ve özel hayatın gizliliğine müdahale çok daha basit ve kolay bir şekilde bu aygıtların kullanılması suretiyle mümkün olmaktadır. İşte son model bu yeni aygıtlara karşı AİHM, önüne gelen olaylarda ilke kararlar vermek suretiyle bu hakkı güvence altına almaktadır. Böylece gerek Komisyon, gerekse Mahkeme, teknik aygıtlarla, telefonların dinlenmesi ve kişilerin özel giz alanına girilmesi gibi Sözleşme'nin yapıldığı anda öngörülemeyen ihtimalleri karşılayan yeni kararlar vererek bu güvenceyi sağlamaktadır.

91 Coşkun, a.g.e., s.153.

İKİNCİ BÖLÜM

İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN UYGULANMA KOŞULLARI VE DENETİM KARARI

I. İLETİŞİMİN DENETLENMESİNİN UYGULANMA KOŞULLARI

A. DENETİME TABİ SUÇLAR YÖNÜNDEN

İletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmuş ülkelerde, bu tedbire bütün suçlar için başvurulmasına izin verilmemekte, sınırlamalar getirilmektedir. Denetime konu suçların belirlenmesinde, genel olarak belirli suç grupları, fiilin ağırlığı veya suçların işlenme biçimlerinin dikkate alındığı görülmektedir⁹².

Ülkemizde iletişimin denetlenmesinin ilk kez düzenlendiği 4422 sayılı yasada denetim kapsamındaki suçların belirlenmesinde ceza miktarı esas alınmadığı gibi, denetim kapsamındaki suçlar katalog şeklinde de belirlenmemiştir. 4422 sayılı yasada düzenlenen suçları işleyenlerin, iştirak edenlerin veya yardım edenlerin iletişiminin denetlenebileceği belirtilmiştir. 5271 sayılı CMK’da katalog yöntemi belirlenmiş ve denetime tabi suçların açıkça belirtilmesi ve sınırlandırılması yoluna gidilmiştir.

CMK’da iletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri, iletişimin denetlenmesi kapsamında kabul edilmekle beraber, bu tedbire herhangi bir suç bakımından başvurulması mümkündür.

1. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 135/6 ncı Maddesinde Yazılı Suçlardan(Katalog Suçlar)⁹³ Birinin İşlenmesi

Temel haklardan olan özel hayatın ve haberleşmenin gizliliğine müdahale sayılan iletişimin denetlenmesi tedbirine demokratik toplumlarda gerekli olduğu ölçüde ve oranlılık ilkesine uygun olarak başvurulabilir. O nedenle, özel hayatın gizliliğini ihlal eden iletişimin denetlenmesi tedbirinin haklı kılınabilmesi için

⁹² Erdem/Özbek, a.g.m., s.281.

⁹³ Suç katologu yönteminde, denetim kapsamındaki suçlar tek tek belirtilen suçlar bakımından mümkündür. Bu suçlardan meydana gelen listeye suç katologu denmektedir. Gökçen, a.g.e.,s.189.

denetime konu olan suçların belli bir ağırlıkta olması ve işlenen suçla ihlal edilen hak ve menfaatin, tedbirin uygulanmasıyla ihlal edilen hak ve menfaatten daha hafif olması lazımdır⁹⁴.

CMK'nın 135/6. maddesinde iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler şu suçlar bakımından kabul edilmiştir;

“a. Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),
2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),
3. İşkence (madde 94, 95),
4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),
5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),
6. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
7. Parada sahtecilik (madde 197),
8. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),
9. (Ek alt bend: 25/05/2005-5353 S.K./17.mad) Fuhuş (madde 227, fıkra 3),
10. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),
11. Rüşvet (madde 252),
12. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),
13. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315),
14. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları,

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

c. (Ek bend: 25/05/2005-5353 S.K./17.mad) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

⁹⁴ Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s.147,148.

d. Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar,

e.Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.”(CMK 135/6)

Tedbire başvurulabilmesi için katalogda yazılı suçlardan birinin işlenmesi lazımdır. Kanuni tanımında neticeye de yer verilen suçlar yönünden, suçun tamamlanmış sayılması için neticenin gerçekleşmesi gerekir.

Ceza normunun kural ve yaptırım unsurları aynı düzenlemede yer almayabilir, ceza yönünden aynı kanunda veya başka bir kanunda yer alan maddeye yollamada bulunulabilir⁹⁵. Ceza bakımından yollamada bulunan maddenin denetim kapsamında bulunması halinde, yollamada bulunan maddenin de denetim kapsamında kabul edilmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak kanunumuzda denetimin kapsamının belirlenmesinde katalog sistemi benimsendiğinden, ceza bakımından yollamada bulunan maddede düzenlenen suç, katalog kapsamında değilse bu suç bakımından iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması mümkün değildir.

CMK'nın 135 inci maddesinde teşebbüs aşamasında kalan suçlar yönünden iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulup başvurulamayacağı hususunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak suçun teşebbüs aşamasında kalması hali içinde yaptırım öngörüldüğünden teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından da tedbire başvurulabilmesi mümkündür⁹⁶. Ancak, hazırlık hareketleri cezalandırılabilen hareketler olmadığından katalog kapsamında yer alan suçun hazırlık hareketleri başlasa da, hazırlık hareketleri yönünden iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulamaması mümkün değildir.

Katalog kapsamındaki suçun birden fazla kişi tarafından birlikte iştirak halinde işlenmesi halinde, müşterek faillerden veya suça azmettirme veya yardım etme şeklinde iştirak eden şeriklerden her birinin iletişiminin denetimi mümkündür. Bir şüpheli ve sanık hakkında usulüne uygun olarak yapılan denetim sırasında başka kişi veya kişilerin de suça iştirak ettiğine dair delil elde edilmesi halinde, bu kişiler

95 Toroslu, a.g.e., s.18.

96 Erdem, a.g.m., s.98.

hakkında da denetim kararı alınabilir. Suç işlendikten sonra faile yardım edilmesi, iştirakın kapsamı dışındadır ve söz konusu suç katalogda ayrıca belirtilmemiş ise suç işlendikten sonra faile yardım edilmesi halinde iletişimin denetimi mümkün değildir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Lüdvvig Lüdü-İsviçre davasında; Dava konusu olay Ludvvig Lüdü adlı şahsın İsviçre'den uyuşturucu alacağını öğrenilmesi üzerine İsviçre-Bern sorgu yargıcının şahsın telefonlarının dinlenilmesine dair verdiği karar doğrultusunda, şahsın telefonları dinlenmiş ve toplanan delillerle şahıs mahkûm olmuştur. Ludvvig Lüdü'de haberleşme özgürlüğüne, özel ve aile yaşamına saldırıda bulunulduğu iddialarına dayalı başvuruda bulunmuştur⁹⁷.

Mahkeme Bay Lüdü kararında polis tarafından kişilerin telefonlarının gizlice dinlenmesi ve kaydedilmesinin veya resim çekici yada kaydedici aletler ile kişilerin takip edilmesinin AİHS'nin 8 inci maddesine aykırı olacağını prensip olarak kabul etmekle birlikte, uyuşturucu madde kaçakçılığı gibi toplum düzenini yakından ilgilendiren bir suçun ortaya çıkarılmasında, yetkili ve görevli mahkemelerin kararı ile sanığın telefon konuşmalarına, konutuna ve özel hayatına müdahale eden polis davranışlarının ve elde edilen delillerin hukuka ve AİHS'ne aykırı olmayacağını ifade etmiştir. Yine mahkemeye göre, adlî polisin görevi, işlenen suçları ve işleyenleri bulmak olduğu için, sanığın işlediği suçun neticesinde adlî makamlar tarafından takip edileceğini ve yakalanacağını bilmesi gerekirdi. Sonuç olarak toplum düzenini bozan bir suçu ve failini bulmak ve başka suçların işlenmesini önleyebilmek için, mahkeme kararı ile adlî makamlar tarafından kişinin hak ve hürriyetlerine yapılan müdahalelerin hukuka uygun sayılacağını ifade etmiştir⁹⁸.

Mahkeme ayrıca; İsviçre'de yasal düzenleme bulunduğunu, uygulamanın yasaya uygun olduğunu, sözleşmenin 8 inci maddesine aykırılık bulunmadığını, 8 inci maddenin ihlal edilip edilmediğini araştırırken bakılması gereken ilk ölçütün demokratik bir toplumda kabul edilebilir bir yasal düzenlemenin varlığı olduğuna da kararında değinmiştir⁹⁹.

97 Doğru, a.g.e., s.938.

98 Şen, Ersan , Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul 1996, s.68.

99 Coşkun, a.g.e., s.151.

2. Tedbirin Kapsamının Belirlenmesi

CMK'da denetim kapsamındaki suçlar katalog şeklinde sayıldığından, denetimin kapsamının belirlenmesinde problem olmayacağı düşünülebilir. Ancak, CMK'nın 135 inci maddesinin düzenlenme biçiminden kaynaklanan sorunlar olduğu gibi ceza hukukuna ilişkin bazı sorunlar nedeniyle de tedbirin kapsamının belirlenmesinde güçlükler ortaya çıkabilecektir¹⁰⁰.

Katalog kapsamında bulunmayan bir suçun işlenmesi katalog kapsamında yer alan bir suçun nitelikli halini oluşturabilir. Katalog kapsamında yer alan TCK'nın 102 nci maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hali veya fiil sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü, suçun netice sebebiyle ağırlaşmış hali kabul edilmiştir¹⁰¹. Adam öldürmek suçu katalog kapsamında bir suç olmakla beraber yaralama niteliğindeki beden ve ruh sağlığının bozulması ve yaralama sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi katalog kapsamında yer alan suçlardan değildir. Katalog kapsamındaki TCK'nın 103 üncü maddesinde düzenlenen cinsel istismarın çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi, suçun nitelikli hali; fiil sonucu mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması ve suç mağdurunun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olunması da suçun netice sebebiyle ağırlaşmış hali olarak kabul edilmiştir. Suçun nitelikli halleri ile ölüme neden olma hariç netice sebebiyle ağırlaşmasına neden olan diğer haller katalog kapsamında yer almaktadır. Suçun temel hali bakımından iletişimin denetlenmesi mümkün olduğundan, nitelikli hali bakımından da tedbire başvurulabilmesi mümkündür.

a. Bağlantılı Suçlar

Katalog kapsamında yer alan bir suç işlenirken katalog kapsamında yer almayan bir başka suç da işlenebilir. Örneğin, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçu işlenirken, dolandırıcılık veya kasten yaralama suçunun işlenmesi gibi. Burada cevaplanması gereken sorulardan biri katalog kapsamında bulunan bağlantılı suç bakımından iletişimin denetiminin mümkün olup olmadığı, bir diğeri de katalog suç

100 Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s.151.

101 Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi(Genel Hükümler), 3. Bası, Ankara 2006, s.801,802.

bakımından yapılan denetim sırasında elde edilen delillerin katalog kapsamında bulunmayan suçlar bakımından da değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir¹⁰².

Katalog kapsamında bulunan suçla bağlantılı olup katalogda yer almayan bir suç bakımından ayrıca iletişimin denetimine ilişkin karar alınması ve uygulanması mümkün değildir. Katalog kapsamında bulunan suçlarla ilgili delil elde edilirken ayrı bir tedbir uygulanmasına ihtiyaç duyulmadan katalog kapsamında bulunmayan suçla ilgili de delil edilebilir. Ancak elde edilen delillerin katalog kapsamında bulunmayan suçla ilgili kullanılıp kullanılamayacağı sorunu vardır. Doktrindeki yaygın görüş bu şekilde elde edilen delillerin tesadüfen elde edilen deliller kapsamında değerlendirilmesi ve katalog kapsamında bulunmayan suçlara ilişkin delillerin yargılamada delil olarak kullanılamayacağı yönündedir¹⁰³. Uygulama da bu şekildedir, bu konu tesadüfen elde edilen deliller başlığı altında ayrıntılı incelenecektir.

CMK'nın 135/6 ncı maddesine göre, örgüte üye olmak, örgüte bilerek ve isteyerek yardım etmek ve örgütün propagandasını yapmak hariç olmak üzere TCK'nın 220 nci maddesinde yazılı suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu, 314 üncü maddede düzenlenen silahlı örgüt, 315 inci maddede düzenlenen silahlı örgütlerin faaliyetinde kullanılmak amacıyla bu örgütlere silah temin edilmesi katalog kapsamında kabul edilmiştir, ancak bu örgütlerin işlemiş oldukları suçların denetim kapsamında olduğuna dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, örgüt kurma suçu bir araç suçtur. Örgütü, işlediği suçlardan ayrı düşünmek mümkün değildir. İşlediği suçlar ayrı tutularak örgütün varlığının kanıtlanması zordur. Bu konudaki tereddütlerin ortadan kaldırılması için yasal düzenleme yapılarak örgütün faaliyeti kapsamında işlenen suçlarında katalog kapsamına alınmasıdır.

b. Suçun Niteliğinin Değişmesi

Tedbir kararı verildikten ve uygulanmaya başlandıktan sonra elde edilen yeni delillerle suçun niteliği değişebilir. Yeni suç katalog kapsamında kalan bir suç olabileceği gibi, katalog kapsamında olmayan bir suça da dönüşebilir. Tedbir kararı

102 Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s.153.

103 Öztürk/Erdem, a.g.e., s.640.

uygulanırken elde edilen delillerin katalog kapsamında yer almayan bir suça ilişkin olduğunun anlaşılması halinde tedbir kararının uygulanmasına son verilmelidir. Ancak, yeni suç katalog kapsamında ise bu durumda yeni suç bakımından tedbir kararının verilmesi koşullarının bulunup bulunmadığının yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, soruşturma aşamasında yeni suçla ilgili olarak tedbirin uygulanma koşullarının mevcut olup olmadığı hususunda mahkemeden karar alınır. Mahkeme yeni suç yönünden de tedbirin uygulanma koşullarının mevcut olduğunu görürse, tedbir uygulanmaya devam edilir ve elde edilen delillerde kullanılabilir, aksi halde tedbirin uygulanmasına son verilir ve elde edilen verilerde delil olarak kullanılamaz¹⁰⁴.

3. Katalog Kapsamındaki Suçların Değerlendirilmesi

CMK'nın 135/6 ncı maddesinde düzenlenen katalog kapsamında kalan suçların, daha çok kişinin hayatına ve cinsel dokunulmazlığına karşı işlenen suçlar ile örgütlü olarak işlenmeye elverişli suçlardan oluştuğu görülmektedir. Ancak öğretide, koruduğu hukuksal yarar ve ağırlığı nedeniyle yağma, nitelikli dolandırıcılık, hizmet sebebiyle emniyeti suistimal, resmi belgede sahtecilik, genel güvenliği kasten tehlikeye sokmak, radyasyon yaymak ve atom enerjisiyle patlamaya neden olma suçlarının da kataloga dahil edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁰⁵.

Esas olarak gizli soruşturma tedbirleri ve iletişimin denetlenmesi tedbirine, başka türlü delil elde etmenin zor olduğu örgütlü suçlarda başvurulur. CMK'nın 135/6 ncı maddesinde, örgüte üye olmak, örgüte yardım etmek ve örgütün propagandasını yapmak hariç olmak üzere TCK'nın 220 nci maddesinde yazılı suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu, TCK 314 üncü maddede düzenlenen silahlı örgüt, TCK 315 inci maddede düzenlenen silahlı örgütlerin faaliyetinde kullanılmak amacıyla bu örgütlere silah temin edilmesi suçu katalog kapsamında kabul edildiği halde, bu örgütlerin işlemiş oldukları suçlar katalog kapsamına alınmamıştır. Suç örgütleri ve silahlı terör örgütlerinin işlemiş olduğu suçlar katalog kapsamında ise, bu suçlar bakımından tedbir kararı alınması ve uygulanması mümkün olacaktır. Aksi halde tedbir kararının alınması ve uygulanması mümkün olmayacaktır. Örgütlü

104 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.708.

105 Şen, Ersan, "İletişimin Denetlenmesi Tedbiri", Ceza Hukuku Dergisi, S.4, Ağustos 2007 s.110.

suçlarla ve terör suçlarıyla mücadelede zorluklara neden olacağı ileri sürülerek bu düzenleme eleştirilmiştir¹⁰⁶.

CMK'nın 135/6-d maddesinde suçlar arasında herhangi bir ayırım yapılmadan Kaçakçılık Kanununda hapis cezasını gerektiren bütün suçlar bakımından iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabileceği belirtilmiştir. Kanunumuzun düzenlemesine göre, katalog kapsamındaki diğer suçlara nazaran daha az cezayı gerektiren suçlar bakımından tedbirin uygulanması mümkün olduğu gibi, niteliği gereği iletişimin denetlenmesi tedbirine ihtiyaç olmayan suçlar bakımından da tedbirin uygulanması mümkün olabilecektir.

B. DENETİME TABİ KİŞİLER YÖNÜNDEN

1. Şüpheli ve Sanık

a. Şüpheli

CMK'nın 135 inci maddesine göre, iletişimin denetlenmesi tedbirine ancak bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada delil elde edilebilmesi için başvurulabilir. Soruşturma; Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade eder.(CMK 2/1-e md) Soruşturma aşamasında suç şüphesi altında bulunan kişiye şüpheli denmektedir.(CMK 2/1-a md)

Bazen işlenen suçlarla ilgili soruşturma başlar ancak suç şüphesi altında bulunan kimse olmaz, bu durumda üzerinde suç şüphesinin yoğunlaştığı şüpheli statüsünde bir kişi mevcut olmadığından, bu suçla ilgili olarak iletişimin dinlenmesi, kaydedilmesi veya tespit işlemlerine başvurulamayacaktır. İletişimin denetlenmesi tedbiri şüpheli veya sanık hakkında uygulanabilir. Bu hallerde iletişimin dinlenmesi, kaydedilmesi, tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirlerine başvurulmasa da sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirine başvurulabileceği düşünülebilir. Çünkü sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirine başvurulabilmesi için şüpheli veya sanığın belli olması gerekli değildir. Zaten bu şekilde şüpheli veya sanığın tespitine çalışılır. Ancak CMK'nın 135/3 üncü maddesinde, tedbir kararında şüpheli veya

106 Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s.217.

sanığın kimliği ile iletişim aracına ilişkin ayrıntıların gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri istisna tutulmamıştır¹⁰⁷.

Soruşturma sonucunda şüpheli hakkında kamu davasının açılması için yeterli şüphe elde edilememesi halinde, şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilir. Hakkında bu şekilde bir karar verilen şüphelinin iletişiminin denetlenmesi mümkün değildir, devam eden tedbirinde derhal sonlandırılması gerekir. Çünkü bu durumda hakkında soruşturma yürütülen bir şüpheli bulunmamaktadır.

Mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine belli bir şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla başvurulabilir. Bu tedbir diğerlerinden farklı olarak şüpheli veya sanık dışındaki kişiler bakımından da uygulanabilir.

b. Sanık

Sanık, kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar suç şüphesi altında bulunan kişiyi; kovuşturma, iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade etmektedir.(CMK 2/1-b,f md)

CMK'nın 135 inci maddesinde 5353 sayılı yasa ile değişiklik yapılmasından önceki halinde sanıklar hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceğine ilişkin bir hüküm mevcut değildi. Yapılan değişiklikle CMK'nın 135/4 üncü maddesinde yer alan “şüphelinin” deyimini, “şüpheli veya sanığın” olarak değiştirilmiş ve sanığın iletişiminin de, şartlar mevcut ise, denetlenebileceği hususunda açık bir düzenleme yapılmıştır. Yapılan bu değişikliğe rağmen doktrinde bu tedbirin yalnızca soruşturma aşamasında uygulanabileceğine dair görüşler ileri sürülmektedir¹⁰⁸.

107 Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s.165.

108 Centel/Zafer, a.g.e., s.420.

2. Diğer Kişiler

Şüpheli veya sanığın iletişimi denetlendiği sırada şüpheli veya sanıkla iletişim kuran herkesin iletişimi denetlenmiş olacak ve bu kişilerin de özel hayatlarının gizliliği ihlal edilmiş olacaktır. Bu durumun önüne geçmek mümkün değildir. Ancak, yapılan denetim sırasında üçüncü kişilerin de tedbire konu bir suçun şüphelisi veya sanığı olduğu anlaşılır ise bu kişiler hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabilmesi için bu kişiler bakımından da CMK'nın 135 inci maddesine göre karar alınması zorunludur¹⁰⁹.

Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişilerle arasındaki iletişiminin denetlenmesi mümkün değildir. Ayrıca üzerinde durulması ve açıklığa kavuşturulması gereken husus, şüpheli veya sanığın iletişim araçlarından yararlandığı kişiler ile şüpheli ve sanığın haberleşmesine aracılık eden ve suçun mağduru konumundaki kişilerin iletişimlerinin denetlenebilir denetlenemeyeceğidir.

a. Şüpheli veya Sanığın İletişim Araçlarından Yararlandığı Kişiler İle

Şüpheli veya Sanığın Haberleşmesine Aracılık Eden Kişiler
CMK'nın 135 inci maddesinde yalnızca şüpheli veya sanığın iletişiminin denetlenmesinden söz edilmiş, şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin iletişiminin denetlenebileceğinden söz edilmemiştir. Şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin iletişimi, ancak mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri bakımından denetlenebilir.

Bunun haricinde, şüpheli veya sanık dışında suça iştirak etmemiş kişilerin iletişiminin denetimi mümkün değildir. Ancak, bundan suça iştirak eden kişilerin veyahut şüpheli veya sanığın kullandığı başkalarına ait iletişim araçlarının denetlenemeyeceği sonucuna ulaşamaz. Zorunlu olarak birlikte işlenen suçlar hariç , bir suç tek başına işlenebileceği gibi birden fazla kişi tarafından birlikte de işlenebilir. 5237 sayılı TCK'da, iştirak bir üst kavram; faillik, azmettirme ve yardım etme, birer iştirak şekilleri olarak kabul edilmiştir. Suçu yalnız veya müşterek faillik şeklinde gerçekleştiren kişi nasıl "suçu işleyen kişi" ise, aynı şekilde suça azmettirme ve yardım etme şeklinde katılan kişide "suçu işleyen kişi"dir. O nedenledir ki suçun

109 Öztürk/Erdem, a.g.e., s.634

düzenlendiği kanun maddelerinde ayrıca, suça iştirak edenlerin cezalandırılacaklarının belirtilmesine gerek duyulmadan kanunun genel hükümleri uyarınca suça iştirak edenler de cezalandırılır ve bu kişiler hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilir. Bununla birlikte, suç işlendikten sonra suç faillerine yardım ve yataklık edilmesi, faillerin iletişimine aracılık edilmesi bakımından iletişimin denetlenmesi mümkün değildir¹¹⁰.

CMK'nın 135 inci maddesinde şüpheli veya sanığın iletişiminin denetiminden söz edilmiş ancak denetime tabi iletişim aracının şüpheli ve sanığa ait olması gerektiği belirtilmemiştir. O nedenle, şüpheli veya sanığa ait olmasa bile şüpheli veya sanığın kullandığı diğer kişilere ait iletişim araçları denetlenebilecektir. Diğer kişilere ait iletişim araçlarının denetime tabi olabilmesi için, iletişim aracı sahibinin bu aracı kullanan kişi veya kişilerin şüpheli veya sanık olduğunu bilmesi gerekli değildir. O nedenle, şüphelinin arkadaşlarının iletişim araçları, gitmiş olduğu ev sahibinin telefonu, sürekli devam ettiği kiraathane veya internet kafede internet üzerindeki iletişimi denetlenebilir¹¹¹.

Şüpheli veya sanığın haberleşmesine aracılık eden kişilerin iletişiminin denetimi bakımından da bir ayrım yapmak gerekir. Eğer, iletişime aracılık eden kişi, şüpheli veya sanığın suç işleyeceğini bilerek ve isteyerek, şüpheli veya sanığa yardımda bulunmuş veya bulunuyor ise, kendisi de suça iştirak etmiş olacağı için katalog kapsamındaki bir suça ilişkin olarak iletişimi denetlenebilecektir.

b. Şikâyetçi veya Mağdur

İletişimin denetlenmesi tedbiri ancak şüpheli veya sanıklar hakkında uygulanabilir. Bu tedbirin şikâyetçi veya mağdur hakkında uygulanabilmesi mümkün değildir. Oranlılık ilkesi gereğince sadece katalog şeklinde sayılan suçlar bakımından uygulanabilen ve sıkı kayıt ve koşullara tabi tutulan iletişiminin denetlenmesi tedbirinin, kural olarak suçun mağduru konumundaki kişiler bakımından uygulanabileceğini kabul etmek mümkün değildir.

110 Ünver/Hakeri, a.g.e., s.176.

111 Kunter/Yenisey/Nuhoglu, a.g.e., s.699.

Telefonla yapılan tehdit, hakaret, şantaj, cinsel taciz gibi suçlarla ilgili olarak suç mağduru konumundaki kişilerin soruşturma ve kovuşturma makamlarına başvurarak iletişimlerinin denetlenmesini talep ettikleri görülmektedir. Herhangi bir şüphelinin bulunmadığı hallerde suç faillerinin belirlenmesi ve suça ait delillerin elde edilebilmesi için suç mağdurlarının iletişimlerinin denetlenmesi faydalı olabilir. Ancak kanunumuzda delil elde edilebilmesi amacıyla suç mağdurlarının talebi veya rızası üzerine iletişiminin denetlenebileceği hususunda herhangi bir düzenleme mevcut değildir.

CMK'nın 135 ve devamı maddelerin yeniden düzenlendiği Adalet Komisyonu Raporu gerekçesinde ve CMK Tasarısında bu hususta bir hüküm yer almamakla birlikte, Tasarısının gerekçesinde, "telefonla sürekli rahatsız edildikleri için polise başvurarak telefonlarının dinlenmesini istemiş bulunan kişiler bakımından, elbette ki bu usul uygulanmayacaktır" denilerek, telefonla rahatsız edilen kişiler bakımından kanundaki sınırlayıcı hükümlere tabi olmadan suçun mağdurlarının talebi üzerine iletişimin denetiminin mümkün olduğu belirtilmiştir. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında da bazı ülke yasalarında iletişimin taraflarından birinin rızası üzerine kanundaki sınırlayıcı hükümlere tabi olmadan iletişimin denetlenmesinin kabul edildiği görülmektedir¹¹². CMK'nın 135 inci maddesindeki sınırlayıcı hükümler şüpheli veya sanıkların iletişiminin denetimi bakımından söz konusu olup, mağdur veya şikâyetçinin rızasının bulunması halinde bu madde hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. O nedenle, telefonla rahatsız edildiğini ileri sürerek savcılığa müracaat eden kişinin talebi üzerine CMK'nın 135 inci maddesindeki koşullara tabi olmaksızın iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanabilecektir¹¹³.

İletişimin denetlenmesi konusunda çeşitli ihtimallere göre farklı görüşler ileri sürülmesi ve farklı sonuçlara ulaşılması mümkün ise de katalog kapsamında yer almasa bile suçun mağdurunun talebi üzerine yasadaki usul ve esaslara uyulması koşuluyla mağdurun iletişimin tespiti mümkün olmalıdır¹¹⁴. İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinin yayınlanmasından önce Yargıtay da, mağdurun talebi üzerine

112 Kaymaz,Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s.170.

113 Ünver/Hakeri, a.g.e., s.185.

114 Özbek, a.g.e., s.429.

Cumhuriyet savcısının iletişimin tespitini talep edebileceğine hükmetmiş ve bunu Cumhuriyet savcısının CMK'nın 161 ve 162 nci maddelerindeki soruşturma çerçevesindeki görev ve yetkisi kapsamında değerlendirmiştir¹¹⁵. Bu karardan önce mağdurun talebi üzerine iletişimin tespitine ilişkin talepler TİB tarafından usulüne uygun olmadığından iade edilmekte iken bu karardan sonra yerine getirilmektedir. Yargıtay'ın kararlarından sonra 14.2.2007 tarih ve 26434 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren iletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği'nin 10/4 üncü maddesinde, "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 şikâyetçinin iletişiminin tespitinin Cumhuriyet savcısının yazılı kararıyla" istenebileceği belirtilmektedir. Yargıtay'da mağdurun rızası veya talebi üzerine Cumhuriyet savcısının istemiyle iletişimin tespit edilebileceğine dair görüşünü ve uygulamasını sürdürmektedir.

3. Denetimi Yasak Olan Kişiler

Ceza Muhakemesinin amacı, maddi gerçeğin araştırılması ise de kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla bu ilkeye bazı sınırlamalar da getirilmiştir. Örneğin, işkence, aldatma ve benzeri yasak sorgu yöntemleriyle delil elde edilmesi yasaklanmıştır. Yine, bu düşüncelerle bazı meslekleri icra edenlere ve şüpheli veya sanığın yakınlarına tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır¹¹⁶. Bu düşüncelerin sonucu olarak ceza muhakemesinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine de bazı sınırlamalar getirilmiştir.

Hukukumuzda telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin ilk kez düzenlendiği 4422 sayılı yasada tanıklıktan çekinme hakkı olanların ve müdafilerin şüpheli veya sanıkla yapmış oldukları iletişimin denetlenemeyeceğine dair bir hüküm mevcut değildi. Ancak, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar bakımından CMUK'un 89 uncu maddesinde yer alan, sanıkla tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar arasındaki mektuplara el

115 Yargıtay 5.CD.3.10.2005, 2005/14969 E, 2005/20489 K, Yargıtay 4.CD.29.11.2006, 2006/4669E,

2006/17007 K. Yargıtay 4.CD.28.03.2007, 2007/1398 E, 2007/2879 K.

116 Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996, s.158.

konulamayacağına ilişkin hükümlerin burada da kıyas yoluyla uygulanabileceği kabul edilmekteydi. Yine, CMUK'un 144 üncü maddesindeki “yakalanan veya tutuklu bulunan kişi vekaletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tabi tutulamaz” şeklindeki hüküm ile savunma hakkına getirilen güvencenin telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetimi için de geçerli olduğu ileri sürülmüştür¹¹⁷.

5271 sayılı CMK'da, şüpheli veya sanığın, gerek kişisel nedenlerle, gerekse de meslek sırrı nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlarla iletişimi bakımından kayda alma yasağı kabul edilmiştir. CMK'nın 135/2 nci maddesinde iletişimin denetimi yasağı bakımından tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümlere yollamada bulunulmuştur. Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişilerle iletişimi bakımından denetim yasağı mevcut ise de, bu kişilerin suç işleme veya suça iştirak etme şüphesi altında bulunmaları halinde yasak söz konusu değildir.

a. Tanıklıktan Çekinme Hakkına Sahip Olanlar Hakkındaki Denetim Yasağı

CMK'nın 135/2 nci maddesinde “şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişim kayda alınamaz” denilerek, şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişilerle yaptığı iletişimin kayda alınması yasaklanmıştır. 45 inci maddesine göre; Şüpheli veya sanığın nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy, üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları, şüpheli veya sanıkla aralarında evlatlık bağı bulunanların tanıklıktan çekinme hakkı bulunmaktadır. İletişimi denetlenemeyecek olan kişiler, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar olarak belirtilince ortaya iletişimi denetlenemeyecek çok büyük bir grup çıkmıştır.

CMK'nın 46/1-a maddesine göre, avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle

117 Erdem/Özbek, a.g.m., s.272-273.

öğrendikleri bilgiler bakımından tanıklıktan çekinme hakkına sahip oldukları belirtilmektedir. CMK'nın 135/2 nci maddesindeki iletişimin denetlenmesine ilişkin yasak, müdafileri de kapsamaktadır. Çünkü, ancak avukatlar müdafii sıfatını alabilir. CMK'nın 136 ncı maddesinde müdafiler bakımından ayrıca bir denetim yasağı kabul edilmiştir.

CMK'nın 46/1-b maddesine göre ise, hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ile diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler; malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterler bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler bakımından tanıklıktan çekinme hakkına sahiptirler.

CMK'nın 135/2 nci maddesinde herhangi bir ayırım yapılmadan tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanların şüpheli veya sanıkla yaptığı iletişimin denetlenemeyeceği belirtildiğinden, şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlarla yaptığı iletişim denetlenemeyecektir.

CMK'da gazeteciler bakımından tanıklıktan çekinme hakkı kabul edilmemiş ise de, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 12 nci maddesinde, “Sürelî yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibi, bilgi ve belge dahil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamaz” denilmektedir. Böylece, sürelî yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibine haber kaynaklarını açıklamaktan ve bu konuda tanıklık yapmaktan çekinme hakkı tanınmıştır¹¹⁸.

CMK'nın 135/2 nci maddesinde, tanıklıktan çekinme bakımından yalnızca CMK'nın 45 ve devamı maddelerine yollamada bulunulmamıştır. Bu nedenle 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 12 nci maddesinde, bu maddede sayılan basın mensuplarının her türlü haber kaynağı bakımından tanıklıktan çekinme hakkı olduğu belirtildiğinden basın mensuplarının haber kaynaklarıyla yaptığı iletişimin kaydedilemeyeceğini kabul etmek gerekir.

118 Erman, Sahir/Özek, Çetin, Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2000, s.135.

CMK'nın 135/2 nci maddesinin son cümlesinde, “kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtlar derhal yok edilir” denilmektedir. Acaba CMK'nın 135/2 nci maddesinde yalnızca kayda alma mı yasaklanmıştır? Maddenin ifade biçiminden yola çıkılarak, doktrinde, yalnızca şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinme hakkı olan kişilerle yapmış olduğu iletişimin kayda alınmasının yasaklandığı, iletişimin dinlenmesi bakımından bir yasağın söz konusu olmadığı savunulmaktadır. Yazarlara göre, bu hüküm Adalet Bakanlığında oluşturulan Komisyonda hazırlanırken, iletişimin dinlenememesi de önerilmiştir. Ancak, iletişimin dinlenmeden, şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişilerle iletişim kurduğu belirlenemeyeceğinden, sadece iletişimin kayda alınamayacağı hususu hükme bağlanmıştır¹¹⁹.

Tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanların şüpheli veya sanıkla birlikte suç işlemleri veyahut şüpheli veya sanığın işlediği suça iştirak etmeleri halinde de iletişimlerinin denetlenmesi mümkündür. Acaba, tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişilerle ilgili olarak iletişimin tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespiti bakımından da bir yasak söz konusu mudur? Doktrinde bu konu üzerinde yeterince durulduğunu söylemek mümkün değildir. Madde ile iletişimin dinlenmesi, tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri bakımından da bir yasağın kabul edildiği görüşleri ileri sürülmüştür¹²⁰.

CMK'nın 135 inci maddesinin gerekçesinde bu soruna ışık tutacak bir açıklamanın bulunmaması, ayrıca 136 ncı maddede CMK'nın 135/2 nci maddesiyle pek uyumlu olmayan bir düzenleme yapılması bu konuda yorum yapmayı ve sağlıklı bir sonuca ulaşmayı güçleştirmektedir. CMK'nın 135/2 nci maddesinin lafzına bakıldığında, iletişimin tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespiti bakımından bir yasağın kabul edilmediği sonucu çıkmaktadır. Ancak, CMK'nın 135/2 nci maddesindeki hüküm, CMK'nın 136 ncı maddesindeki hükümle birlikte değerlendirildiğinde bazı sorunlar ortaya çıkacaktır. Zira CMK'nın 136 ncı maddesinde, “şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135 inci madde hükmü uygulanamaz” denilmektedir. CMK'nın 136 ncı maddesinde

119 Ünver/Hakeri, a.g.e., s.174 -175.

120 Taşkın, a.g.e., s.155.

mobil iletişim araçlarına, örneğin mobil telefonlarla yapılan iletişime ilişkin bir yasak öngörülmediğinden, şüpheli veya sanığın müdafii ile mobil telefonla yaptığı iletişim bakımından bir yasağın bulunmadığı sonucuna varılır.

Mobil telefonun yerinin tespiti, diğer denetim şekillerinden farklı düzenlenmiştir. Yalnız şüpheli veya sanığın değil, herhangi bir sınırlama yapılmadan şüpheli veya sanığa ulaşmayı sağlayacak diğer kişilere ait mobil telefonların da izlenmesi amaçlanmıştır. CMK'nın 135/2 nci maddesinde, iletişimin içeriğinin ele geçirilmesinin söz konusu olmadığı iletişimin tespiti, mobil telefonun yerinin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi bakımından tanıklıktan çekinme hakkı olanlar için bir yasak öngörülmemiştir. O nedenle, maddenin ifade biçimine göre, şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişilerin mobil telefonlarının izlenmesi ve yerinin tespit edilmesi mümkün görünmektedir.

b. Müdafiler Hakkındaki Denetim Yasağı

CMK'nın 136 ncı maddesinde, “şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135 nci madde hükmü uygulanamaz” denilmektedir. Buna göre, şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları ile yaptığı iletişim denetlenemeyecektir.

CMK'nın 135/2 nci maddesinde tanıklıktan çekinme hakkına olan avukatların iletişiminin denetimini yasaklayan bir düzenleme bulunmasına rağmen, CMK'nın 136 ncı maddesinde müdafilerin telekomünikasyon yoluyla yaptıkları iletişimin denetlenmesi yasağı hakkında ayrı bir düzenleme yapılmıştır.

CMK'nın 136 ncı maddesine göre, yalnız müdafinin iletişiminin denetimi mümkün olmayacaktır. Müdafî, “şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı”dır. (CMK 2-c md) Dolayısıyla, CMK'nın 135/2 nci maddesinde, ceza muhakemesi dışındaki bir muhakemede vekillik görevini üstlenen avukatın şüpheli veya sanıkla yapacağı iletişim koruma altına alınmıştır. Oysa CMK'nın 136 ncı maddesine göre, şüpheli veya sanıkla yapmış olduğu iletişimin denetlenememesi için avukatın bir ceza soruşturma veya kovuşturmasında şüpheli

veya sanığın savunmasını üstlenmesi lazımdır¹²¹. CMK'nın 135/2 nci maddesinde denetlenemeyecek olan kişiler daha geniş tutulmuştur.

CMK'nın 135/2 nci maddesinde, şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişilerle arasındaki iletişimin kayda alınamayacağı belirtilmiş iken, CMK'nın 136 ncı maddesinde şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında CMK'nın 135 inci maddesi hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmiştir. Buna göre, iletişim araçları bakımından CMK'nın 135/2 nci maddesinin, denetim türleri bakımından ise 136 ncı maddesinin daha geniş bir koruma sağladığı görülmektedir.

CMK'nın 136 ncı maddesinde müdafinin kullanmış olduğu mobil telefonlarla ilgili bir düzenlemeye yer verilmiş değildir. Savunma hakkının gereği gibi yerine getirilebilmesi için şüpheli veya sanığın müdafii ile yaptığı iletişimin denetimi bakımından yasak getirildiğine, mobil telefonlar da günümüzde iletişimde yaygın bir şekilde kullanıldığına göre, mobil telefonların yasağın kapsamı dışında tutulması anlamsız olmuştur. Maddenin gerekçesinden ve hazırlık çalışmalarından müdafilerin mobil telefonları ile yapılan iletişimin neden denetim yasağı dışında tutulduğuna dair bir açıklık bulunmamaktadır. İlk akla gelen ihtimal, unutkanlık sonucu olarak CMK'nın 136 ncı maddesinde müdafilerin mobil telefonlarına yer verilmediğidir.

Ancak, müdafinin denetim dışında tutulmak istenen telekomünikasyon araçlarının bulunduğu yerlerin tek tek sayılması yönteminin tercih edilmesi nedeniyle, müdafinin mobil telefonlarının bir unutkanlık sonucu değil, bilinçli bir tercih sonucu yasak kapsamı dışında tutulduğu anlaşılmaktadır. Bu konuda bir açıklık bulunmamakla beraber kanun koyucunun, müdafilerin mobil telefonlarının

121 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun geçici 13 üncü maddesine göre 3499 sayılı Avukatlık Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihte dava vekaleti ruhsatnamesine sahip olanların, 5 avukat bulunmayan yerlerde vekalet icra etmeleri mümkündür. Yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı CMUK'un 137 nci maddesinde de "müdafii avukatlık veya dava vekilliği etmeye kanuni yetkisi olan kimselerden intihap olunabilir" denilmekteydi. Dolayısıyla 1412 sayılı CMUK'un yürürlükte olduğu dönemde dava vekilleri de müdafii olarak atanmaktaydı. Ancak 5271 sayılı CMK'nın 2/c maddesine göre müdafilik görevini ancak bir avukat üstlenebilir.

yerinin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine imkân tanımak amacıyla bu yönde bir düzenlemeye gitmiş olması muhtemeldir¹²².

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri esas itibariyle şüpheli veya sanığın belirlenmesine yöneliktir. İletişimin tespiti ile de suç işleme şüphesi altındaki kişilerin kimlerle iletişim kurduğu araştırılır ve bu verilerden yola çıkılarak daha ziyade suç ortaklarının belirlenmesine ve suçun aydınlatılmasına çalışılır. Şüpheli veya sanığın müdafii ile telekomünikasyon araçlarıyla görüşmesi beklenebilir bir olaydır ve istisnai bazı haller hariç bunun tespit edilmesinin soruşturma ve kovuşturmayla yapacağı bir katkı olmaz. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi de daha ziyade suç anında ve suç işlenmeden bir süre önce veyahut sonra olay yerinde kimlerin bulunduğunu tespiti, yani şüpheli ve sanığı belirlemeye yönelik bir tedbirdir. Müdafii kendisi suç şüphesi altında ise kendisi hakkında CMK'nın 135/2 nci ve 136 ncı maddesindeki sınırlamalar söz konusu olmadan iletişiminin denetimi mümkündür. Suç şüphesi altında olmayan müdafinin mobil telefonuna ilişkin sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi de yararsız ve anlamsız bir işlem olacaktır.

Mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri, şüpheli veya sanığın yakalanması amacına yöneliktir. CMK'nın 135/4 üncü maddesinde de, şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için mobil telefonun yeri tespit edilebilir, denilmektedir. Müdafinin mobil telefonu izlenerek kaçak haldeki şüpheli veya sanığın yakalanması amaçlanmış olsa da, müdafinin mobil telefonunun yerinin tespiti CMK'nın 135/2 nci ve 136 ncı maddelerinin amacına aykırı olur. Şüpheli veya sanığın savunma hakkından yararlanamaması, müdafilerin de savunma görevini gereği gibi yapamaması sonucunu doğurur. Şüpheli veya sanığın müdafii hakkında koruma tedbirlerinin ve bu arada mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin uygulanmasının hukuka aykırı olduğunu kabul etmek gerekir.

CMK'nın 136 ncı maddesinde yalnızca müdafiden söz edildiği için avukat stajyerleri ve müdafinin yardımcıları bakımından CMK'nın 136 ncı maddesi hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Ancak, avukat stajyerleri ve yardımcıları tanıklıktan çekinme hakkına sahip olduklarından bu kişilerin iletişimi de CMK'nın 135/2 nci maddesinin sağlamış olduğu korumadan yararlanır. CMK'nın

122 Taşkın, a.g.e., s.155.

136 ncı maddesindeki denetim yasağı şüpheli veya sanığın müdafii ile yaptığı iletişime ilişkin olup, müdafinin suç şüphesi altında olması ve hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması halinde CMK'nın 136 ncı maddesi hükümlerinin uygulanması söz konusu değildir¹²³.

Burada üzerinde durulması gereken bir husus da şudur; Acaba denetim yasağı, hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılan belli bir şüpheli veya sanığın müdafii ile yaptığı iletişim ile mi sınırlıdır; yoksa müdafinin şüpheli veya sanıkla ilgili olarak başka kişilerle yaptığı görüşmeler bakımından da denetim yasağı mevcut mudur? Dikkat edilirse, CMK'nın 136 ncı maddesinde, “şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla” denetim yasağının olduğu belirtilmektedir. O nedenle, denetimi yasak olan iletişimin, yalnızca müdafinin şüpheli veya sanıkla yaptığı iletişim olmamalıdır. Müdafinin telekomünikasyon araçlarıyla şüpheli veya sanıkla yaptığı iletişim yasak kapsamında olduğu gibi, müdafinin şüpheli veya sanık dışındaki kişilerle yaptığı iletişim sırasında o şüpheli veya sanıkla ilgili elde edilen mesleki sırların da yasak kapsamında olması gerekir. Aksi yorum, maddenin düzenlenme amacına aykırı olur¹²⁴.

Avukatın, müdafiliğini üstlendiği kişinin işlemiş olduğu suça iştirak etmesi halinde, aynı zamanda müdafî sıfatının devam etmesi nedeniyle CMK'nın 136 ncı maddesi hükümleri uyarınca iletişiminin denetlenemeyeceği ileri sürülebilir¹²⁵. Ancak, şüpheli veya sanık sıfatı ile müdafilik sıfatı birleşemez. O nedenle, bir suçta müşterek fail olma veya iştirak etme şüphesi altında olan avukatın müdafî sıfatıyla iletişimin denetlenmesi yasağından yararlanması olanağı yoktur¹²⁶. Dikkat edilirse, burada avukatın iletişimi, müdafii bulunduğu kişiye yönelik suç isnadı nedeniyle değil, bizzat kendisinin işlediği suç dolayısıyla denetlenmektedir¹²⁷.

123 Noyan, Erdal, Ceza Muhakemesi, 2.Bası, Ankara 2005, s.302.

124 Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s.190.

125 TBB ve İÜHF Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezince İstanbul'da 1-2 Kasım 2007 Tarihlerinde Yapılan Türkiye IV. Bilişim Hukuku Sempozyumu'na sunulan Tebliğ, s.9.

126 İçel, Kayıhan/Ünver, Yener, Kitle Haberleşme Hukuku, İstanbul 2005, s.288.

127 Ünver/Hakeri, a.g.e., s.199.

4. Denetimi Özel Usullere Tabi Olan Kişiler

Kamu görevlilerinin gereksiz şikâyet ve ihbarlar ile soruşturma ve kovuşturmayaya uğrama korkusu taşımadan bu görevlerini güven içinde yapmalarının sağlanması düşüncesiyle kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili işlemiş oldukları suçların, bazı kamu görevlilerinin ise ayrıca görevleri sırasında işlemiş oldukları suçların soruşturulması farklı usullere tabi tutulmuştur. Bu konudaki ilk kanun Cumhuriyet öncesine dayanan 4 Şubat 1329 tarihli Memurun Muhakematı Hakkında Kanun'dur. 4.12.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ile bu kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

4483 sayılı yasaya göre, ağır cezayı gerektiren suçüstü hali hariç, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma yapılması yetkili mercilerin iznine tabidir. 4483 sayılı yasanın 2/2 nci maddesinde, 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 hükümlerin saklı olduğu belirtilmektedir. Buna göre, görevleri ve sıfatları sebebiyle 4483 sayılı yasa dışında özel soruşturma usullerine tabi olan kişiler hakkında ilgili kanunlardaki özel soruşturma usulleri uygulanacaktır. Örneğin, hâkim ve savcılar, askerler, avukatlar, Cumhurbaşkanı, Başbakan ve bakanlar, milletvekilleri, yüksek mahkeme üyeleri, yüksek öğretim kurumları görevlileri bakımından 4483 sayılı yasa dışında ayrı soruşturma usulleri bulunmaktadır ve bu soruşturma usulleri de birbirinden farklı özellikler göstermektedir¹²⁸.

CMK'nın 135 ve devamı maddelerinde özel soruşturma usullerine tabi kişilerin iletişiminin ne şekilde denetleneceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için özel soruşturma usullerinin kısaca incelenmesinde yarar vardır.

128 Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s.193.

a. 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanuna Göre Haklarında Soruşturma Yapılması İzne Tabi Kişiler

4483 sayılı yasaya göre kamu görevlileri hakkında görevleri sebebiyle işlemiş oldukları suçlar nedeniyle soruşturma yapılabilmesi yetkili merciin iznine tabidir. Yetkili merciler kanunun 3 üncü maddesinde gösterilmiştir. 4483 sayılı yasanın 5 ve 6 ncı maddelerine göre, bu kanun kapsamında bir suçun işlenmesi halinde izin vermeye yetkili merci bir ön inceleme yaptıracak ve yapılan incelemenin sonucuna göre soruşturma için izin verilip verilmediğine karar verecektir. İzin verilmesi halinde soruşturma yetkili ve görevli Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacaktır. Görev ve sıfatları sebebiyle bazı görevliler hakkındaki soruşturma Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya il Cumhuriyet Başsavcısı tarafından yapılacaktır.

Kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işlemiş oldukları tüm suçların soruşturulması idari merciler tarafından yapılmamaktadır. Örneğin, 4483 sayılı yasanın 2/3 üncü maddesine göre ağır cezayı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir. 3628 sayılı yasanın 17/1 inci maddesine göre, bu kanunda ve Bankalar Kanununda yazılı suçlarla, 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 yasa hükümleri uygulanmayacaktır. Bu suçlarla ilgili olarak genel hükümlere göre soruşturma yapılacaktır.

İşkence suçu dışında, CMK'nın 135/6 ncı maddesinde sayılan ve yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilecek diğer suçlara 3628 sayılı yasanın 17 nci maddesinde yer verilmiştir. Kamu görevlileri tarafından işlenebilecek bir suç olan işkence suçundan dolayı soruşturma yapılması 4483 sayılı yasanın 2/5 inci maddesi gereğince genel hükümlere tabidir. Dolayısıyla, belirtilen suçlarla ilgili olarak kamu görevlileri hakkında CMK'nın diğer hükümleriyle beraber iletişimin denetlenmesi tedbiri de uygulanabilecektir.

Müsteşarlar, valiler ve kaymakamlar haricindeki kamu görevlilerinin 3628 sayılı yasa da yazılı olanlar dışında işlemiş oldukları suçlar bakımından 4483 sayılı yasa hükümlerine göre soruşturma yapılacaktır. Katalog kapsamında bulunmayan bu suçlar bakımından dinleme, kaydetme ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinin uygulanması mümkün değildir. Ancak, iletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirlerine başvurulabilmesi mümkündür. O nedenle, ön inceleme aşamasında bu tedbirlerin uygulanıp uygulanamayacağının belirlenmesi gereklidir.

Bu hususun açıklığa kavuşturulabilmesi için ön inceleme görevlilerinin ne tür yetkilere sahip olduklarının ve yapmış oldukları soruşturmanın niteliğinin tespit edilmesi gerekir. Ön inceleme görevlilerinin gecikmesinde sakınca bulunan hallerde CMK'nın 135 inci maddesi uyarınca telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi konusunda talepte bulunma yetkilerinin olup olmadığı hususunda tereddütler bulunmaktadır.

4483 sayılı yasanın 6 ncı maddesinde, “ön inceleme ile görevlendirilen kişi veya kişiler, bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerini haiz olup, bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre işlem yapabilirler” şeklindeki hükümden yola çıkılarak, doktrinde genel olarak, ön inceleme yapan görevlinin yaptığı inceleme Cumhuriyet savcısının yaptığı soruşturmaya benzetilmekte ve ön inceleme görevlisinin Cumhuriyet savcısının sahip olduğu tüm yetkilere sahip olduğu, dolayısıyla hâkimden koruma tedbirlerinin uygulanmasını talep edebileceği savunulmaktadır¹²⁹.

Ancak, bu aşamada henüz “şüpheli” sıfatını taşıyan bir görevlinin bulunmadığı gözden kaçırılmamalıdır. Koruma tedbirleri şüpheli veya sanık hakkında uygulanabildiğine ve ön inceleme aşamasında henüz şüpheli sıfatı kazanılmadığına göre bu aşamada hakkında inceleme yapılan görevli hakkında

129 Yurtcan, a.g.e., s.601.

koruma tedbirlerine ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulamayacağını kabul etmek gerekir¹³⁰.

Ön inceleme sonucunda, hakkında soruşturma izni verilen görevliler hakkında yapılan soruşturma aşamasında ihtiyaç duyduğunda diğer koruma tedbirleri ile birlikte telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine de başvurulabilecektir. Soruşturma aşamasında tedbir kararı verme yetkisi ve görevi 4483 sayılı yasanın 12/2 nci maddesine göre; Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, müsteşarlar ve valiler için Yargıtay'ın ilgili ceza dairesine, kaymakamlar için il asliye ceza mahkemesi, diğerleri için ise genel hükümlere göre yetkili ve görevli sulh ceza hâkimine aittir.

b. Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları

Hâkim ve Cumhuriyet savcılarının kişisel suçları hakkında soruşturma yapılması izne tabi değildir. 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 93 üncü maddesine göre, "Hâkim 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 ağır ceza mahkemesine aittir.

Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarındaki hâkim ve savcıların kişisel suçları hakkında soruşturma ve kovuşturma Ankara Cumhuriyet Başsavcısı ve ağır ceza mahkemesine aittir." Bu nedenle, CMK'nın 135 inci maddesindeki koşulların bulunması halinde kişisel bir suç nedeniyle hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan savcı ve hâkimin iletişimi denetlenebilir.

Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hallerinde hâkim ve Cumhuriyet savcısı hakkında soruşturma yapmak için Adalet Bakanlığından izin alınması gerekmemektedir. Soruşturma genel hükümlere göre yetkili Cumhuriyet savcıları tarafından yapılacaktır.(2802/94 md)

2802 sayılı yasanın 88 inci maddesinde, "Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halleri dışında suç işlediği ileri sürülen hâkim ve savcılar

130 Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri, Ankara 2007, s.377.

yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz, sorguya çekilemez. Ancak, durum Adalet Bakanlığına bildirilir” denilmektedir. 88 inci maddede ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde uygulanabilecek koruma tedbirleri sayıldığına göre, bu maddede sayılmayan koruma tedbirleri uygulanabilecek midir?

Cumhuriyet savcısı ve hâkimin kişisel suçlarından dolayı sorguya çekilmesi mümkün olduğuna göre tutuklanması da mümkündür. Yine arama yapılabildiğine göre, arama sonucu elde edilen suç delili veya suç eşyasına el koymanın mümkün olduğunu kabul etmek gerekir. Teknik araçlarla izleme ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunda ise çeşitli görüşler ileri sürülebilir.

Ancak, 2802 sayılı yasanın 88 inci maddesi, ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde hâkim ve Cumhuriyet savcıları hakkında hangi koruma tedbirlerinin uygulanabileceğini düzenlemeye yönelik bir hüküm olmayıp, bu hükümle esas itibariyle ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halleri dışında, haklarında maddede belirtilen koruma tedbirlerinin uygulanamayacağı ve sorguya çekilemeyecekleri hususları vurgulanmak istenmiştir. Bu hükümlere göre, durumun Adalet Bakanlığına bildirilmesi dışında hâkim ve savcılar hakkında soruşturma yapılması ve maddede yazılı koruma tedbirlerine başvurulmasının mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. 88 inci maddede asıl vurgulanmak istenen de budur.

Kişisel suç ve ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri hariç hâkim ve savcıların görevleri sırasında veya görevleri sebebiyle işlemiş oldukları suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma yapılması Adalet Bakanlığının iznine tabidir.(2802/82, 87 md) Hâkim ve savcılar hakkındaki soruşturma üç aşamada gerçekleşmekte olup, her aşama için Adalet Bakanlığından izin alınması gereklidir. Bu aşamalardan ilki inceleme aşaması, ikincisi soruşturma aşaması, üçüncüsü ise son soruşturma açılması aşamasıdır. İnceleme aşamasında, adalet müfettişi veya yetki verilen hâkim veyahut Cumhuriyet savcısı tarafından kaybolmasından korkulan deliller toplanır, şikâyetçi veya ihbar eden dinlenir, gerekli belgeler toplanarak ilgili hakkında soruşturma açılmasının gerekip gerekmediğine dair bir düşünce yazısı ekinde Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilir. Bu aşamada henüz soruşturma izni

verilmediğinden telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması mümkün değildir.

Adalet Bakanlığınca soruşturma izni verilmemesi halinde inceleme sona erer ve soruşturma aşamasına geçilmez. Adalet Bakanlığınca soruşturma izni verilmesi halinde ise adalet müfettişi veya yetki verilen hâkim veyahut Cumhuriyet savcısı, hakkında soruşturma yapılan hâkim ve savcının savunmasını alabileceği ve diğer delilleri toplayabileceği gibi koruma tedbirlerinin uygulanması için yetkili hâkime başvurabilir¹³¹.

Nitekim 2802 sayılı yasanın 85 inci maddesinde, soruşturma sırasındaki tutuklama istemlerini incelemeye yetkili merci belirtilerek bu aşamada koruma tedbirlerinin uygulanmasının mümkün olduğu kabul edilmiştir. Her ne kadar maddede yalnızca tutuklama tedbirinden söz edilmekte ise de, soruşturma aşamasında hâkim veya Cumhuriyet savcısı hakkında diğer koruma tedbirleri ve iletişimin denetlenmesi tedbirinin de uygulanabileceğini kabul etmek gerekir¹³².

Soruşturma aşamasında, hâkim ve savcılar hakkında tedbir kararı verme yetkisinin hangi merciiye ait olduğu hususu 2802 sayılı yasanın 85 ve 89 uncu maddesine göre belirlenecektir. Soruşturma aşamasında, hâkim ve savcılar hakkında inceleme yapmakla görevlendirilen adalet müfettişleri ile görevlendirilen hâkim ve savcılar tedbir kararı verebilir mi?

24.1.2007 tarih ve 26413 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin 98/1-ç maddesinde, "İstinabe, tanık dinlenmesi, arama, el koyma, kesif, haberleşmenin tespiti ve dinlenmesi gibi delil toplama işlemleri sırasında Cem Muhakemesi Kanununun hükümleri ile birlikte 2802 sayılı Kanun'un 101 inci maddesindeki yetkiler kullanılır, hâkim ve Cumhuriyet savcıları lehine 2802 sayılı Kanun'un 85 ve 88 inci maddelerinde yer alan kısıtlayıcı hükümler dikkate alınır" denilmektedir. Öncelikle adalet müfettişlerinin 98 inci maddede yazılı işlemler ve koruma tedbirleri ile birlikte iletişimin denetimi bakımından kullanacağı belirtilen CMK'daki yetkiden ne

131 Özen, Muharrem, Hâkimin Cezai sorumluluğu, Ankara 2004, s.272.

132 Gökcan/Artuç, a.g.e., s.787.

anlaşılması gerektiği, bu yetkinin Cumhuriyet savcısı yetkisi mi, yoksa hâkim yetkisi mi olduğunun belirlenmesi lazımdır. Kanımızca, adalet müfettişinin yaptığı inceleme ve soruşturma esas itibarıyla Cumhuriyet savcısının yaptığı soruşturma niteliğindedir. Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin 98 inci maddesinde sözü edilen yetkiler, CMK'nın Cumhuriyet savcısına vermiş olduğu yetkililerdir.

İnceleme ve soruşturma sırasında iletişimin denetlenmesi tedbirine ihtiyaç duyan adalet müfettişi veya inceleme ve soruşturma ile görevlendirilen hâkim ve Cumhuriyet savcısı bunu yetkili hâkimden talep etmelidir. Yargıtay 4 üncü Ceza Dairesi'nin bu konuyla ilgili vermiş olduğu bir kararda¹³³, soruşturmacının 2802 sayılı yasanın 101 inci maddesindeki yetkisi kapsamında hâkim kararına ihtiyaç bulunmadan iletişimin tespitine ilişkin kayıtların ilgili kurumlardan isteyebileceği belirtilmektedir. Soruşturmacı Cumhuriyet savcısı yetkisini kullanmaktadır.

133 Karara konu olayda, Kuşadası ilçesinde görev yapan bir Cumhuriyet Savcısı hakkında, "ilçede görev yapan bir bayan avukatla mesleğin gerektirdiğinden fazla samimi olduğu, bir düğüne gittiğinde eşiyle adı geçen avukatın masasında bir süre oturduğu ve aynı pistte oynadığı, kızını götürdüğü tenis kursunda görüştüğü, bu davranışları ile adliye dedikodu çıkmasına sebebiyet verdiği" iddiasıyla 2802 sayılı Yasanın 82 nci maddesi uyarınca verilen soruşturma izni kapsamında, soruşturma ile görevlendirilen Söke Cumhuriyet Başsavcısı, Söke Sulh Ceza Mahkemesinden ilgili Cumhuriyet savcısının iletişiminin tespitine karar verilmesini talep etmiştir. Söke Sulh Ceza Mahkemesince, ilgili hakkında CMK'nın 135/6 maddesinde sayılan suçlardan açılan bir soruşturma bulunmaması nedeniyle bu talep reddedilmiş, itiraz üzerine de, Söke 2 nci Asliye Ceza Mahkemesince, ilgili Cumhuriyet savcısı hakkında bir cezai soruşturma bulunmaması ve soruşturma ile görevlendirilen kişinin 2802 sayılı yasanın 101 inci maddesine göre tüm kurum ve kuruluşlardan bütün delilleri isteyebileceği ve bu taleplerin yerine getirilmesinin zorunlu olduğu gerekçesiyle, yapılan itirazın reddine karar verilmiştir.

Söz konusu karara karşı kanun yararına bozma yoluna gidilmesi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 4 üncü Ceza Dairesinin kararının sonuç kısmı şu şekildedir; "Somut olayda hakkında soruşturma İzni verilen Cumhuriyet savcısının suç şüphesi altında bulunduğu ilişkin bir bulgu ya da belgeye rastlanmadığı gibi, aksine soruşturma fezlekesinde cezai yönden soruşturma açılmasını gerektiren somut bir delilin mevcut olmadığı, ancak eşi ile geçimsizliğini meslektaşlarına deşifre ederek, eşinin de aynı şekilde davranıp, bir bayan avukatın adını bazı hâkim ve savcılarla paylaşması neticesinde subjektif değerlendirmelere neden olacak şekilde davranmaları ve adı geçen Cumhuriyet savcısının çevresindeki insanlarla olan ilişkilerindeki ölçüyü mesleğinin gerektirdiği şekilde ayarlayamamasının ise disiplin yönünden kovuşturmayı gerektirdiği belirtilmektedir. Yasanın buyurucu hükmüne göre suç şüphesi altında bulunmayan, yani şüpheli ve sanık sıfatı taşımayan bir kişi hakkında iletişimin tesblti kararı verilmesi olanaklı değildir. Kaldı ki, 2802 sayılı yasanın 82 nci maddesi yollamasıyla 101 inci madde ile verilen yetki gereğince soruşturma yapan Söke Başsavcısının, gereken bilgileri bütün daire ve kuruluşlardan doğrudan doğruya toplaması mümkün olup, soruşturmalarda ilgili kuruluş ve kişiler istenecek her türlü bilgi ve belgeyi vermek zorundadırlar.

Bu itibarla, bu hususta Söke Sulh Ceza Mahkemesinden iletişimin tespiti yolunda istemde bulunulması neticesinde Söke Sulh Ceza Mahkemesinin "istemine reddine" dair kararı ile bu karara itiraz üzerine verilen Söke 2 nci Asliye Ceza Mahkemesinin 22.6.2007 tarih ve 2007/60 Mütala sayılı "itirazın reddine" ilişkin kararının sonucu itibarıyla yerinde olduğu anlaşıldığından; dolayısıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının düzenlediği tebliğnamedeki düşünce yerinde görülmediğinden Yasa Yararına Bozma isteğinin REDDİNE" karar verilmiştir.(Yargıtay 4.CD.06.11.2007, 2007/8700 E, 2007/8903 K.

Cumhuriyet savcısı kural olarak iletişimin denetlenmesine ihtiyaç duyduğunda hâkim kararı almak zorunda olduğuna göre, soruşturmayı yapan adalet müfettişi, hâkim veya Cumhuriyet savcısı da yetkili hâkimden bu hususta karar talebinde bulunmalıdır¹³⁴.

c. Yargıtay Üyeleri

2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 46 ncı maddesine göre, “Yargıtay Birinci Başkanı, birinci başkanvekilleri, daire başkanları, üyeleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekilinin görevleriyle ilgili veya kişisel suçlarından dolayı haklarında soruşturma yapılabilmesi Birinci Başkanlık Kurulunun kararına bağlıdır.” Birinci Başkanlık Kurulu kararıyla soruşturma izni verilmeden adı geçen Yüksek Mahkeme mensupları hakkında soruşturma yapılması ve iletişimlerinin denetlenmesi mümkün değildir¹³⁵.

2797 sayılı yasanın 46/4 üncü maddesine göre, Birinci Başkanlık Kurulunun soruşturma açılmasını gerekli görerek tayin edeceği Yargıtay'ın bir ceza dairesi başkanı sorgu hâkiminin yetkisine sahip olup CMK'nın soruşturmaya ilişkin hükümlerini uygulayacaktır. Buna göre, soruşturmayı yapan ceza dairesi başkanı diğer koruma tedbirlerine karar verebileceği gibi telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine de karar verebilecektir. 2797 sayılı yasanın 46/4 üncü maddesinde soruşturmayı yapan ceza dairesi başkanının tutuklamaya, tutuklama kararının kaldırılmasına veya kefaletle salıvermeye ilişkin kararları Birinci Başkanlık Kurulunun onamasına tabi tutulup, diğer koruma tedbirleri bakımından bu yönde bir hüküm bulunmadığından, iletişimin denetimi tedbirinin Birinci Başkanlık Kurulunun onamasına tabi olmadığını kabul etmek gerekir.

Ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde Yargıtay Üyeleri, başkanları, başkan vekilleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve vekili hakkında soruşturma genel hükümlere göre yürütüleceğinden, CMK'nın 135 ve devamı maddelerine göre iletişimin denetlenmesi kararı verilebilecektir.

134 Özen, a.g.e., s.272-273.

135 Yurtcan, Erdener, “Haberleşme Araçlarının Dinlemeye Alınması,” Güncel Hukuk Dergisi, S.10, Ekim 2004, s.28.

d. Milletvekilleri

Milletvekillerinin temsil görevlerini gereği gibi yerine getirmelerinin sağlanması, keyfi ve asılsız nedenlerle görevlerini yapmaktan alıkonulmamaları için yasama dokunulmazlığı kabul edilmiştir¹³⁶. Anayasamızın 83/2 nci maddesinde, “seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclis’in kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz” denilmektedir. Anayasanın 83/4 üncü maddesindeki soruşturma yasağının da aynı maddenin 2 nci fıkrası hükümleriyle birlikte değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Buna göre, CMK’nın 135 inci maddesindeki koşullar mevcut ise, milletvekilinin dokunulmazlığı kaldırılmamış olsa bile iletişiminin denetlenmesi mümkün olabilecektir¹³⁷.

Anayasanın 83/2 nci maddesinde, “Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz” denilmektedir. 83/4 üncü maddesinde ise, “tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır” denilmektedir. 83/2 nci maddesinin ifade biçimi, dokunulmazlık kaldırılmadıkça yapılamayacak olan işlemlerin, tutulma, sorguya çekilme, tutuklama ve yargılama ile sınırlı olduğu, bunun dışındaki yargılama işlemlerinin ve bu arada koruma tedbirlerinin uygulanabileceği şeklinde anlaşılmaya elverişlidir. Bu durumda dokunulmazlık kaldırılmasa bile milletvekilinin iletişimi denetlenebilecektir. Oysa 83/4 üncü maddesinde, milletvekili hakkında soruşturma yapılabilmesi için dokunulmazlığın kaldırılması gerektiği belirtilmektedir. İletişimin denetlenmesi, bir koruma tedbiri olduğuna, bu tedbire başvurulabilmesi için öncelikle halen yürütülmekte olan bir soruşturma mevcut olması gerektiğine, dokunulmazlık kaldırılmadıkça milletvekili hakkında soruşturma yapılamayacağına göre, iletişiminin denetlenmesi tedbirinin uygulanması da mümkün olmayacaktır.

Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla devletin güvenliğine karşı suçlarla ilgili olarak

136 Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku Gözden Geçirilmiş 8 inci Baskı, Ankara 2004, s.279.

137 Öztürk/Erdem, a.g.e., s.634.

soruşturma ve kovuşturma yapılması için Millet Meclisinin kararına gerek yoktur, bu suçlarla ilgili olarak milletvekilleri hakkında genel hükümlere göre soruşturma yapılır. (AY 83/2.2 cümle) Dolayısıyla, bu suçlarla ilgili olarak milletvekilleri hakkında koşulları mevcut ise diğer koruma tedbirleriyle birlikte telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri de uygulanabilir¹³⁸.

C. ŞÜPHE YÖNÜNDEN

1. Şüphe Kavramı ve Çeşitleri

Kelime olarak şüphe, “bir olguyla ilgili gerçeğin ne olduğunu kestirememekten doğan kararsızlık” anlamına gelir¹³⁹. Ceza muhakemesinde şüphe ayrı bir anlama sahip olup, muhakemenin her aşaması için aranan şüphe çeşidi de farklıdır. Ceza muhakemesi bir suç işlendiği şüphesi ile başlar, şüphenin kuvvetlenmesi ile devam eder ve şüphenin yenilmesi ile de sona erer. Bir hukuk devletinde ceza muhakemesinin çarklarının dönmeye başlaması için delillere dayanan bir şüphe sebebinin bulunması şarttır¹⁴⁰.

Ceza Muhakemesinde üç çeşit şüphe vardır. Bunlar; Basit şüphe, yeterli şüphe ve kuvvetli şüphedir. Basit şüphe, şüphenin en hafif derecesini teşkil etmekte olup, dayandığı belirtiler itibariyle ispat gücü yetersiz, basit, sayıca az olan şüphe olarak tanımlanabilir¹⁴¹. Basit şüpheden söz edilebilmesi için bir suçun işlendiğine dair somut olaylara dayalı en azından belirti şeklinde delillerin bulunması lazımdır. Yeterli şüphe, mevcut delillere göre yapılacak muhakemede sanığın mahkûm olması ihtimali beraat etmesi ihtimalinden fazla ise “yeterli şüphe”nin var olduğu kabul edilir¹⁴². Kuvvetli şüphe, eldeki delillere göre yapılacak muhakeme sonunda sanığın mahkûm olma ihtimali kuvvetle muhtemel ise “kuvvetli şüphe”nin varlığından söz edilir. 5271 sayılı CMK’da gözlem altına alma ve koruma tedbirlerinden tutuklama, taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma, şirket yönetimi için kayyım tayini, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, teknik araçlarla izleme için kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı aranmıştır.

138 Şahbaz, İbrahim, İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller, Ankara 2009, s.121.

139 Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, C.II, Ankara 1988.

140 Öztürk/Erdem, a.g.e. s.528.

141 Öztürk/Erdem, a.g.e. s.529.

142 Gökçen, a.g.e., s.68,69.

2. Denetim İçin Gerekli Olan Şüphe

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında bazı ülkelerin telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için hangi şüphe derecesinin gerekli olduğunu ayrıca belirtme yoluna gitmedikleri görülmektedir.

Hukukumuzda bu tedbirin ilk kez düzenlendiği 4422 sayılı yasanın 2/2 nci maddesinde, “iletişimin dinlenmesine veya tespitine ilişkin kararlar, ancak kuvvetli belirtilerin varlığı halinde verilebilir” denilmiştir. Maddede yer alan “kuvvetli belirti”nin “kuvvetli şüphe” olarak anlaşıp anlaşılamayacağı hususunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Doktrindeki genel eğilim, maddede yer alan “kuvvetli belirti”nin “kuvvetli şüphe” olarak anlaşılmaması gerektiği yönünde olmuştur¹⁴³.

5271 sayılı CMK’nın 135 inci maddesinde, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için suç işlendiğine ilişkin “kuvvetli şüphe sebepleri”nin bulunması gerektiği belirtilmektedir. Burada öncelikle maddede yer alan “kuvvetli şüphe sebepleri”nden ne anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması lazımdır.

Doktrinde hâkim olan görüş, CMK’nın 135/1 inci maddesinde yer alan “kuvvetli şüphe sebepleri”nden, failin mahkûm olması ihtimalinin çok yüksek olması anlamına gelen “kuvvetli şüphe”nin kastedilmediği yönündedir. Tutuklama kararı verilebilmesi için “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgu”ların bulunması gerektiğine, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri için ise “suç işlenmesine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin” bir koşul olarak arandığına işaret eden yazarlara göre, bu iki düzenleme arasında mutlaka bir fark bulunması lazımdır. Çünkü tutuklama kararı verecek kadar kuvvetli suç şüphesi varsa, başka suretle delil elde etme imkânının bulunmaması koşulu nedeniyle iletişimin denetlenmesi yolu kendiliğinden kapanmaktadır¹⁴⁴.

Alman doktrinde olduğu gibi şüphe ile belirti ayrımının yapılması gerektiğini, maddede yer alan “şüphe sebebi” kavramının “belirti”, olarak anlaşılması

143 Dönmezer, Sulhi, “Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 Sayılı Kanunla Kabul Edilen Koruma Tedbirleri” Yargı Reformu Sempozyumu, Birinci Baskı, Ekim 2000, s. 551.

144 Kunter/Yenisey/Nuhoglu, a.g.e., s.702.

gerektiğini savunan yazarlara göre, iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için basit şüphenin varlığı yeterli ise de, suç işlendiğine ilişkin belirtilerin kuvvetli olması lazımdır. Buradaki amacın, iletişimin denetimi için suç işlendiğine ilişkin yoğun şüphenin aranması olmayıp, keyfiliğin önüne geçmek ve somut olgulara dayanan kuvvetli belirtilerin varlığı halinde iletişimin denetimi kararının verilmesini sağlamak olduğunu savunan yazarlar, CMK’nın 135 inci maddesinin değiştirilerek 4422 sayılı yasada olduğu gibi iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için kuvvetli belirtilerin yeterli kabul edilmesi yönünde bir düzenleme yapılmasını önermektedirler¹⁴⁵.

Doktrinde bazı yazarlar ise, CMK’nın 135/1 inci maddesindeki “kuvvetli şüphe sebepleri”nin “kuvvetli şüphe” anlamına geldiğini savunmaktadırlar. CMK’nın 135/1 inci maddesindeki “kuvvetli şüphe sebepleri”ni, “kuvvetli delil” olarak anlamak gerektiğini, özel hayata ağır bir müdahale oluşturan tedbire başvurulabilmesi için basit şüphe ile yetinilmediğini, şüphenin nitelikli yoğunluğa ulaşmış olmasının arandığını, bu yönüyle de telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin diğer birçok koruma tedbirinden farklılık arzettiğini belirtmektedirler¹⁴⁶.

CMK’nın 135 inci maddesinde yer alan “kuvvetli şüphe sebepleri”ni “kuvvetli şüphe derecesi” şeklinde anlayan yazarlar ise, bu şekilde bir düzenleme yapılmasını eleştirmektedirler¹⁴⁷.

CMK’nın 135 inci maddesinin gerekçesinden ve hazırlık çalışmalarından maddede yer alan “kuvvetli şüphe sebepleri”nden ne anlaşılması gerektiğine dair bir açıklık mevcut değildir. Kanunumuzun bazı maddelerinde “kuvvetli suç şüphesi”, bazı maddelerinde “kuvvetli şüphe”, birçok maddesinde ise “kuvvetli şüphe sebepleri” terimi kullanılmaktadır. Tutuklamaya ilişkin CMK’nın 100 üncü maddesinde hem “kuvvetli suç şüphesi” hem de “kuvvetli şüphe sebepleri” terimleri kullanılmıştır. Gözlem altına almaya ilişkin CMK’nın 74 üncü maddesinde, “fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunan şüpheli veya sanık”tan söz edilmektedir.

145 Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, a.g.e., s.702.

146 Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, Ankara 2007, s.267,268.

147 Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s.267.

CMK’da diğerkoruma tedbirlerinin düzenlendiğı CMK’nın 128/1, 133/1, 139/1 ve 140/1 inci maddelerinde “kuvvetli şüphe sebepleri” terimi kullanılmıştır.

Denetim şekillerinden olan mobil telefonun yerinin tespiti bakımından yakalamaya ilişkin koşulların gerçekleşmesi gerektiğı görüşünü savunan yazarlar, bu tedbire başvurulabilmesi için yakalama için gerekli olan şüphenin aranması gerektiğı düşüncesindedir. Kanunumuzda, yakalama için gerekli olan şüphe derecesi belirtilmemiş ise de, kişi özgürlüğünün kısıtlandığı bu tedbir bakımından ve dolayısıyla mobil telefonun yerinin tespiti bakımından kuvvetli şüphe bulunmalıdır¹⁴⁸.

CMK’nın 135 inci maddesinde düzenlenen tüm denetim şekilleri bakımından aynı şüphe derecesi aranmaktadır. Oysa telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında kabul edilen denetim şekillerinin özel hayatın gizliliğine müdahale dereceleri aynı değildir. İletişimin gizliliğine ve dolayısıyla özel hayatın gizliliğine en ağır müdahale oluşturan denetim yöntemi, iletişimin dinlenmesi ve kaydedilmesidir. İletişimin tespitinde şüpheli veya sanığın kimlerle ne zaman ve ne kadar süreyle iletişimde bulunduğuna dair bilgiler elde edilmekte ise de, iletişimin içeriğı hakkında bilgi sahibi olunmamaktadır. Aynı şey sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi için de söylenebilir. Mobil telefonun yerinin tespiti ise delil elde etme amaçlı olmayıp, şüpheli veya sanığın yakalanmasına yöneliktir. Bu denetim şeklinde iletişimin gizliliğinin ihlali söz konusu değildir. İşte, farklı özelliklere sahip olan ve iletişimin gizliliğine ve dolayısıyla özel hayatın gizliliğine müdahale derecesi aynı olmayan bu denetim şekillerine başvurulabilmesi için aynı şüphe derecesinin aranmasının isabetli olmadığını söyleyebiliriz. İletişimin içeriğı hakkında bilgi edinmeye yönelik olmayan iletişimin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine başvurabilmesi için olaylara dayanan basit şüphe yeterli kabul edilmelidir¹⁴⁹. Mobil telefonun yerinin tespiti bakımından, yakalama tedbiri için aranan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması lazımdır.

148 Toroslu/Feyzioğlu, a.g.e., s.237.

149 Özdoğan, Ali, Teknik Dinlemeye Dair, Ankara 2004, s.21,22.

D. BAŞKA TÜRLÜ DELİL ELDE ETME İMKÂNININ BULUNMAMASI

Delil elde edilmesi amacıyla uygulanan iletişimin denetlenmesi tedbirin, bu amacı elde etmeye elverişli ve gerekli olması, ayrıca kişi hak ve özgürlüklerine daha az sınırlama getiren tedbirlerle sonuç alınması mümkün ise daha ağır bir tedbire başvurulmaması lazımdır. Bu, orantılık ilkesi ve onun bir alt ilkesi olan ikincillik ilkesinin gereğidir. İkincillik ilkesi, güdülen amacı elde etmek için elverişli başka araçların bulunması halinde, kişi ve hak ve özgürlüklerine en az müdahale oluşturan araç ve yöntemin tercih edilmesi gerektiğini ifade eder¹⁵⁰. Bu ilke, suçun aydınlatılması için başvurulabilecek birden fazla tedbirin varlığını ve bu tedbirler arasında öncelik-sonralık ilişkisini ve somut olayda bunlardan hangisi şüpheli veya sanığın haklarını en az ihlal edecek ise onun tercih edilmesini gerektirir. CMK'nın 135/1 inci maddesinde de “başka surette delil elde edilmesi imkânının bulunmaması” halinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabileceği belirtilerek bu tedbirin diğer tedbirlere göre ikincil olduğu vurgulanmıştır¹⁵¹.

Burada en önemli nokta, başka şekilde delil edilmesi imkânının bulunmaması durumudur. Bununla anlatılmak istenen şey, başka şekilde delil elde edilmesinin beklenmemesi halidir. Diğer koruma tedbirleri kullanılmak suretiyle delil elde edilmesi durumunda bu tedbir uygulanmayacaktır¹⁵².

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından ikincillik ilkesinin göz önünde bulundurulduğu görülmektedir. Amerika’da, hâkimden denetim kararı istenirken başvuru evrakında diğer soruşturma yöntemlerinin uygulanıp uygulanmadığına ve bu tedbirlerin başarısız olup olmadığına veya neden diğer yöntemlerin başarı ihtimalinin

150 Metin, Yüksel, Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002, s.30,31.

151 Erdem, M.Ruhan, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.3, Nisan 2005, s.97,107.

152 Çoksözen, Atakan, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Tedbiri Olarak İletişimin Dinlenmesi, İstanbul 2006, s.8.

bulunmadığına yahut uygulanmasının çok tehlikeli olduğuna dair bilgilerin de yer alması lazımdır¹⁵³.

İngiltere’de, diğer koşulların yanında denetim kararı verilebilmesi için, tedbirin orantılı olması ve elde edilmesi amaçlanan delillerin diğer yöntemlerle elde edilemeyeceğine dair makul nedenlerin bulunması lazımdır. Avustralya’da, hâkimin diğer uygulanabilir metotların uygulanıp sonuç alınmadığına inanmadıkça denetim kararı veremeyeceği belirtilmektedir. Almanya’da, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için olayla ilgili delillerin elde edilmesi veya sanığın bulunduğu yerin ortaya çıkarılmasının başka surette imkânsız veya önemli ölçüde zorlaşacak olması lazımdır. Buna karşılık, Fransa’da denetim kararı verilebilmesinin koşulları arasında bu ilkeye yer verilmemiştir¹⁵⁴.

Hukukumuzda tedbirin ilk kez düzenlendiği 4422 sayılı yasanın 2/3 üncü maddesinde “başka bir tedbir ile failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesi mümkün ise, iletişimin dinlenmesine veya tespitin karar verilemez” denilerek bu ilke kabul edilmiştir. CMK’nın 135/1 inci maddesinde de, tedbir kararı verilebilmesi için diğer koşullar yanında, “başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması” gerektiği belirtilerek ikincillik ilkesi benimsenmiştir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için diğer tedbirlerle sonucun alınmasının “imkânsız” olması mı gereklidir, yoksa sonucun elde edilmesinin önemli ölçüde güç olması yeterli midir?

CMK’nın 135 inci maddesinde tedbire başvurulabilmesi için, “başka surette delil elde edilmesi imkânının bulunmaması” gerektiği belirtilmektedir. Maddenin ifade biçiminden iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için diğer soruşturma yöntemlerinin uygulanıp sonuç alınamamış olması anlaşılabilir. Bu durumda iletişimin denetlenmesi tedbirinin tek delil elde etme yöntemi olması halinde bu tedbire başvurulabileceği sonucuna ulaşılır ki, bu koşulun gerçekleşmesi çok zordur. Ayrıca, diğer tedbirlerle amaçlanan sonucun elde edilmesi “imkânsızdır”

153 Özdoğan, a.g.e., s.35.

154 Erdem/Özbek, a.g.m., s.279.

diyeabilmek için bu tedbirlerin uygulanması ve başarısız olduklarının kanıtlanması lazımdır. Bu da, hem emek, hem de zaman kaybına neden olacak ve bu süre içinde delillerin kaybolmasına neden olacaktır ki kanun koyucunun bunu amaçladığı düşünölemez. Diğer tedbirlere başvurulması halinde sonuç alınamayacağına dair bir beklenti yeterlidir. Burada soyut bir beklenti yeterli olmayıp, diğer tedbir veya soruşturma yöntemleriyle sonuç alınamayacağına dair makul sebeplerin bulunması lazımdır¹⁵⁵.

CMK'nın 135 inci maddesindeki, “başka surette delil elde edilmesi imkânının bulunmaması” ifadesi ile tedbirin bu özelliğı somut bir dayanağı kavuşturulmuştur. Ancak, Kanunun bu ifadesini mutlak olarak yorumlamamak gerekir. Zira şeyden önce, elde edilen delil, her zaman için suçu kanıtlamaya yetmeyebilir. Dolayısıyla bu koşul, iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmaması halinde, suçla ilgili hiçbir delil elde edilemeyecek olması değil, ilgilinin mahkûmiyetine yeter derecede delil elde edilemeyecek olması şeklinde anlaşılmalıdır¹⁵⁶.

İletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için diğer tedbirlerle delil elde edilmesinin imkânsız olması gerekli olmayıp, sonucun elde edilmesinin önemli ölçüde güç olması halinde de tedbire başvurulabilmelidir.

İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğı'nin 4/c maddesinde, “Başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması hali; 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 ulaşılabilir olacak olmasını ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır. Yönetmelikte yapılan tanımdan da diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığının yeterli olduğu sonucu çıkmaktadır.

İletişimin denetlenmesi tedbiri ile, arama, el koyma, tutuklama gibi diğer geleneksel koruma tedbirleri arasında öncelik-sonralık ilişkisi vardır ve aynı ölçüde

155 Erdem, a.g.m., s.100.

156 Keklik, Ramazan, “Ceza Yargılamasında İletişimin Denetlenmesi”, Adalet Dergisi, S.25, 2006 s.4.

olayı aydınlatma şansı bulunan diğer koruma tedbirleri, iletişimin denetlenmesi tedbirine göre önceliğe sahiptir¹⁵⁷. Kanaatimizce böyle bir sıralama yapılamaz. Arama, el koyma ve tutuklama gibi koruma tedbirlerinin telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetimine göre daha ağır sonuçlar doğurabileceği olaylar olabilir. Bu nedenle, somut olayda arama, el koyma ve tutuklamanın şüpheli ve sanık bakımından iletişimin denetimine göre daha olumsuz sonuçlar doğuracağını anlaşılmaması halinde iletişimin denetimi tedbirinin uygulanması yoluna gidilmelidir.

Burada üzerinde durulması gereken önemli husus, iletişimin denetlenmesi tedbiri ile, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirleri arasında öncelik-sonralık ilişkisinin bulunup bulunmadığıdır. Somut olayda bu tedbirlerden hangisi aynı sonuca ulaşmak bakımından, temel hak ve özgürlüklere daha az müdahale oluşturuyorsa, o tedbire öncelik tanınmalıdır. Ancak bu durum, gerektiğinde her üç tedbire de, aynı olayda birlikte başvurulabilmesine engel değildir¹⁵⁸.

İletişimin denetlenmesi tedbirine yalnızca delil elde edilmesi amacıyla değil, şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla da başvurulabilir. Mobil telefonun yerinin tespiti yalnızca şüpheli veya sanığın yakalanmasına yöneliktir. Şüpheli veya sanığın yakalanması bakımından, ikincillik ilkesine yer verilmiş değildir. CMK'nın 135/4 üncü maddesinde ayrıca düzenlenen mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri bakımından başka suretle şüpheli veya sanığın yakalanamaması gibi bir koşula yer verilmemiştir. CMK'nın 135/4 üncü maddesinde bu yönde bir hüküm bulunmadığına göre, mobil telefonun yerinin tespiti bakımından bu ilkenin geçerli olmadığı ileri sürülebilir. Ancak, mobil telefonun yerinin tespiti de bir koruma tedbiri olduğuna göre, oranlılık ilkesi ve onun bir alt ilkesi olan ikincillik ilkesi bu tedbir bakımından da geçerli olmalıdır.

Başka şekilde delil edilmesinin mümkün olup olmadığını, amaca ve her somut olayın özelliklerine göre kararı veren hâkim değerlendirecek ve kararını bu doğrultuda verecektir.

157 Öztürk/Erdem, a.g.e., s.603.

158 Erdem, a.g.m. s.100.

Katalog suçlarla ilgili, başka şekilde delil elde etme imkânı varsa, tedbire zaten başlanmayacaktır. Ancak başlangıçta, başka şekilde delil elde etme imkânı yok iken, sonradan bu imkân oluşmuşsa, tedbire derhal son verilmelidir.

II. DENETİM KARARI

A. TALEP

1. Talepte Bulunma Yetkisi

CMK'nın 135 inci maddesinde denetim kararı almak amacıyla kimin talepte bulunacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Ancak, CMK'nın 162 nci maddesinde, soruşturma aşamasında ancak hâkim tarafından yapılabilen bir soruşturma işlemine gerek görüldüğünde, Cumhuriyet savcısı yetkili sulh ceza hâkiminden bu hususta talepte bulunur denilmektedir. Yani, mevzuatımıza göre iletişimin denetlenmesi kararı verilmesini talep etme yetki ve görevi Cumhuriyet savcısına aittir.

İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinin 5 inci maddesinde de “Cumhuriyet savcısı, birinci fıkradaki koşulların varlığı halinde, evrakı soruşturma defterine kaydettirip, numara verdikten sonra doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri tarafından kendisine bildirilen iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi istemlerine ilişkin bilgi ve belgeleri de ekleyerek hâkimden talepte bulunur” denilmektedir. Kolluk görevlilerinin doğrudan hâkimden iletişimin denetimini talep etme yetkisi yoktur. Ancak uygulamada, soruşturmayı yürüten kolluk birimi hâkimden iletişimin denetlenmesi kararı talep etmesi için Cumhuriyet savcısından talepte bulunur, Cumhuriyet savcısı da talebi yerinde görürse, hâkimden talepte bulunur.

CMK'nın 163 üncü maddesinde, “suçüstü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa, sulh ceza hâkimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir” denilmektedir. Kanaatimizce, sulh ceza hâkiminin soruşturmayı yürüttüğü bu gibi hallerde şartları mevcut ise, ancak Cumhuriyet savcısının yetkisini kullanarak iletişimin denetlenmesi kararı verebilir. Sulh ceza

hâkiminin bu gibi hallerde Cumhuriyet savcısının talebi olmaksızın tedbire başvurabileceğine dair görüşler de vardır¹⁵⁹.

Kovuşturma aşamasında, mahkeme herhangi bir talebe gerek kalmadan her türlü delili toplayabilir, diğer koruma tedbirlerine olduğu gibi iletişimin denetlenmesine de karar verebilir. Elbette ki ağır ceza ve asliye ceza mahkemelerinde duruşmaya katılan Cumhuriyet savcısının talebi üzerine de iletişimin denetlenmesi kararı verilebilir.

2. Talepte Bulunması Gereken Hususlar

5271 sayılı CMK'da talepte bulunması gereken hususlar konusunda bir hükme yer verilmemiştir. Bu konu yönetmelik hükümleri ile düzenlenmiştir. İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinin, talep ve kararda belirtilecek hususlar başlığını taşıyan 6/1 inci maddesine göre, iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin talepler ile hâkim ve Cumhuriyet savcısı kararlarında; Soruşturma numarası veya kovuşturmaya geçilmişse mahkeme esas numarası, kararın hangi suçun soruşturulması için istendiği, bu suça ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin neler olduğu, başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmadığına dair açıklama, bilgi veya belgeler, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü ile numarası veya iletişim bağlantısının tespitine imkân veren kodu, tedbirin türü, tedbirin kapsamı ile süresinin belirtilmesi lazımdır.

İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinin, talep ve kararda belirtilecek hususlar başlığını taşıyan 6/2 nci maddesine göre, şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin talep ve kararda, mobil telefonun numarasının ve tespit işleminin süresinin belirtilmesi yeterlidir.

İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinin, talep ve kararda belirtilecek hususlar başlığını taşıyan 6/3 üncü maddesine göre, iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi hususunda uzatmaya ilişkin

159 Centel/Zafer, a.g.e., s.420.

talep ve kararlarda ise birinci fıkradaki unsurlarla birlikte uzatılan kararı veren mahkemenin adı ile karar tarihi ve numarası da belirtilmelidir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine ilişkin talep ile tedbir kararında yer alması gereken hususların benzerlik taşıması doğaldır. Ancak, tedbir kararı alınması için yapılacak talep ile talep üzerine verilecek tedbir kararı arasında önemli farklar vardır. Nitelikleri itibariyle talep ve karar arasında fark olduğu gibi, bu işlemleri yapan makamlar da farklıdır. Talepte, iletişimi denetlenecek kişi veya kişilerle ilgili bilgiler yanında, hâkimin denetimin koşullarının oluştuğuna dair bir kanaate varması için gerekli bilgi ve belgeler yer almalıdır. Kısacası, talepte tedbirin koşullarının oluştuğuna hâkimin ikna edilmesi söz konusudur. Tedbir kararında, tedbir kararı verilebilmesi için gerekli koşulların mevcut olduğunun tespiti ve buna ilişkin gerekçenin yer alması zorunludur.

B. TEDBİRE KARAR VERME YETKİSİ

1. Genel Olarak

Karşılaştırmalı hukukta, iletişimin denetlenmesine karar verilmesi bakımından esas itibariyle iki sistem kabul edilmiştir. Bunlardan ilki tedbir kararının idari makamların verdiği idari sistem, diğeri ise denetim kararının hâkim tarafından verildiği adli sistemdir. Dünyadaki genel eğilim, kişi hak ve özgürlüklerine sınırlamalar getiren, kötüye kullanılmaya elverişli olan bu tedbire karar verme yetkisinin bağımsız yargısal bir otoriteye verilmesi yönündedir.¹⁶⁰

Anayasanın haberleşme hürriyetini düzenleyen 22 nci maddesine göre haberleşme hürriyeti, maddede sayılan sebeplerin varlığı halinde ancak usulüne uygun hâkim kararıyla, hâkim kararı olmadığı durumlarda gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle engellenebilir veya gizliliği ihlal edilebilir. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim kararını 48 saat içinde açıklar şeklinde düzenlemiştir.

¹⁶⁰ Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s.238.

Hukukumuzda iletişimin denetlenmesinin ilk kez düzenlendiği 4422 sayılı Yasanın 2/4 üncü maddesinde, iletişimin denetlenmesi kararını kural olarak hâkimin vereceği, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısının da karar verebileceği belirtilmişti. Bununla birlikte Cumhuriyet savcısının karar vermesi durumunda kararın yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulması zorunluluğu getirilmişti. Kolluğa ise karar verme yetkisi tanınmamıştı¹⁶¹.

5271 sayılı CMK'nın 135 inci maddesine göre tedbire karar verme yetkisi kural olarak hâkime, gecikmesinde sakınca olan hallerde ise Cumhuriyet savcısına aittir. Cumhuriyet savcısının vermiş olduğu kararın derhal hâkim onayına sunulması lazımdır. O nedenle, hukukumuzda telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verme yetkisi bakımından adli sistemin benimsendiği söylenebilir.

2. Soruşturma Aşamasında Yetki

Ülkemizde iletişimin denetlenmesine ilişkin kararları kural olarak hâkim verir. Kararı vermeye yetkili ve görevli hâkim, soruşturmanın yapıldığı yerdeki sulh ceza hâkimidir. İletişimin denetlenmesi kararları yazılılık esasına tabidir¹⁶². Hâkimin iletişimin denetlenmesine ilişkin olarak verdiği kararlar Anayasanın 141 inci maddesi gereğince gerekçeli olmak zorundadır. Gerekçede CMK'nın 135 inci maddesinde belirtilen tüm koşulların varlığının açıkça belirtilmesi gerekir¹⁶³.

Uygulamada bazen hukuk mahkemelerinde görülen davalarla ilgili olarak hukuk hâkimlerinin ve özellikle aile mahkemelerinde görev yapan hâkimlerin de iletişimin tespitine yönelik kararlar verdiği görülmektedir. Gerekçe olarak da Anayasanın 21 inci maddesi gösterilmektedir. Ancak Anayasa çerçevesinde oluşturulmuş bir yasal düzenleme olmadıkça kişi hak ve hürriyetlerine müdahale hukuka uygun olmaz. İletişimin denetlenmesi konusunda CMK hükümlerine benzer bir düzenleme Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda açıkça düzenlenmediği

161 Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan/ Özbek, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2000, s.298.

162 Öztürk/Erdem, a.g.e., s.607.

163 Şen, "İletişimin Denetlenmesi Tedbiri", s.117.

sürece, hukuk hâkimlerinin veya mahkemelerinin ne iletişimin tespitine ne de iletişimin denetlenmesine karar vermesi doğru değildir¹⁶⁴.

Soruşturma aşamasında tedbire karar verme yetkisi kural olarak hâkime ait olmakla birlikte CMK'nın 135/1 inci maddesi gereğince, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da denetim kararı verebilir. Kanunda gecikmesinde sakınca bulunan halden ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiş ise de, hâkime başvurulması halinde meydana gelecek gecikme nedeniyle tedbir ile istenen amaca ulaşılmasının mümkün olmaması veya tehlikeye girmesi halinde gecikmede sakınca olan bir halin var olduğu kabul edilmelidir¹⁶⁵. Şüpheli veya sanığın yakalanması amacını taşıyan mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri bakımından gecikmesinde sakınca bulunan halden; Hâkimden karar almak için meydana gelecek gecikme sebebiyle şüpheli veya sanığın yakalanamaması, kaçması ihtimalinin ortaya çıkması anlaşılmalıdır.

Cumhuriyet savcısı olayın şartlarını gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında değerlendirilerek, tedbir kararı verdikten sonra, “derhal” kararı hâkim onayına sunmak zorundadır. Her ne kadar “derhal” kelimesi ile gecikmeksizin kararın hâkim onayına sunulması ifade edilmek istenmiş ise de; bu düzenleme olayın özelliklerine göre 24 saatlik süreden sonra onaya sunulabileceği şeklinde yoruma müsait görünmektedir.

CMK'nın 135/1-2. cümlesinde, tedbire Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilmesi durumunda, “Cumhuriyet savcısı kararını derhal hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir” denilmektedir. Getirilen düzenleme, hâkim için 24 saat içinde kararı onaylama zorunluluğu öngörmekle birlikte, Cumhuriyet savcısının belirli bir süre içinde değil, “derhal” kararı hâkim onayına sunması gibi bir zorunluluk içermektedir. Bu durumda tedbire ilişkin Cumhuriyet savcısının kararının sözgelimi 48 saat sonra da hâkim onayına sunulması mümkün gözükmemektedir. Süre açısından getirilen sınırlamanın uygulamada işlevini yitirmemesi için, hem Cumhuriyet savcısının kararının hâkim onayına sunulması ve

164 Şen, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, s.126.

165 Erdem, a.g.m., s.103.

hem de bu kararın hâkim tarafından onaylanması işleminin 24 saatlik süre içinde yapılması zorunluluğuna yer verilmesi daha yerinde olurdu¹⁶⁶.

CMK'nın 135/1-3. cümlesinde, “Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır” denilmektedir. Cumhuriyet savcısının kararının hâkim onayına sunulmamış veya sunulmuş olmakla birlikte hâkim tarafından onaylanmamış olması durumunda, o ana kadar elde edilen delillerin ceza soruşturma ve kovuşturmasında delil olarak kullanılması mümkün değildir¹⁶⁷.

3. Kovuşturma Aşamasında Yetki

5271 sayılı CMK'nın 135 inci maddesinin 5353 sayılı yasa ile değiştirilmeden önceki halinde kovuşturma aşamasında tedbire başvurulabileceğine ilişkin hükme yer verilmemiştir. Yapılan değişiklikle kovuşturma aşamasında tedbire başvurulabilmesi imkânı getirildiği halde, kovuşturma aşamasında denetim yetkisinin yargılamayı yapan mahkemeye ait olduğu şeklinde bir hüküm maddeye ilave edilmemiştir.

Kanunumuzun mevcut durumu karşısında çeşitli şekillerde düşünülebilir CMK'nın 135/1 inci maddesindeki “hâkim” ile sulh ceza hâkimi kastedilmiştir, o nedenle hem soruşturma aşamasında hem de yargılama aşamasında denetime karar verme yetkisi sulh ceza hâkimine aittir denebilir.

Genelde “hâkim” ile sulh ceza hâkiminin kastedildiğini, bu terim ile sulh ceza mahkemesinin kastedildiği şeklindeki yorumu kabul etmeyen yazarlar¹⁶⁸, bu düşüncelerine çeşitli gerekçeler göstermektedirler. Birincisi, CMK'nın 251/1 inci maddesinde; “250 nci madde kapsamına giren suçların soruşturması ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcıları, hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları, varsa Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu işlerle görevlendirilen ağır ceza mahkemesi üyesinden, aksi halde yetkili adli yargı hâkimlerinden isteyebilirler”

166 Erdem, a.g.m., s.102.

167 Özen, Muharrem, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Gizli Soruşturma Tedbirleri”, TCK, CMK, Kabahatler Kanunu ve ilgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliğleri, 10-11 Şubat 2006, Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara 2006, s.310.

168 Ünver/Hakeri, a.g.e., s.213.

denilmektedir. Buna göre, CMK'nın 250 nci maddesinde yazılı suçların soruşturulması sırasında diğer koruma tedbirleri bakımından CMK'nın 250/1 inci maddesinde belirtilen hâkimin, iletişimin denetlenmesi bakımından ise sulh ceza hâkiminin yetkili olması yönünde olduğuna dair kanunda ve kanun gerekçelerinde bir açıklık yoktur.

İkincisi, soruşturma aşamasında tedbire karar verme yetkisi, işlemin yapılacağı yerdeki sulh ceza hâkimine aittir. Kovuşturma aşamasında bu yetki yalnızca yetkili mahkemenindir. Eğer, kanun koyucu kovuşturma aşamasında tedbire başvurma yetkisini düzenlemek istemiş olsaydı maddede “hâkim” yerine “yetkili mahkeme” ibaresi kullanılırdı. Aksi halde, yani maddede kullanılan “hâkim”den mahkemenin de kastedildiğinin kabul edilmesi halinde, denetim kararı hâkimlik işlemi olarak anlaşılır. Ayrıca kurul şeklinde görev yapan mahkemelerde bu kararı naip hâkimin vermesinin gerekli olduğu gibi garip bir sonuca ulaşılır ki kanun koyucunun amacının bu olduğu söylenemez¹⁶⁹.

CMK'nın 135/1 inci maddesinde yalnızca soruşturma aşamasında tedbire karar verme yetkisi düzenlenmiştir, kovuşturma aşamasında ise sistemimize göre resen delil toplama, bütün soruşturma işlemlerini yapma ve bunlardan sonuç çıkarma yetki ve görevine sahip yargılamayı yapan mahkemenin diğer koruma tedbirleri ile beraber telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine de karar verebilir, o nedenle de kovuşturma aşamasında tedbire karar verme yetkisinin maddede ayrıca düzenlenmesine gerek duyulmamıştır¹⁷⁰.

Kovuşturma aşamasında da Cumhuriyet savcısının gecikmesinde sakınca bulunan hallerde denetim kararı verme yetkisinin mevcut olduğu düşünülebilir¹⁷¹. Kanaatimizce, Cumhuriyet savcısının iletişimin denetlenmesine karar verme yetkisinin soruşturma aşaması ile sınırlı olduğu, kovuşturma aşamasında iletişimin denetlenmesine karar verme yetkisinin yalnızca yargılamayı yapan mahkemeye aittir. Cumhuriyet savcısının kovuşturma aşamasında iletişimin denetlenmesine karar vermesi, bu konuda görevli ve yetkili makam olan mahkemenin görevini gasp etmek anlamına gelecektir.

169 Ünver/Hakeri, a.g.e., s.213.

170 Şen, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, s.112.

171 Ünver/Hakeri, a.g.e, s.230.

4. Yer Bakımından Yetki

CMK'nın 135 inci maddesinde denetime karar verecek hâkimin yer itibariyle yetkisine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık, “soruşturmada Cumhuriyet savcısının hâkim kararı istemi” başlığını taşıyan CMK'nın 162 nci maddesinde, “Cumhuriyet savcısı, ancak hâkim tarafından yapılabilecek olan bir soruşturma işlemine gerek görürse, istemlerini bu işlemin yapılacağı yerin sulh ceza hâkimine bildirir. Sulh ceza hâkimi istenilen işlem hakkında, kanuna uygun olup olmadığını inceleyerek karar verir ve gereğini yerine getirir” denilmektedir. Dikkat edilirse, maddede, hâkim tarafından yapılacak soruşturma işlemlerine ilişkin talebin soruşturmanın yapıldığı yer sulh ceza hâkimine değil, “işlemin yapılacağı yer” sulh ceza hâkimine yapılacağı belirtilmektedir. Buna göre, soruşturma aşamasında denetime karar verme yetkisi denetimin yapılacağı yerde bulunan sulh ceza hâkimine ait olacaktır. O nedenle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetimi işleminin yapılacağı yerden ne anlaşılması gerektiğinin tespiti büyük önem taşımaktadır. Gerçekten, “işlemin yapılacağı yer” ifadesinden Cumhuriyet savcısının soruşturmayı yürüttüğü yer mi anlaşılmalıdır, yoksa soruşturma işleminin icra edileceği, örneğin aramanın veya denetimin yapılacağı yer mi anlaşılmalıdır¹⁷²?

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi bakımından CMK'nın 162 nci maddesinde sözü edilen sulh ceza hâkiminden tedbiri talep eden Cumhuriyet savcısının bulunduğu yer itibariyle yetkili olan sulh ceza hâkimi anlaşılmalıdır. CMK'nın 250 nci maddesinde yazılı suçlar bakımından ise eğer mevcut ise talepte bulunan Cumhuriyet savcısının bulunduğu yer itibariyle yetkili olan özel yetkili ağır ceza mahkemesi üyesinin; yoksa sulh ceza hâkiminin yetkili olduğu kabul edilmelidir.

CMK'nın 135/6 ncı maddesinde yer verilmediğinden, telekomünikasyon araçlarıyla işlenen ve bu araçların suç aracı olarak kullanıldığı suçların işlendiği yerin tespitinin konumuz açısından bir öneme sahip olmadığı düşünülebilir, Bu düşünce, iletişimin dinlenmesi, kaydedilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi için doğrudur. Ancak, iletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti bütün suçlar

172 Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s.257.

bakımından mümkündür, O nedenle, bu tür suçlarla İlgili olarak iletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti bakımından suçun işlendiği yerin tespiti önemlidir. Telekomünikasyon araçlarıyla işlenen suçlarda, suçun işlendiği yerin ve dolayısıyla denetim kararı verilmesi gereken yerin tespiti çok güçtür. Bu güçlük, suçun Türkiye’de işlenip işlenmediği, Türkiye’de işlenmişse hangi yer veya yerlerde işlendiğini belirlemek açısından kendisini göstermektedir. Kısacası, suçun işlendiği yer ve dolayısıyla yetkili Cumhuriyet Başsavcılığı ve mahkeme TCK’nın 8 inci ve CMK’nın 12 ve devamı maddelerine göre belirlenecektir¹⁷³.

C. TEDBİR KARARININ ALINMASI USULÜ, ŞEKLİ ve İÇERİĞİ

1. Tedbir Kararının Alınması Usulü

a. Soruşturma Aşamasında

Soruşturma aşamasında, Cumhuriyet savcısı kendisi iletişimin denetlenmesi kararı alınması ihtiyacı duyabileceği gibi, adli kolluk görevlileri tarafından bu yönde yapılan talepler üzerine iletişimin denetlenmesi kararı verilmesi için yetkili hâkime başvurabilir. Tedbire başvurulabilmesi için kanunda sayılan gerekli koşullar mevcut ise, İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinin 6 ncı maddesinde yazılı hususların yer aldığı bir yazı ile hâkimden iletişimin denetlenmesi kararı talep edilir. Bu yazıya soruşturma evrakı da eklenir.

Cumhuriyet Savcılığı tarafından gönderilen talep yazısı, hâkim tarafından saat belirtilerek havale edilir. Talep, istemin içeriği gösterilmeksizin, hâkim havalesinde belirtilen saat de işlenmek suretiyle, ilgili zabıt katibi tarafından mahkemenin değişik iş defterine kaydedilir. Hâkim tarafından havale saatinden itibaren 24 saat içerisinde karar verilir. Verilen karar, tutanakla Cumhuriyet Savcılığına teslim edilir. Mahkemede kalan suretinin gizli tutulması için ilgili hâkim tarafından gerekli tedbir alınır. Söz konusu kararlar tedbir süresince değişik iş kartonuna takılmaz. Tedbirin sona erdiği öğrenildiğinde ilgili kartonuna ilave edilir. (İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği 5/4 md)

173 Karagülmez, Ali, Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri, Ankara 2005, s.326.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da tedbire karar verebilir. CMK'nın 135/1 inci maddesine ve İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinin 5/3 üncü maddesine göre, bu kararın derhal hâkimin onayına sunulması lazımdır. Vermiş olduğu kararın yerine getirilmesi için ilgili kolluk birimi aracılığıyla TİB'e gönderen Cumhuriyet savcısı, kararını verdiği saati ve onay için hâkime sunduğu saati de belirtmelidir.

b. Kovuşturma Aşamasında

Kovuşturma aşamasında duruşmada verilecek kararlar, Cumhuriyet savcısı, duruşmada hazır bulunan müdafî, vekil ve diğer ilgililer dinlendikten; duruşma dışındaki kararlar, Cumhuriyet savcının yazılı veya sözlü görüşü alındıktan sonra verilir. Kovuşturma aşamasında, duruşmadaki kararlar hazır bulunan tarafların vekil ve müdafileri dinlendikten sonra verilir. Gizliliğin sağlanması bakımından kovuşturma aşamasında iletişimin denetlenmesi kararlarının duruşma dışında verilmelidir. Buna göre, Cumhuriyet savcısının bulunduğu asliye ceza ve ağır ceza mahkemelerinde Cumhuriyet savcısının görüşü alındıktan sonra denetim kararı verilmelidir. Ancak, kovuşturma aşamasında delil elde edilmesi amacıyla verilmiş iletişimin dinlenmesi veya kaydedilmesine ilişkin tedbir kararlarına rastlamak pek mümkün değildir¹⁷⁴.

2. Tedbir Kararının Şekli

CMK'nın 135 inci maddesinde tedbir kararının yazılı olması gerektiğine dair bir ibare yer almamakta ise de maddenin ifade biçiminden kararın yazılı olması gerektiği anlaşılmaktadır. CMK'nın 135/3 üncü maddesinde yer alan, “birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir” şeklindeki ifadeden, denetim kararının yazılı olması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Aynı sonuca Anayasamızın ifadesinden de ulaşılabilir. Zira Anayasamızın 22/1 inci maddesinde, usulüne göre verilmiş bir hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak

174 Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s.267.

gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça haberleşmenin gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmektedir. O nedenle hâkimin vereceği tedbir kararının yazılı olması lazımdır¹⁷⁵.

İletişimin denetlenmesine karar verme yetkisi kural olarak hâkime ait olmakla beraber, soruşturma aşamasında gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısının da iletişimin denetlenmesi kararı verme yetkisi bulunmaktadır. Cumhuriyet savcısının acil hallerde vermiş olduğu kararın yazılı olmasının gerekip gerekmediği hususunda tereddütler bulunmaktadır.

Anayasanın 22/1 inci maddesinde, usulüne göre verilmiş bir hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça haberleşmenin gizliliğine dokunulamaz, denilmektedir. Dolayısıyla gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının vereceği karar da yazılı olmalıdır. Ayrıca, 5271 sayılı CMK'nın 161 inci maddesinde Cumhuriyet savcısının “emir” vermesinden söz edildiği halde, 135 inci maddesinde Cumhuriyet savcısının “kararı”ndan söz edilmektedir¹⁷⁶. İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinin 6 ncı maddesinde de hâkim ve Cumhuriyet savcısının kararında yer alması gereken hususlar birlikte düzenlenmiş olup, bu maddeden Cumhuriyet savcısının kararının yazılı olması gerektiği anlaşılmaktadır.

3. Tedbir Kararının İçeriği

a. Genel Olarak

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine esas itibariyle ya delil elde etme amacıyla ya da şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla başvurulur. Denetim şekillerinden iletişimin tespiti, iletişimin dinlenmesi, kaydedilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri delil elde etmeye yöneliktir. Buna karşılık, mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri ise şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla uygulanır. Delil elde etme amacıyla uygulanan tedbirlerin her birinde de elde edilmesi hedeflenen bilgiler birbirinden farklıdır.

¹⁷⁵ Keklik, a.g.m., s.2.

¹⁷⁶ Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, a.g.e., s.500.

Buradan da anlaşılacağı üzere, denetim şekillerinin özel hayata müdahale dereceleri de birbirinden farklıdır.

Birbirinden farklılık gösteren ve özel hayata müdahale derecesi de birbirinden farklı olan denetim şekillerine ilişkin kararlarda yer alması gereken hususların da farklı olması gerekirdi. Ancak, CMK'nın 135/3 üncü maddesinde bu maddenin birinci fıkrasına göre verilen kararlarda yer alması gereken hususlar birlikte düzenlenmiş ve aynı hükümlere tabi tutulmuştur. İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinin 6 ncı maddesinde de, mobil telefonun yerinin tespiti hariç, diğer denetim türlerinde yer alması gereken hususlar bakımından bir ayırım yapılmamıştır¹⁷⁷.

CMK'nın 135/1 inci maddesinde hâkim kararı ile birlikte Cumhuriyet savcısının kararı düzenlendiğinden, hâkim kararı ve Cumhuriyet savcısı kararında bulunması gereken hususlar bakımından da bir farklılık söz konusu değildir. Ayrıca tedbir kararında değişiklik yapılmasına ve tedbirin yenilenmesine ilişkin kararda yer alması gereken hususlara ilişkin bir düzenleme mevcut değildir.

b. Hâkim Kararı

CMK'nın 135/3 üncü maddesine göre, denetim kararında yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresinin belirtilmesi lazımdır.

İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinin 6 ncı maddesinde, kararda yer alması gereken hususlar ayrıntılı bir şekilde gösterilerek kanunun bu konudaki eksikliği giderilmeye çalışılmıştır. İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinin 6 ncı maddesine göre, iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin talep ve kararlarda tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile beraber, kararın hangi suçun soruşturulması için istendiği, bu suça ilişkin kuvvetli

¹⁷⁷ Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi., s.270, 271.

şüphe sebeplerinin neler olduğu¹⁷⁸ ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmadığına dair açıklama, bilgi veya belgelerin de yer alması lazımdır.

İletişimin denetlenmesine ilişkin kararın verilebilmesi için başlamış bir suç soruşturması gerekir¹⁷⁹. Bir suç soruşturması başlamışsa soruşturma numarası da bulunacaktır. Soruşturma numarası bulunmayan kararların uygulanması mümkün değildir.

Tedbir talebi ve kararında şüpheli veya sanığın kimlik bilgilerinin de yazılması gereklidir. Eğer, hakkında tedbir kararı verilen kişi ile iletişim aracı veya ortamının sahibi farklı ise bu husus da karar da belirtilmelidir¹⁸⁰.

Kovuşturma aşamasında verilecek denetim kararında sanığın kimliğinin yazılması mecburiyeti, bir sıkıntıya neden olmaz. Çünkü kişi, ancak kovuşturmanın başlaması ile sanık sıfatını kazanır. Kovuşturma aşaması da iddianamenin kabulü ile başladığından ve iddianamede de sanığın adının yazılı olması gerektiğinden, kovuşturma aşamasında sanığın kimliği bu aşamada biliniyor demektir. Ancak, soruşturma aşamasında şüphelinin kimliğini her zaman belirlemek mümkün olmaz. Bazen, şüphelinin hangi telefon numarasını kullandığı tespit edildiği halde, kimliğini tespit etmek mümkün olmayabilir, Bu durumda yapılacak iletişimin denetlenmesine ilişkin talep ve kararlarda, şüphelinin kimliğinin yazılması mecburiyeti bu tedbirin uygulanamaması sonucunu doğurabilir¹⁸¹.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, eğer mümkün ise hakkında tedbir uygulanacak kişinin isminin tedbir kararında yazılı olması gerektiği belirtilmekte, kimliğin mutlaka kararda yazılı olması aranmamaktadır. Örneğin, Alman CMK'nın 100b maddesinde, mümkün olduğu hallerde hakkında tedbir uygulanan ilgilinin adının tedbir kararında yazılması gerektiği belirtilmektedir. Buna göre şüphelinin adı bilinmese de tedbir kararı verilebilmesi mümkündür. Amerika'da, eğer biliniyorsa hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimlik bilgilerinin iletişimin denetlenmesi

178 Erdem, a.g.m., s.102.

179 Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku, Gazi Şerhi, s.379.

180 Taşkın, a.g.e., s.114.

181 Keklik, a.g.m., s.6.

kararına yazılması lazımdır. İngiltere’de kural olarak iletişimin denetlenmesi kararında kişinin adının yazılması lazımdır¹⁸².

Mevzuatımıza göre, tedbir talebinde ve tedbir kararında suç adının da yazılması lazımdır. Kovuşturma aşamasında alınacak tedbir kararlarında suç adının yazılması zorunluluğunun bulunması bir sorun oluşturmaya da, soruşturma aşamasında bu tedbir talebi ve tedbir kararında suç adının yazılması zorunluluğunun kabul edilmesi bazı sıkıntılara neden olacaktır. Zira nitelendirme soruşturmaya son veren belge niteliğindeki iddianame ile yapılmaktadır. Kaldı ki kovuşturma aşamasında bile suçun niteliğinin değişmesi mümkündür.

Soruşturma aşamasında, o andaki delillere göre, katalog kapsamında yer alan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandıran fiillerin gösterilmesi söz konusu olabilir. Gerek diğer soruşturma yöntemleri, gerekse de tedbirin uygulanması sonucu elde edilen delillerden, fiilin başka bir suçu oluşturduğunun ortaya çıkması ihtimali az değildir. Bu nedenledir ki, kanunumuzdaki suç adının yazılması mecburiyetinin, şüphelinin suç işlediğinden kuşkulunmayı gerektiren fiillerin açıklanması şeklinde anlaşılması gerektiğini¹⁸³ savunan yazarlar bulunmaktadır. CMK’nın 135/3 üncü maddesinin açık ifadesi karşısında kanunumuzdaki hükmün bu şekilde anlaşılmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz.

İletişimin denetlenmesi kararında, şüpheli veya sanığın kullanmakta olduğu telefonların dinlenmesi veya kayda alınması şeklinde genel bir ifade kullanılamaz. Kararda, denetlenecek iletişimin türü ile numarası veya iletişim bağlantısının tespitine imkân veren kodunun belirtilmesi lazımdır. Denetim sırasında şüpheli veya sanıkların denetim kararında belirtilmeyen başka telefonları ve iletişim araçlarını kullandığı tespit edilse dahi daha önce alınan denetim kararı bu iletişim araçlarını ve telefonları kapsamadığı için bu iletişim araçları ve telefonlar denetlenemeyecektir; bunun için ayrıca yeni bir kararın alınması zorunludur¹⁸⁴.

Mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri, diğerlerinden farklı olarak CMK’nın 135/4 üncü maddesinde düzenlenmiştir. CMK’nın 135/4 üncü maddesinde,

182 Özdoğan, a.g.e., s.19,20.

183 Kunter/Yenisey/Nuhoglu, a.g.e., s.711,712.

184 Erdem, a.g.m., s.103.

“şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok üç ay için yapılabilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir” denilmektedir. Maddede, mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin kararda mobil telefonun numarası ve tespit işleminin süresinin verileceği şeklindeki ifadeden, bu kararlarda başka bir hususun yer almasının gerekli olmadığı düşünülebilir. Ancak, mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla uygulanacağına göre, bu gibi kararlarda şüpheli veya sanığın yer alması gerektiği açıktır.

Daha önceden verilen tedbir kararlarının yenilenmesine ilişkin taleplerde, tedbir kararı verilebilmesi için gerekli koşulların yanında, o zamana kadar denetim suretiyle delil elde edilip edilmediği, elde edilmiş ise bu delillerin nelerden ibaret olduğu, delil elde edilmemiş ise nedenleri ve tedbirin uygulanmasına devam edilmesini gerekli kılan sebeplerin gösterilmesi lazımdır.

c. Cumhuriyet Savcısı Kararı

CMK’nın 135/1 inci maddesinde, hem hâkim kararı, hem de Cumhuriyet savcısı kararı düzenlenmiştir. Hâkim kararı ve Cumhuriyet savcısı kararı arasında bir ayırım yapılmaksızın, bu maddenin 1 inci fıkrasına göre verilecek kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtileceği hükmüne yer verilmiştir. İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinde de, kararda bulunması gereken hususlar bakımından hâkim kararı ve Cumhuriyet savcısı kararı arasında bir ayırım yapılmamıştır. O nedenle, hâkim kararında bulunması gereken hususların Cumhuriyet savcısının kararında da bulunması gerekir. Cumhuriyet savcısının kararında ek olarak gecikmesinde sakınca bulunan halin de izah edilmesi gerekir¹⁸⁵.

İletişimin denetlenmesine karar verme yetkisi kural olarak hâkime aittir. Cumhuriyet savcısının gecikmesinde sakınca bulunan hallerde vermiş olduğu kararın

185 Şen, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, s.117.

derhal ve en geç 24 saat içinde hâkimin onayına sunulması lazımdır. Kararın onay için sunulduğu sulh ceza hâkimi, verilen kararın hukuka uygunluğu yanında somut olayda tedbire başvurulmasının amaca uygun olup olmadığı hususunda da bir değerlendirme yapacak¹⁸⁶ ve ulaştığı sonucu kararında gerekçeleriyle açıklayacaktır.

D. TEDBİR KARARININ YERİNE GETİRİLMESİ

1. Genel Olarak

İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması aşamasında hâkim, Cumhuriyet savcısı, adli kolluk ve TİB görev almaktadır. Hâkim iletişimin denetlenmesine karar vermekte ancak daha sonraki aşamalarda kararın uygulanmasına devam edilip edilmeyeceğine veya koşulların ortadan kalkması nedeniyle tedbire son verilmesine karar verebilmektedir. Aynı şekilde Cumhuriyet savcısı da tedbirin uygulanması aşamasında etkin bir rol oynamaktadır. Yapılan işlem bir soruşturma işlemidir ve tamamen Cumhuriyet savcısının yetki ve sorumluluğu altında yürütülmektedir.¹⁸⁷

İletişimin dinlenmesi ve kaydedilmesi tedbirinin uygulanmasında adli kolluk görevlileri de fonksiyon üstlenmektedir. Tüm bu işlemler TİB üzerinden yürütülmekte ve işlemlerin hukuka ve kanuna uygun olarak yürütülmesinden Başkanlık sorumlu olmaktadır. Bu tedbirin uygulanması sırasında gizlilik kuralı geçerli olacaktır. Yapılan tüm işlemlerin tutanağa bağlanması esastır. Koşulların ortadan kalkması halinde tedbire son verilecektir. Bazı hallerde elde edilen verilerin yok edilmesi hükme bağlanmıştır¹⁸⁸.

2. Tedbiri Yerine Getirme Görevi

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri kolluk görevlileri tarafından yerine getirilir. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine ilişkin işlemlerin tek merkezden yürütülmesi, yanlış ve hukuka aykırı uygulamaların önüne geçilebilmesi için Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı

186 Taşkın, a.g.e., s.111, 112.

187 Taşkın, a.g.e., s.131.

188 Taşkın, a.g.e., s.131.

kurulmuş olup, iletişimin denetiminde bu kurama çok önemli görevler verilmiştir¹⁸⁹.

CMK'nın, "kararların yerine getirilmesi, iletişim içeriklerinin yok edilmesi" başlığı'nı taşıyan 137 nci maddesinde, tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin bazı hükümlere yer verilmiş ise de, konu esas itibariyle daha sonra çıkarılan İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 9 uncu maddesine göre, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ile ilgili alınan kararlar, yerine getirilmek üzere soruşturma ve kovuşturmanın yürütüldüğü yer dikkate alınarak Cumhuriyet savcısınca ilgili kolluk birimine gönderilecektir. TİB'de kararın işleme alınabilmesi için işlemi yapacak kolluk görevlisinin aidiyet numarasının da bildirilmesi gereklidir. Burada kolluk görevlilerine ve amirlerine kendiliğinden TİB'den hat isteme yetkisi verilmemiştir. Bu yetki ancak hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen karara istinaden kullanılabilecektir¹⁹⁰.

CMK'nın 137/2 nci maddesinde, "135 inci Maddeye göre verilen karar gereğince tutulan kayıtlar, Cumhuriyet Savcılığınca görevlendirilen kişiler tarafından çözülerek metin hâline getirilir" denilmektedir. Maddede geçen "Cumhuriyet Savcılığınca görevlendirilen kişiler" ibaresinden, bu kişilerin kolluk görevlileri olmayacağı, tutulan kayıtların kolluk dışında görevlendirilen kişiler tarafından yazılı metin haline getirilmesinin istendiği, böylece tarafsızlık ve güven oluşturulmak istendiği belirtilmektedir¹⁹¹. Ancak bu düşünceye katılmıyoruz çünkü, madde metninde kimlerin görevlendirileceğine ilişkin sınırlama yapılmadığından, kolluk görevlileri de görevlendirilebilecektir. Uygulamada da kolluk görevlileri Cumhuriyet savcısı tarafından görevlendirilmektedir.

Tedbirin yerine getirilmesine ilişkin işlemler, aidiyet numarası TİB'e bildirilen görevliler tarafından yerine getirilir. Aidiyet numarası, bu yönetmelikte belirtilen işlemleri yapmak üzere görevlendirilen adli kolluk personelinin kimliğinin

189 TİB Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin 17/1-b maddesinde; 5271 sayılı Kanun'un 135 inci maddesi kapsamında yapılacak iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine yönelik iş ve işlemleri tek bir merkezden yürütmek TİB'in görevleri arasında sayılmıştır.

190 Kunter/Yenisay/Nuhoglu, a.g.e., s.713.

191 Özbek, a.g.e., s.430.

belirlenmesini sağlamak amacıyla sicil numaralarından farklı olarak kurumlarınca verilen bir numaradır.

3. Tedbirin Yerine Getirilme Şekli

İlgili kolluk birimi aracılığıyla işlemi yapacak görevlinin aidiyet numarasıyla birlikte TİB'e gönderilen bu kararlar önce TİB'deki hukukçu uzmanlar tarafından incelenir. Mevzuata aykırılığı görülmeyen kararlar elektronik ortamda teknik uzmanlara havale edilir. İlgili operatör santralleri üzerinde teknik uzmanlarca denetlenen numaralar sisteme tanıtıldıktan sonra; dinleme, kayda alma işlemleri aidiyet numaraları bildirilen kolluk görevlileri tarafından ilgili kolluk birimlerinin kendi bünyelerinde gerçekleşir. İşlemin başladığı, bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır. TİB bünyesinde herhangi bir dinleme faaliyetinde bulunulmaz. TİB'de karar sisteme tanıtılmadan ve hat tahsisi yapılmadan adli kolluk görevlilerinin denetim yapmaları mümkün değildir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesinden, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin cihaz başından canlı olarak izlenmesi, işitilmesi anlaşılmalıdır¹⁹². Ancak, iletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinin 9/1 inci maddesine göre dinleme, iletişimin kayda alınması suretiyle yapılır. Mevzuatımızda kayda alma yanında ayrıca “dinleme”ye yer verildiğine göre, iletişimin dinlenmesinden, konuşmaların canlı olarak izlenmesi anlaşılmalı ve yönetmelik hükümlerine göre bu konuşmalar ayrıca kayıt da edilmelidir.

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi; sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemleri anlamına gelmektedir. Bu değerlendirme işlemi TİB'den alınan kayıtlara göre ilgili kolluk birimince yapılarak değerlendirme sonuçlarının Cumhuriyet Başsavcılığına veya mahkemeye gönderilmesi lazımdır.

Kanunda ve buna ilişkin yönetmeliklerde mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin tedbirin ne şekilde yerine getirileceğine dair bir hüküm mevcut değildir.

192 Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, a.g.e., s.705.

Ancak, mobil telefonların baz istasyonları ile yapmış olduğu sinyal alışverişleri izlenerek şüpheli veya sanığın yakalanmasının amaçlandığı bu tedbirle ilgili işlemler, suçun işlendiği yerdeki kolluk görevlileri ile koordineli olarak şüpheli veya sanığın bulunduğu yerdeki kolluk birimlerince yerine getirilir.

4. Gizlilik İlkesi

CMK'nın 135/5 inci maddesinde, bu madde hükümlerine göre alınan kararlar ve yapılan işlemlerin tedbir uygulandığı sürece gizli tutulacağı belirtilmektedir. Bu nedenle maddenin ilk dört fıkrasında sayılan tedbirlerin tamamı gizli olarak uygulanacaktır. Bir kişinin telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişiminin denetlenmesi ancak ilgili kişinin bunun farkında olmaması halinde bir fayda sağlayabilir. O nedenle, tedbir kararlarının alınmasında olduğu gibi bu kararların uygulanmasında da gizlilik kurallarına uyulması gerekir. Gizli olması gereken, yalnızca CMK'nın 135 inci maddesinde yazılı karar ve talepler değildir; kolluk tarafından Cumhuriyet Savcılığına yazılan tedbir kararının alınmasına ilişkin talep yazıları da gizli olmalıdır.¹⁹³

CMK'nın 157 nci maddesinde, kanunun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemlerinin gizli olduğu belirtilmektedir. Ancak, CMK'nın 135/5 inci maddesi ile İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği ve TİB Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelikte düzenlenen gizlilik bundan farklıdır. CMK'nın 157 nci maddesindeki gizlilik esas itibarıyla kamuya karşıdır; şüphelinin müdafii dosya içeriğini inceleyebilir, istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. Müdafinin bu yetkisi, ancak soruşturmanın amacını tehlikeye düşürecek ise CMK'nın 153 üncü maddesi gereğince sulh ceza hâkiminin kararı ile bu yetkisi kısıtlanabilir. CMK'nın 135/5 inci maddesindeki gizlilik ise, hem kamuya hem de muhakemenin taraflarına yöneliktir.

CMK'nın 135 inci maddesinin 5 inci fıkrasında, bu madde hükümlerine göre alınan kararlar ve yapılan işlemlerin gizli tutulması gerektiği belirtildiğinden, tedbir kararı alınmasına yönelik işlemler, tedbir kararları ve bu kararların

193 Ünver/Hakeri, a.g.e., s.179.

uygulanmasının gizli tutulmasına yönelik bir kararın verilmesi gerekli değildir. Ancak uygulamada, yine de CMK'nın 153/2 nci maddesine göre gizlilik kararı verildiği ve şüpheli müdafilerinin evrakı inceleme ve suret alma hakkının kısıtlandığı görülmektedir. Tek başına bu kararlar gizlilik ilkesini ihlal eder niteliktedir. Çünkü evrakı inceleme ve suret alma hakkı kısıtlanan şüphelinin müdafii, yapılmakta olan soruşturma kapsamında gizli soruşturma tedbirlerine başvurulduğunu tahmin edebilir. Bu da uygulanan tedbirin başarı şansını ortadan kaldırabilir¹⁹⁴.

Gizlilik, ilgili kişilerin dışında, bir kimsenin tedbirden haberdar olmamasını gerektirir. Tedbir kararının içeriğinden ilgili kolluk birimi amirlerinin de bilgi sahibi olmaması lazımdır. O nedenle, tedbir kararı ayrı bir zarfa konulup mühürlendikten sonra ayrı bir üst yazı ile ilgili kolluk birimine gönderilmeli ve kararın içinde bulunduğu kapalı ve mühürlü zarf, bir tutanakla denetimi yapacak görevliye teslim edilmelidir. Denetim sonucu elde edilen kayıtlar da aynı şekilde gizlilik kurallarına uyularak adli makamlara ulaştırılmalı, karar ve kayıtlardan ilgili kolluk birimi amirlerinin dahi bilgisi bulunmamalıdır¹⁹⁵.

E. TEDBİRİN SÜRESİ ve TEDBİRİN SONA ERMESİ

1. Tedbir Kararının Süresi

a. Genel Olarak

İletişimin denetlenmesi tedbirinin süresinin kısa tutulması, tedbir ile amaçlanan hedefe ulaşılamaması sonucunu doğurabilir. Haberleşmenin gizliliği ilkesini sınırlayan tedbirin uzun süre uygulanması ise orantılık ilkesi açısından kabul edilemez¹⁹⁶.

Karşılaştırmalı hukukta telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri, bir aydan başlamak üzere belli bir süreyle sınırlandırılmaktadır.

194 Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s.317, 318.

195 Ünver/Hakeri, a.g.e., s.179.

196 Erdem, a.g.e., s.344.

Bu süre Amerika’da otuz gün, Almanya’da üç ay¹⁹⁷, İngiltere’de iki ay, Fransa’da dört aydır¹⁹⁸.

4422 sayılı ÇASÖMK’te tedbirin uygulanması üç aylık süre ile sınırlandırılmış, bu sürenin üç aylık sürelerle iki kez uzatılması imkânı getirilmiştir.

Dolayısıyla bu tedbirin azami olarak dokuz ay süreyle uygulanması olanağı vardı.

CMK’nın 135 inci maddesinde iletişimin denetlenmesi tedbirinin en çok üç ay için uygulanabileceği ve bu sürenin bir defa daha uzatılabileceği belirtilmiştir. 5271 sayılı CMK’ya 5353 sayılı kanunla eklenen madde uyarınca örgütlü suçlar bakımından tedbirin uygulanma süresine bir istisna getirilmiştir. Buna göre, “örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde hâkim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir”¹⁹⁹ denilmiştir.

Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi amacıyla başvuru mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri CMK’nın 135/4 üncü maddesinde ayrıca düzenlenmiş ve tespit işleminin en çok üç ay için yapılabileceği ve bu sürenin bir defa uzatılabileceği belirtilmiştir. Buna göre, yakalanmaya çalışılan şüpheli veya sanığın örgütlü bir suç işlemesi halinde dahi bu sürenin CMK’nın 135/3 üncü maddesinde olduğu gibi müteaddit defalar uzatılması mümkün olmayacaktır.

b. Sürenin Başlangıcı

aa. Genel Olarak

CMK’nın 135 ve devamı maddelerinde denetime ilişkin sürenin ne zaman başlayacağına ilişkin bir hüküm mevcut değildir. İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinin 12/4 üncü maddesinde, dinleme veya mobil telefonun yerinin tespiti kararlarında sürenin, kararın Başkanlıkta sisteme tanıtıldığı andan itibaren; aynı yönetmeliğin 5-a maddesinde ise kararın TİB’e ulaştığı anda başlayacağı

197 Gökçen, a.g.e., s.199.

198 Sözüer, a.g.m., s.94,96.

199 Özen, a.g.m., s.312.

belirtilmektedir. Görüldüğü üzere, sürenin başlangıcına ilişkin olarak yönetmelik hükümleri arasında çelişki mevcuttur.

Danıştay 10 uncu Dairesi 16.10.2007 tarihinde vermiş olduğu bir karar ile yönetmeliğin 12/4 üncü fıkrasının yürürlüğünün durdurulmasına karar vermiştir. Karar da, Anayasa ile güvence altına alınan haberleşme özgürlüğünün kısıtlanması anlamına gelen bu tedbirin başlangıç anının, kararın sisteme tanıtılması anı olarak belirlenmesi; tedbirin uygulanmasının, karar sisteme tanıtılmadığı sürece ertelenebileceği anlamına gelir ve böylesi bir sonuç, tedbirin belirli bir süre için verilmesini öngören yasa hükmü ile bağdaşmayacağı, bu nedenle tedbir kararının verilmesi ile uygulamaya geçilmesi arasında teknik olarak belirli bir zaman dilimine ihtiyaç var ise bu süreyi önceden öngören ve uygulamanın başlangıç tarihinin tedbir kararında yer almasına olanak sağlayan bir düzenleme yapılması yerine, uygulamayı sınırsız olarak ertelenebilir hale getiren bir düzenleme niteliğinde olması nedeniyle yönetmeliğin 12/4 üncü fıkrasındaki hükmün hukuka uygun olmadığına karar vermiştir²⁰⁰.

bb. Kararın Verildiği An Görüşü

CMK'da iletişimin denetlenmesi süresinin ne zaman işlemeye başlayacağı açıkça belirtilmemiştir. Ancak CMK'nın 137/1 inci fıkrasında "işlemin başladığı ve bitirildiği tarih saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır" hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümden, sürenin işlemeye başlayacağı zamanın, tedbirin uygulanmaya başlayacağı an olarak anlaşılması mümkündür.

Doktrinde de sürenin işlemeye başlayacağı anın, kararın verildiği an olması gerektiğini düşünenler vardır. Bu görüşe göre sürenin, kararın verildiği andan itibaren işlemeye başlamasının, tedbiri uygulama durumunda olan görevlilerin, tedbirin süresini istediği andan itibaren başlatabilmesine ve böylece tedbirin kötüye kullanılmasına engel olacaktır²⁰¹. Ayrıca kararın uygulanmaya başlayacağı tarih ve saatin de kararda yazılmasının gerekli olduğu belirtilmektedir²⁰².

200 Danıştay 10 uncu daire 16.10.2007, 2007/2795 E sayılı karar.

201 Özbek, a.g.e., s.429.

202 Şen, "İletişimin Denetlenmesi Tedbiri", s.114.

Bu görüşe katılmayan yazarlar, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin kararların yerine getirilmek üzere soruşturma ve kovuşturmanın yürütüldüğü yer dikkate alınarak Cumhuriyet savcısınca ilgili kolluk birimine gönderildiğini, kolluk biriminin de, bu tedbirlere ilişkin karar ile işlemi yapmakla görevlendirilen kolluk personelinin aidiyet numarasını Başkanlığa bildirildiğini, işlemlerin bildirilen aidiyet numaralı personel tarafından yerine getirildiğini, tüm bu işlemlerin belirli bir zaman aldığı, dolayısıyla iletişimin denetlenmesi süresinin başlangıç anının kararın verildiği an olamayacağını söylemektedirler²⁰³.

cc. Kararın Sisteme Tanıtıldığı An Görüşü

14.01.2007 tarihli İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinin 12/4 üncü fıkrasında “dinleme veya mobil telefonun yerinin tespiti kararlarında süre, kararın Başkanlıkta sisteme tanıtıldığı andan itibaren başlar” hükmüne yer verilmiştir.

Uygulamada kararın Başkanlığa ulaştığı an ile sisteme kaydedildiği an farklı olacaktır. Bu iki an arasında TİB uzmanlarının kararı incelemeleri doğrulamaları, bazen itiraz etmeleri, yazılı emirlerin düzeltilmesini istemeleri gibi işlemler yapılabilmektedir. Bu nedenle iki başlangıç anı arasında önemli bir süre farkı bulunmaktadır²⁰⁴.

Danıştay 10 uncu Dairesi, 16.10.2007 tarihinde verdiği kararla, 14.01.2007 tarihli İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinin 12/4 üncü fıkrası hükmünün yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Bu karar gereğince iletişimin denetlenmesi kararlarının süresinin başlangıç anı, kararların sisteme kaydedildiği an olamayacaktır²⁰⁵.

dd. Kararın Başkanlığa Ulaştığı An Görüşü

14.01.2007 tarihli İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinin 5 inci maddesinde iletişimin denetlenmesi süresinin başlama anıyla ilgili olarak, “talep veya karar, hâkim veya Başkanlığa ulaştığı anda süreler başlar” hükmü yer

203 Taşkın, a.g.e., 121,122.

204 Taşkın, a.g.e., s.122.

205 Taşkın, a.g.e., s.122.

almaktadır. Bu hükme göre hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının vereceği iletişimin denetlenmesine ilişkin kararın TİB'e ulaştığı andan itibaren süreler işlemeye başlayacaktır²⁰⁶.

İletişimin denetlenmesi süresi, kararın verildiği anda başlamayacağı gibi, kararın sisteme tanıtıldığı anda da başlamayacaktır. Bu iki zaman dilimi arasında yer alan, kararın Başkanlığa ulaştığı anda, süre işlemeye başlayacaktır.

c. Sürenin Uzatılması

Koşulları mevcut ise iletişimin denetlenmesine ilişkin süre bir defa daha uzatılabilir. Uzatma süresi de denetim süresi gibi en fazla üç ay olabilir.

Kural olarak süre bir kez uzatılabilir. Ancak 5353 sayılı yasa ile 5271 sayılı yasanın 135 inci maddesine eklenen hüküm gereğince, örgütlü suçlar bakımından tedbirin uygulanma süresine bir istisna getirilmiştir. Buna göre, “örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir” denilmektedir. Bu hüküm uyarınca terör suçları ile diğer örgütlü suçlar bakımından iletişimin denetlenmesi süresinin güvencesini hâkim kararı oluşturmaktadır. Ancak burada hangi durumlarda suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olacağı konusunda belirgin bir ölçüt bulunmamaktadır. Bu durumun, hükmün keyfi uygulanmasına açık kapı bırakabileceği söylenebilir²⁰⁷. Terör ve örgütlü suçlarla mücadelenin uzun soluklu ve yoğun bir çalışma gerektirmesi nedeniyle, süre bakımından bir üst sınır belirtilmemesi yerinde olmakla birlikte bu yetkinin gerekli olduğu hallerin dışında kullanılması durumunda orantısızlık oluşabilecektir²⁰⁸.

Tedbirin süresinin uzatılmasına ilişkin kararların hâkim tarafından verilmesi zorunludur. Çünkü burada gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı ileri sürülemez. Uzatma talep ve kararında, birinci fıkradaki hususlarla uzatılan kararı veren mahkemenin adı ile karar tarihi ve numarası da yer alacaktır.

206 Taşkın, a.g.e., s.123.

207 Öztürk/Erdem, a.g.e., s.607.

208 Özbek, a.g.e., s.432.

Tedbir süresinin uzatılmasına yönelik taleplerin incelenmesinde, ilk defa karar verilmesi için gerekli olan koşullardan daha ağır koşullar aranmalıdır²⁰⁹. Şöyle ki, üç aylık bir sürede iletişimin denetlenmesine rağmen suçluluğa dair herhangi bir delil elde edilememişse, hakkında tedbir uygulanan kişiyle ilgili şüphe yoğunluğunun aynen devam ettiği söylenemez. Bu durumda tedbirin uygulanabilmesi için gerekli şüphenin varlığını gösterir yeni somut olgular aranmalıdır²¹⁰.

Acaba uzatma kararı, ilk kararın süresinin sona ermesinden önce alınarak ilk kararın süresi sona erdikten sonra, arada kesinti olmadan, tedbirin uygulanmasına başlanacak mıdır, yoksa belirli bir süre beklendikten sonra yeniden uzatma kararı alınarak iletişimin denetlenmesine başlanabilir mi?

Bir görüşe göre uzatma kararının önceki denetleme süresinin sona erdiği andan daha sonraki bir zamanda verilmesinin mümkün olduğunu, kanunda bir sınırlama getirilmediğini belirtmektedir²¹¹. Diğer görüşe göre, bu yaklaşım doğru olmayıp aynı soruşturma veya kovuşturma kapsamında ikinci bir denetleme kararı verilmesi anlamına gelir. Düzenlemenin amacı, bir suçla ilgili yapılan soruşturma veya kovuşturma kapsamında delil elde edilmesidir. Bu yetkinin uzunca bir zamana yayılarak istenildiği an kullanılması doğru değildir²¹². Bize göre doğru olan görüş ikinci görüştür, zira ilk kararın devamı olarak uzatma kararı alınmaktadır, uygulamada ikisi arasında kesinti olmamalıdır. Yoksa ikinci olarak alınan karar uzatma kararı olmaz yeni bir karar olur.

2. Tedbir Kararının Sona Ermesi

a. Genel Olarak

İnsanların temel hak ve özgürlüklerini ve haberleşme özgürlüklerini sınırlayan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin sınırsız ve süresiz olarak uygulanması mümkün değildir. Karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi ülkemizde de tedbirin uygulanması bir süreye tabi tutulmuş olup, sürenin sona ermesiyle tedbire ilişkin karar kendiliğinden sona erer. Ayrıca hâkim onayının

209 Taşkın, a.g.e., s.124.

210 Keklik, a.g.m., s.7.

211 Şen, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, s.116.

212 Şen, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, s.116.

alınamaması, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi ve tedbire ilişkin diğer koşulların ortadan kalkması halinde tedbire son verilmelidir.

b. Sona Erme Nedenleri

aa. Sürenin Sona Ermesi

CMK'nın 135/3 üncü maddesine göre, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar hariç, tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir. Bu süre, bir defa daha uzatılabilir. Dolayısıyla, bu suçlar bakımından eğer tedbir kararında daha kısa bir süre öngörülmemiş ve koşullarının ortadan kalkması nedeniyle daha önce son verilmemiş ise üç ay sonra; yenileme kararı ile süre uzatılmış ise en geç altı ayın sonunda tedbir sona ermiş olacaktır. Örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından ise bir üst sınır öngörülmemiştir. Bir aylık sürelerle müteaddit defalarla uzatılabilecektir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine ancak belli bir süre için karar verilebileceğine göre, bu sürenin sona ermesiyle tedbir

kararı kendiliğinden hükümsüz kalır.

bb. Koşulların Ortadan Kalkması

CMK'nın 135/1 inci maddesinde, “sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır” denilmiştir. Bu şekilde, tedbire son verme konusunda iki neden sayılmaktadır. Ancak tedbire son verme sadece bu iki nedenle sınırlı değildir. Tedbirin uygulanmasına devam edilmesini gereksiz kılacak bir durumun ortaya çıkması halinde yine tedbire son verilecektir. Örneğin iletişimin denetlenmesi sırasında soruşturma konusu suçun CMK'nın 135 inci maddesinde sayılan katalog suçlardan olmadığına anlaşıldığı takdirde tedbire derhal son verilmelidir²¹³.

Ayrıca ifade alma, arama, el koyma ve benzeri koruma tedbirleriyle delil elde edilmesi mümkün hale geldiğinde, failin bulunduğu yer başka yollarla

213 Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku, Gazi Şerhi, s.385.

öğrenildiğinde, suç işleme şüphesi ortadan kalktığında veya iletişimin denetlenmesi yoluyla delil elde edilmesi imkânı kalmadığında, tedbire derhal son verilmesi gerekir²¹⁴.

İletişimin denetlenmesi tedbiri ile elde edilmesi beklenen amacın gerçekleşmesi halinde de tedbirin uygulanmasına son verilmesi gerekir. Örneğin yapılan iletişimin denetlenmesi sonunda klasik ceza muhakemesi tedbirleri ile yeterli delil elde edilecek aşamaya gelinmişse tedbire son verilmelidir. Yine şüpheli veya sanığın yerinin tespit edilmesi, suç işleme şüphesinin ortadan kalkması veya iletişimin denetlenmesi tedbiri ile delil elde edilemeyeceğinin anlaşılması hallerinde de tedbire son verilmelidir. Bu sonuç tedbirin doğasında yer almaktadır²¹⁵.

cc. Hâkim Onayının Alınamaması

CMK'nın 135/1 inci maddesinde, gecikmesinde sakınca bulunan bir hal nedeniyle Cumhuriyet savcısı tarafından iletişimin dinlenmesi, tespiti ve kayda alınması kararı verilmişse, bu kararın 24 saat içinde hâkim onayına sunulması gerekir. Hâkim, Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararı onaylarsa tedbir uygulanmaya devam edilir. Ancak hâkimin onaylamaması halinde işleme derhal son verilecektir. Yine hâkim tarafından 24 saatlik karar verme süresinin geçirilmesi de Cumhuriyet savcısının kararının iptali olarak kabul edilecek ve tedbirin uygulanmasına derhal son verilecektir²¹⁶.

dd. Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar Verilmesi

CMK'nın 172 nci maddesi gereğince 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 karardır. Bu karar verilmişse artık iletişimin denetlenmesi tedbirine son verilir.

CMK'nın 173 üncü maddesine göre, Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığına dair verdiği karara karşı suçtan zarar gören mağdur ve savunması

214 Şen, "İletişimin Denetlenmesi Tedbiri", s.118.

215 Kunter/Yenisay/Nuhoglu, a.g.e., s.714.

216 Taşkın, a.g.e., s.139.

alınmış şüpheli, kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanına itiraz edebilir.

Düzenleme, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi beklenmeden iletişimin denetlenmesine son verilmesinin doğru olmayacağı gerekçesi ile eleştirilmiştir. Bu kararın kesinleşmesine kadar tedbirin devam etmesi gerektiği belirtilmiştir²¹⁷.

217 Ünver/Hakeri, a.g.e., s.221.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İLETİŞİMİN DENETLENMESİ SONUCU ELDE EDİLEN KAYITLARIN İMHA EDİLMESİ, İLGİLİLERE BİLGİ VERİLMESİ VE DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. KAYITLARIN İMHA EDİLMESİ

A. GENEL OLARAK

İletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgilere ilişkin kayıtların, kullanıldıktan veya bu kayıtlara ihtiyaç kalmadığının anlaşılmasından belirli bir süre sonra yok edilmesi gerektiği belirtilmiştir. CMK'nın 137 nci maddesinde de kayıtların yok edilmesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

CMK'nın 137 nci maddesine göre, belirli süre iletişimin dinlenmesi, tespiti ve kaydı yapıldıktan sonra, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesi, ya da Cumhuriyet savcısı tarafından gecikmesinde sakınca bulunan halde verilen karar uyarınca 24 saat süreyle dinleme ve kayıt yapıldıktan sonra, hâkimin onay vermemesi halinde, bu aşamaya kadar yapılan kayıtların imha edilmesi gerekir. İmha etme işlemi Cumhuriyet savcısının denetiminde yapılacaktır. İmha etme işlemi, tedbirin uygulanmasına son verme tarihinden itibaren en geç on gün içinde yapılacaktır. İmha etme işlemi ve nedenleri bir tutanakla tespit edilecektir²¹⁸.

Kanunumuzda, denetim esnasında suçla ilgili olmayan ve kişilerin özel hayatının gizliliğine ilişkin kayıtların akıbeti hususunda bir düzenleme yer almamaktadır. Mevzuatımızda bu yönde bir hükmün yer almamasının dahi özel hayatın gizliliğinin ihlali niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekir. Bu gibi kayıtların hemen imha edilmesi gerektiği düşünülebilir²¹⁹.

Karşılaştırmalı hukukta, AIHM'in Kruslin ve Huwig Fransa kararlarının da etkisiyle tedbirin uygulanmasına gerek kalmadığı takdirde, elde edilen bilgilerin yok edilmesi yükümlülüğüne yer verilmektedir²²⁰.

218 Taşkın, a.g.e., s.141.

219 Şen, Ersan, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı X Muhbir, Ankara 2008, s.81.

220 Öztürk/Erdem, a.g.e., s.610.

B. KAYITLARIN İMHA EDİLMESİ GEREKEN DURUMLAR

1. Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar Verilmesi

CMK'nın 137/3 üncü maddesinde, "135'inci maddeye göre verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi.... halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhal son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir" hükmü yer almaktadır.

CMK'nın 172 nci maddesine göre 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 karardan sonra iletişimin denetlenmesi derhal durdurulacaktır. Elde edilen kayıtlar, on gün içinde Cumhuriyet savcısının denetimi altında yok edilecektir²²¹.

Ancak kayıtların imha edilmesi için Cumhuriyet savcısı tarafından verilen KYOK'un kesinleşmesinin beklenilip beklenilmeyeceği konusunda kanunda bir açıklık yoktur.

Cumhuriyet savcısı tarafından verilen KYOK, CMK'nın 173 üncü maddesine göre itiraza tabi bir karardır. Suçtan zarar gören ve savunması alınan şüpheli, verilen karara karşı, kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren 15 gün içinde itiraz edebilir. İtiraz, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanı tarafından incelenir. Bu inceleme işlemi belirli bir zaman alabilmektedir. Halbuki KYOK verilmesi nedeniyle iletişimin denetlenmesine son verilmesinden itibaren 10 gün içinde kayıtların imha edilmesi gerekmektedir. Yapılan itirazın haklı bulunması ve soruşturmanın genişletilmesine karar verilmesi halinde elde edilen kayıtların daha

221 Ünver/Hakeri, a.g.e, s.182,183.

önce yok edilmiş olması halinde bu kayıtlar bir daha kullanılamayacaktır. Bunun önlenmesi amacıyla KYOK'un kesinleşmesinin beklenilmesi gerekir²²².

Bu düzenleme önemli sorunlara neden olabilecektir. Konuyla ilgili farklı yorumlamalara neden olabilecek bu hükmün, daha açık hale getirilmesi ve KYOK'un kesinleşmesinden itibaren on gün içinde kayıtların imha edileceğinin düzenlenmesi gerekmektedir²²³.

Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi durumunda eldeki verilerin yok edilmesine ilişkin düzenlemenin hiçbir Avrupa ülkesinde bulunmadığı belirtilmektedir²²⁴.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararlarının geri alınabilecek kararlar olması nedeniyle, kayıtların imha edilmesi konusunda en azından Cumhuriyet savcısına bir takdir hakkının verilmesi daha uygun olabilirdi²²⁵.

2. Hâkim Onayının Alınamaması

CMK'nın 135 inci maddesinde iletişimin denetlenmesine kural olarak hâkimin karar vereceği belirtilmiştir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının da iletişimin denetlenmesine karar verebileceği belirtilmiştir. Ancak Cumhuriyet savcısının verdiği kararların derhal hâkim onayına sunulması ve hâkimin de bu onay talebini 24 saat içinde karara bağlayacağı öngörülmüştür.

CMK'nın 137/3 üncü maddesinde "135'inci maddeye göre verilen kararın uygulanması sırasında.... aynı maddenin birinci fıkrasına göre hâkim onayının alınamaması halinde bunun uygulanmasına derhal son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir" hükmü yer almaktadır.

Bu durumda savcı tarafından gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda verilen iletişimin denetlenmesine ilişkin kararların, hâkim tarafından onaylanmaması

222 Ünver/Hakeri, a.g.e., s.182,183.

223 Taşkın, a.g.e., s.142.

224 Kühne, H.Heiner, "Türk Ceza Muhakemesi Kanununda Koruma Tedbirleri", Hukuki Perspektifler Dergisi, S.3, Nisan 2005, s.47.

225 Şen, "İletişimin Denetlenmesi Tedbiri", s.118.

halinde, tedbire derhal son verilecek ve o ana kadar gerçekleştirilen kayıtlar savcının denetiminde on gün içinde yok edilecektir.

3. Beraat ve Diğer Kararların Verilmesi

CMK'nın 137/3 üncü maddesinden, kayıtların imha edilmesi yükümlülüğünün sadece KYOK verilmesi ve hâkim tarafından onaylanmaması halleri ile sınırlı olduğu izlenimi oluşmaktadır.

Bu durumda yargılama sonunda beraat eden sanık hakkında, daha önceden uygulanan iletişimin denetlenmesi tedbiri sonunda elde edilen kayıtların imha edilemeyeceği gibi bir anlam çıkabilmektedir. Ancak, karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi tedbire gerek kalmayan her durumda kayıtların imha edilmesi yükümlülüğünün söz konusu olması gerektiği ileri sürülmektedir²²⁶.

Bu görüşe katılmayanlar; diğer delillerin yanında iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen deliller birlikte değerlendirilerek kamu davası açılmış, yapılan yargılama sonunda sanık beraat etmiştir. Öncelikle verilen beraat kararının temyiz incelemesi yapılması halinde bu delillerin dosyada bulunması gerekir. Beraat kararı verilen bir dosya ile ilgili olarak daha sonra yargılamanın yenilenmesi veya yazılı emirle bozma gibi yollara başvurulabilir. AİHM'e başvurulması söz konusu olabilecektir. Tüm bu hallerde dosyanın yeniden incelenmesi gündeme gelebilecektir. Dosyadaki tüm deliller saklanırken, iletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen delillerin yok edilmiş olması büyük bir eksiklik olurdu. Hatta sanığın beraat etmesinin dayanağı belki iletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen delillerdir. Bu bakımdan beraat kararı verilmesi halinde iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen verilerin yok edilmemesi bir yanlışlık değil bilakis son derece isabetli bir düzenleme olduğunu söylemektedirler²²⁷.

226 Erdem, a.g.m., s.105.

227 Taşkın, a.g.e., s.143.

C. İMHA EDİLECEK KAYITLAR

CMK’da imha edilecek kayıtlarla ilgili ayrıntı bulunmamaktadır. CMK’nın 135/2 nci maddesinde, “alınan kayıtlar derhal yok edilir” denilirken, 137/3 üncü maddesinde “tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar”ın yok edilmesi hükme bağlanmıştır.

CMK’nın 137/3 üncü maddesinde yer alan düzenlemede sadece “tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar”ın imha edileceğinden söz edilmesi, buna karşılık sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin kayıtların imha edileceğinden söz edilmemesi tereddüt oluşturabilecek mahiyettedir.

14.01.2007 tarihli yönetmelikte sinyal bilgisinin, “bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi ifade eder” şeklinde tanımlanmasına göre, sinyal bilgilerinin telekomünikasyon hizmeti veren kuruluşlarca zaten muhafaza edilen veriler olduğu değerlendirilerek, bu kayıtların imha edilmesine gerek görülmemiştir²²⁸.

İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinin 9 uncu maddesinde “dinleme, iletişimin kayda alınması suretiyle yapılır ve gizlilik kurallarına tam uyularak gerçekleştirilir” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm göz önüne alındığında dinlemenin kayda alma şeklinde yapılacağı anlaşılmaktadır.

Tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi ifadesi, zaten dinleme ve kaydetmeye ilişkin kayıtları kapsamaktadır. Tespite ilişkin verilerin de imha edileceği açıkça belirtilmiştir.

D. İMHA ŞEKLİ ve ZAMANI

Kayıtların imha işlemi Cumhuriyet savcısının denetiminde yerine getirilmeli ve imha edilen kayıtların hangi tedbir kararına dayalı olarak elde edildiği, imha edilen materyalin cinsi, adedi ve ne şekilde imha edildiği İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinin ekinde yer alan Ek-2 sayılı imha tutanağına kaydedilmelidir.

228 Keklik, a.g.m., s.8.

Yönetmelik hükümlerinden, imha işleminin bu kayıtların henüz ilgili makama gönderilmediği bir aşamada ilgili kolluk biriminde gerçekleştirilebileceği gibi, Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesinden sonra da gerçekleştirilebileceği anlaşılmaktadır. İmha işleminin Cumhuriyet savcısının denetiminde yapılacağı belirtildiğine göre her iki halde de Cumhuriyet savcısı imha işlemi sırasında fiilen hazır bulunmalıdır

Veri taşıyıcısının Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesinden sonra, imha işlemi Cumhuriyet savcısının belirleyeceği yöntemle gerçekleştirilir. Veri taşıyıcısının üzerindeki kayıtların silinmesi, veri taşıyıcısının kırılması, ezilmesi vb. yöntemlerle; kayıtların ve belge şeklindeki delillerin imhası ise kayıt çözümlerinin yakılması vb. yöntemlerle imha işlemi yerine getirilebilir²²⁹.

CMK'nın 137/3 üncü maddesine göre, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesi ve Cumhuriyet savcısının gecikmesinde sakınca olan hallerde vermiş olduğu kararın hâkim tarafından onaylanmaması halinde tedbire son verilerek yapılan kayıtların en geç on gün içinde imha edilmesi lazımdır. CMK'nın 135/2 nci maddesinde, şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişiminin kayda alınamayacağı belirtildikten sonra, “kayda alma gerçekleştikten sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtlar derhal yok edilir” denilmektedir. Burada ki, “derhal” ifadesinden, “mümkün olan en kısa zaman” anlaşılması gerekir.

II. TEDBİRİN UYGULANDIĞININ İLGİLİLERE BİLDİRİLMESİ

A. GENEL OLARAK

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri niteliği gereği gizli olarak başvurulmuş bir tedbirdir. Bu nedenle, hakkında tedbir uygulanan kişilerin bundan haberdar olması söz konusu değildir. Ancak, uygulanan tedbirin hukuka uygun olup olmadığının da denetlenmesi, hakkında tedbir uygulanan kişilere, tedbire karşı yasal yollara başvuru imkânının sağlanması gereklidir. Kişilerin,

229 Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s.368.

hukuka aykırı olduklarına inandıkları tedbir kararlarına karşı hukuksal yollara başvurmaları, ancak tedbirden bilgi sahibi olmaları ile mümkündür.

Kişilerin Anayasanın 36 ncı maddesinde öngörülen hukuksal korunma güvencesinden etkin bir şekilde yararlanabilmeleri, tedbirin uygulanmasından sonra ilgili kişilere hakkında tedbir uygulandığına dair bilgi verilmesini gerekli kılmaktadır²³⁰. Anayasanın 40/1 inci maddesine göre, Anayasa ile tanınan hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin, yetkili makamlara geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkı olduğundan, bu hakkın kullanılabilmesi için ilgililerin tedbirden haberdar olması lazımdır²³¹.

4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu çerçevesinde talep edilmesi halinde, Devlet kurumlarının, bireylerle ilgili yaptığı işlemlerin kendisine bildirilmesi öngörülmektedir. İletişimin denetlenmesi sonucu ilgililerin uygulanan tedbirden bu yolla da haberdar olması mümkündür²³².

Hukukumuzda tedbirin ilk kez düzenlendiği 4422 sayılı yasada hakkında tedbir uygulanan kişilere tedbir uygulandıktan sonra bilgi verileceğine dair hüküm mevcut değildi. Dolayısıyla, hakkında tedbir uygulanan kişilerin, hukuka aykırı olduğunu düşündükleri tedbir kararına karşı yargı yoluna başvurmaları mümkün olmamaktaydı²³³.

CMK'nın 137/4 üncü maddesinde, “tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde, soruşturma evresinin bitiminden itibaren en geç onbeş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi verir” hükmü yer almaktadır. Doktrinde baskın görüş, ilgiliye bildirimin tedbirin uygulanmasına son verilmesinden sonra yapılması gerektiği, soruşturmanın sona ermesinin beklenmesinin yanlış olduğu şeklindedir²³⁴.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Klass ve Diğerleri - Federal Almanya davasında; Başvurucular, Alman Anayasasının 10 uncu maddesinin 2 nci fıkrasına

230 Erdem, a.g.m., s.105.

231 Yokuş Sevik, Handan, “Postada El koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” TBDD, S.69, 2007, s.116.

232 Özbek, a.g.e., s.433.

233 Dönmezer, a.g.m., s.553.

234 Yokuş Sevik, a.g.m., s.116.

istinaden çıkarılan 13.08.1968 tarihli Mektup, Posta ve Telekomünikasyon Gizliliğinin Sınırlandırılması Hakkındaki Yasanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Başvurucular devlete bir yasayla denetim tedbiri alma yetkisi verilmesine itiraz etmemektedirler. İtirazları, yasa uyarınca denetim yapılmasından sonra yetkililerin haklarında tedbir uygulananlara bilgi vermekle yükümlü tutulmamış olmasına ve dolayısıyla hak arama özgürlüğünün kısıtlanmış olmasına yöneliktir²³⁵.

AİHM'si, sözleşme metninde telefon iletişiminin denetlenmesinden açıkça zikredilmemiş olmasına rağmen, telefonun özel hayatın bir parçasını oluşturduğunu, bu nedenle, iletişim hürriyetine karşı kanunla getirilmiş olan sınırlamanın, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerden sayılıp sayılmayacağı sorununu incelemiştir. Konuyu özellikle casusluk, demokratik toplumu tehdit eden terörizm ile denetim alanındaki teknolojik ilerlemeler ve özel hayatın gizliliğinin korunması yönlerinden incelemiştir²³⁶.

Mahkeme, bu konuda yapılacak yasal düzenlemeye ışık tutabilecek bazı ilkeler saptamıştır, bunlar;

1. Söz konusu yasal düzenlemenin özel yaşama ve aile yaşamına saygı gösterilmesi haklarına müdahale niteliği taşıdığı açıktır. Bu noktada uygulanacak kriter ise ölçülülük ilkesinin gereği olarak, gizli denetlemenin ancak demokratik kurumların korunması amacı ile zorunlu olmasıdır. Yani yasalarda ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suçların önlenmesine yönelik olarak getirilen sınırlamalar ancak bu amaca ulaşmak için benimsenen araçların demokratik bir toplum için zorunlu olup olmamasına bağlı olarak meşruiyet kazanır.

2. Günümüzde hemen her devlet karmaşık casusluk olayı ve terör eylemlerinin tehdidi altında bulunmaktadır. Devletin bunlarla etkin bir şekilde mücadele edebilmesi ülkesinde faaliyette bulunan yıkıcı faaliyetleri gizlice gözetleme yeteneğine sahip olmasına bağlıdır. O halde demokratik bir toplumda istisnai de olsa ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suçların

235 Doğru, a.g.e., s.243.

236 Anayurt, a.g.m., s.51.

önlenmesi için haberleşmenin gizlice denetlenmesine olanak veren yasalar bir zorunluluktur.

3. Bununla birlikte devletlere tanınan bu olanak sınırsız değildir. Zira demokrasiyi savunma gerekçesiyle çıkarılan ve haberleşme özgürlüğünü sınırlayan böyle bir yasa demokrasinin sarsılması hatta yıkılması tehlikesini de beraberinde getirmektedir. O halde devletler kendilerince uygun görülen her önlemi alamazlar. Haberleşmenin gizlice denetlenmesine olanak veren bir sistem bunların kötüye kullanılmasına karşı da yeterli güvenceleri getirmelidir²³⁷.

Mahkeme, Devletin gizli izleme yetkisine sözleşme çerçevesinde ancak demokratik kurumları korumak için kesinlikle gerekli olduğu ölçüde müracaat edebileceğine, müdahalenin sözleşmenin 8 inci maddesine aykırı olmaması için hukuka uygun olarak yapılmış olması gerektiğine işaret etmiştir. Müdahalenin yasal bir dayanağının bulunması gerekir. Sözleşmenin 8 inci maddesinde belirtilen amaçlara yönelik olarak demokratik toplumda gerekli olduğu ölçüde ve hukuka dayalı olarak iletişimin denetlenmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir²³⁸.

Mahkemeye göre Alman Kanunu telefon dinlemelerini birtakım esaslara bağlamaktadır. Ciddi kuşkuların varlığı, başka türlü bilgi ve delil elde etme imkânsızlığı, tedbirin yalnızca ciddi anlamda şüphelenilen şahıslar ve bağlantı içerisinde olduğu kişilerle sınırlı oluşu, elde edilen kayıtların yöntemi ve denetimi, bunların incelenmesi ve denetimiyle görevli beş milletvekilinden oluşan ve Parlamento tarafından seçilen iki organa (komisyon ve komite) yer vermekte ayrıca da ilgililere, haklarında uygulanan tedbirin sona erdirildiği andan itibaren yargı denetimini işletebilmesi imkânı sağlamaktadır²³⁹. İşte bu esaslara dayalı olarak Mahkeme, bu davada idari makamlara telefon dinleme yetkisi tanıyan kanun hükümlerinin sözleşmenin 8/2 nci maddesinde yer alan sınırlama sebeplerine uygun düştüğü sonucuna varmıştır.

237 Öztürk, Bahri, “İletişimin Dinlenmesi”, Güncel Hukuk Dergisi, Ekim 2004, S.10, s.33

238 Doğru, a.g.e., s.255.

239 Anayurt, a.g.m., s.52.

B. BİLDİRİM ZAMANI

Kovuşturmaya yer olmadığı kararı veya Cumhuriyet savcısının kararını hâkimin onaylamaması nedeniyle, tedbirin uygulanmasına son verilmiş ve o aşamaya kadar elde edilen kayıtlar imha edilmişse, durum ilgililere bildirilecektir. Şayet iletişimin denetlenmesine ilişkin kayıtlar delil olarak kullanılacak ise bilgi verme zorunluluğu olmadığı gibi, soruşturma devam ediyor olduğu için soruşturmanın geleceği bakımından bilgi verilememesi de gerekmektedir²⁴⁰.

5353 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten önce, imha tarihinden itibaren on beş gün içinde Cumhuriyet savcısı tarafından bildirim yapılacağı hükme bağlanmıştır. Ancak söz konusu değişiklikle, artık soruşturmanın bitiminden itibaren onbeş gün içinde bildirim yapılması benimsenmiştir. Gizliliğin asıl olduğu soruşturma evresi devam ettiği sürece bilgi verilmesinin uygun görülmediği, kural olarak aleniyetin geçerli olduğu kovuşturma aşamasında bu bilginin gizlenmesine gerek bulunmadığı belirtilmektedir²⁴¹.

İletişiminin denetlendiğinin ilgisine bildirilmesi konusunda yaşanabilecek bir sorunun da, kişinin kullandığı telefonu değiştirmesi halinde ortaya çıkabileceği, bu durumda dinlemenin yeni telefona yönlendirileceği, eski telefonla ilgili yapılan dinlemeler konusunda ilgisine bildirim yapıldığında ise gizliliğin kalmayacağı ve delil elde etme imkânının ortadan kalkacağı ileri sürülmektedir²⁴². Bu görüşe katılmayanlar, CMK'nın 137/4 üncü maddesinin açık olduğunu, iletişimi denetlenen kişinin kullandığı iletişim aracını değiştirmesi ile hemen geri bildirim yapılması gerekmediğini ileri sürmektedirler²⁴³.

Şu halde her durumda soruşturma evresi süresince ilgiliye bildirim yapılması ertelenecektir. Kovuşturma evresinde zaten aleniyet söz konusu

240 Kılıç, Barış, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, makale

http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_658.htm.ET: 13.02.2009, s.16

241 Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku, Gazi Şerhi, s.385.

242 Koyuncu, Tuğçe, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, Hukuk Gündemi, Ankara 2005, s.79.

243 Taşkın, a.g.e., s.149.

olduğundan bu aşamada ilgilisine bildirim yapılmasında bir sakınca bulunmamaktadır²⁴⁴.

C. BİLDİRİMİN KAPSAMI

CMK'nın 137/4 üncü maddesine göre, verilecek bilgi, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında olacaktır. Doktrinde uygulanan tedbirin maliyetinin de vergisini ödeyen vatandaşa bildirilmesi gerektiği belirtilmektedir²⁴⁵.

İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasının ilgililere bildirilmesinin amacı, keyfilğin önlenmesidir. Tedbirin, kanunda belirtilen koşullara uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı bu şekilde denetlenmiş olacaktır.

D. BİLDİRİM YAPILACAK KİŞİLER

CMK'nın 137/4 üncü maddesinde, “tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma evresinin bitiminden itibaren, en geç on beş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgilisine yazılı olarak bilgi verir” denmektedir.

Bir görüşe göre, maddede geçen “ilgilisine” ibaresinin, sadece hakkında tedbir uygulanan şüpheli veya sanık olarak yorumlanmaması gerektiği, hakkında tedbir uygulanan şüpheli veya sanığın yanında, bunların iletişim kurduğu ve tedbirin uygulamasına maruz kalan diğer kişilere de uygulanan tedbirin bildirilmesi gerekir²⁴⁶. Kılıç da, bildirim yükümlülüğünün yalnızca hakkında iletişimin denetlenmesi kararı verilen şüpheli veya sanıkla sınırlı olmayıp, tedbirin uygulanması sırasında tedbire maruz kalan üçüncü kişiler bakımından da geçerli olduğunu belirtmektedir²⁴⁷.

Almanya ve Avusturya'da da bildirimin sadece şüpheli veya sanıkla sınırlı olmadığı gerektiğinde haberleşme hizmeti sunan şebekenin sahibine de bilgi

244 Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku, Gazi Şerhi, s.385.

245 Ünver/Hakeri, a.g.e., s.183.

246 Öztürk/Erdem, a.g.e., s.611.

247 Kılıç, a.g.m., s.16.

verilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Almanya’da iletişim kurulan üçüncü kişilere de bilgi verilmesi gerektiği konusunda öğretide baskın bir görüş vardır²⁴⁸.

CMK’nın 137/4 üncü maddesinde bildirimin kimlere yapılacağına ilişkin sadece “ilgilisine” ibaresinin kullanıldığı görülmektedir. Bu ifadeye göre, öncelikle hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasına karar verilen kişiye bildirim yapılacağı açıkça anlaşılmaktadır. Ancak tedbirin uygulanması sırasında şüpheli veya sanık, her defasında bir üçüncü kişi ile konuşmaktadır. İletişimi dolaylı olarak denetlenen üçüncü kişilere de bildirim yapılması gerekip gerekmediği tam olarak anlaşılamamaktadır.

Bu konuda Taşkın, CMK’nın 137/4 üncü maddesinde “ilgililere” değil “ilgilisine” ibaresi kullanıldığını, yasa koyucunun bu tercihinin, bildirimin sadece şüpheli veya sanığa yapılacağını belirtilmek olduğunu, ayrıca, bir şüpheli veya sanığın üç ay süreyle iletişiminin denetlenmesi halinde, bu süre içinde şüpheli veya sanığın yüzlerce kişiyle iletişim kuracağını, Savcılığın bu kişilerin hepsinin kimlik bilgilerini ve adresini belirlemesinin ve bu kişilere bildirimde bulunmasının oldukça kapsamlı bir iş yükü ve maliyeti de beraberinde getireceğini, bu nedenle üçüncü kişilere bildirimde gerek bulunmadığını belirtmektedir²⁴⁹.

III. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ SONUCU ELDE EDİLEN DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. ELDE EDİLEN DELİLLERİN İSPAT BAKIMINDAN DEĞERİ

İletişimin tespiti, dinlenmesi, kaydedilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi suretiyle elde edilen bilgilerin niteliğinin ne olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. İletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen ses kayıtlarının delil olup olmadığı, ne tür bir delil olduğu ve tek başına mahkûmiyet için dayanak teşkil edip etmediğini belirlemek gerekmektedir.

Hukuk sistemimize göre hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar. Anayasa, kanun ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar verirler. Bununla

248 Erdem, a.g.m., s.106.

249 Taşkın, a.g.e., s.150.

birlikte delillerin incelenmesinde ve değerlendirilmesinde sınırsız bir özgürlüğe sahip olmayıp, bazı sınırlamalar söz konusudur²⁵⁰.

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, serbest delil sistemi ilkesinin bir uzantısı olarak, hukuka uygun olarak elde edilmiş ses ve görüntü kayıtlarının bozulma veya sahteliği konusunda bir tereddüt bulunmadığı durumlarda ispat aracı olarak kullanılması mümkündür²⁵¹. Başka bir anlatımla ses ve görüntü kayıtları, güvenilirliği sağlamaya yönelik belirli bir usul çerçevesinde doldurulup, muhafaza edilmişlerse ve üzerinde tahrifat yoksa, o zaman ceza muhakemesinde delil olarak kabul edilmektedir²⁵².

Sever, yeni CMK'nın ses ve görüntü kayıtlarına ayrı bir önem verdiğini, değişik maddelerde ses ve görüntü kayıtlarının alınmasının ve saklanması düzenlendiği de göz önüne alınarak, yeni CMK'da teknolojik gelişmelere paralel olarak ses ve görüntü kayıtlarının delil olarak değerlendirilmesini benimsendiğini belirtmekte ve yeni ceza kanunlarının çağının gerisinde kalmamak için ses ve görüntü delillerine biraz daha güvenmek zorunda kaldığını vurgulamaktadır²⁵³.

Ceza Muhakemesi Hukukunda delillerin beyan, belge ve belirti delili olarak üçe ayrıldığını belirten Yenisey/Altunç'a göre; konuşmaya dayanmakla birlikte bant kayıtları belirti delili olarak kabul edilirler ve bu nedenle keşfin konusunu oluştururlar. Kayıtların içeriğinin geçirildiği tutanakların gerçeği yansıtmadığı şüphesi doğduğunda, söz ve yazıların kaydedildiği bant veya veri taşıyıcı keşif yöntemi ile delil olarak kullanılabilir. Yapılan keşif neticesinde bantların gerçek konuşmaları yansıttığı ve üzerinde değişiklik yapılmadığının tespit edilmesi halinde bant kayıtlarının duruşmada delil olarak ikame edilmesi mümkündür²⁵⁴.

250 Bayram, Levent, "Ses ve Görüntü Kayıtlarının Türk Hukukundaki Yeri", Polis Bilimleri Dergisi, C.6, s.1.

251 Yıldız, Ali Kemal, "Ses ve Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu", Ceza Hukuku Dergisi, S.2, Aralık 2006, s.256

252 Bayram, a.g.e., s.1.

253 Sever, Hanefi, "Adli Nitelikte Bant Kayıtlarının İncelenmesinde Hukuki Durum ve Belleğe Bağlı Olarak Duyulan Seslerin Hatırlanmasında Suç Soruşturmasına Yön Veren Şüphe Kavramı", Polis Dergisi, S.44, s.118.

254 Yenisey, Feridun/Altunç, Sinan, "İletişimin Denetlenmesi Hakkında", Sulhi Dönmezer Armağanı,

Özbek, usulüne uygun olarak yapılan ve muhafaza altına alınmış kayıtların delil kategorisinde kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. Ancak yazar, usulüne uygun kaydedilen ve korunan kayıtların tek başlarına mahkûmiyet için yeterli kabul edilmemesinin bu delilleri belirtiye yaklaştırdığını belirtmektedir²⁵⁵.

Doktrinde savunulan bir görüş, genel mahiyette olduklarından ve somut olayı temsil etmediklerinden belirtilerin tek başına ispat kuvvetinin bulunmadığı şeklindedir²⁵⁶. Yargıtay 8 inci Ceza Dairesi de, sanıkların toplu silah kaçakçılığı suçundan cezalandırıldığı bir davayla ilgili olarak vermiş olduğu bir kararda, “maddi bulgularla desteklenmeyen ve bu nedenle delil niteliğinde bulunmayan telefon görüşmelerine dayalı iletişim kayıtları”na dayalı olarak suçun toplu olarak işlendiğinin kabulüyle, 6136 sayılı yasanın 12/2 nci maddesinden makkumiyet hükmü verilmesini hukuka aykırı bulmuştur²⁵⁷. Yüksek Mahkemenin bu kararından maddi bulgularla desteklenmeyen telefon görüşmelerine ilişkin kayıtların delil niteliğinde kabul edilmediği sonucu çıkmaktadır.

Şöyle ki, kanunumuza göre telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri için, bir suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması gereklidir. Yani, tedbir kararı verilmeden önce bazı deliller zaten mevcut olacaktır. O nedenle, bazı istisnai haller dışında pratikte, CMK’nın 135 inci maddesi hükümlerine göre yapılan denetim sonucu elde edilen delillerin tek başına olması söz konusu olmayacaktır.

Kanaatimizce, iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen ses kayıtları ve verilerin ceza muhakemesi hukukumuzda hâkim olan delil serbestisi ve delilleri değerlendirme serbestisi ilkeleri kapsamında delil olarak kabul edilebilecektir. Elde edilen ses kayıtları ve verilerin tek başlarına mahkûmiyet için yeterli kabul edilip edilemeyeceği her somut olaya ve elde bulunan veriye göre değişiklik gösterebilecektir.

Türk Ceza Hukuku Derneği ve Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı Yayını, C.II, Ankara 2008, s.1308.

255 Özbek, a.g.e., s.633.

256 Toroslu/Feyzioğlu, a.g.e., s.193.

257 Yargıtay 8.CD. 15.09.2008, 2008/12115 E, 2008/9513 K.

B. HUKUKA UYGUN ŞEKİLDE ELDE EDİLEN DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından delil elde edilmesi amacıyla, koruma tedbiri olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulur. O nedenle, hukuka uygun bir şekilde yapılan denetim faaliyeti sonucu elde edilen delillerin ceza yargılamasında değerlendirilmesi bunun doğal bir sonucudur.

Doktrinde, bir delilin hukuka uygun şekilde elde edilmesinin, bu delilin değerlendirilmesinin de her zaman hukuka uygun olduğu anlamına gelmeyeceği, somut olayda çatışan menfaatler arasında değerler tartımı yoluna gidilerek bir sonuca varılması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüş sahiplerine göre, bireyin temel hak ve özgürlüğüne yapılan müdahalenin niteliği ve yoğunluğu ile ceza adaletinin sağlanmasına ilişkin kamunun menfaati arasında yapılacak bir değerlendirmede, bireyin temel hak ve özgürlüğüne yapılan müdahalenin ağır basması halinde hukuka uygun olsa bile delilin değerlendirme dışı tutulması gerekecektir²⁵⁸.

Katalog suç uygulamasının bulunmadığı, tedbirin bütün suçlar bakımından uygulanabildiği sistemlerde, oranlılık ilkesinin bir gereği olarak delil elde edilirken ihlal edilen hak ve menfaatlerin, delilin kullanılması ve suçun aydınlatılmasındaki kamu yararına göre ağır bastığı hallerde denetim sonucu elde edilen delillerin kullanılmaması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, delil değerlendirme serbestisinin geçerli olduğu ve katalog suç uygulamasının bulunduğu sistemler bakımından bu şekilde bir uygulamanın kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü burada bizzat kanun koyucu oranlılık ilkesini gözeterek ve değerler tartımı yaparak katalog kapsamındaki suçları belirlemekte ve ancak belli nitelikteki ve ağırlıktaki suçlar bakımından tedbirin uygulanmasına imkân vermektedir. O nedenle, katalog suç uygulamasının benimsendiği sistemlerde, delilin yargılamada kullanılıp kullanılamayacağını mahkemenin takdirine bırakılmasının isabetli olmadığı ileri sürülmektedir²⁵⁹.

258 Erdem/Özbek, a.g.m., s.293.

259 Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s.438.

C. HUKUKA AYKIRI ŞEKİLDE ELDE EDİLEN DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ ve DELİL YASAKLARI

Ceza hukuku anlamında hukuka aykırılık; işlenen fiilin hukuk düzenince uygun bulunmaması, yalnız ceza hukuku değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması olarak tanımlanabilir²⁶⁰. Ceza muhakemesi bakımından hukuka aykırılık tanımlanırken ve sınırları belirlenirken yalnız Ceza Kanunu ve CMK'daki hükümler değil, medeni hukuk veya idare hukukuna ilişkin Anayasa, yasa, tüzük ve yönetmelik hükümlerinin de dikkate alınması lazımdır²⁶¹.

Ceza muhakemesi hukukunda kabul edilen vicdani delil sisteminin gereği olarak, hâkim, duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delilleri serbestçe takdir edecektir. Buna delil değerlendirme serbestliği de denilmektedir. Ancak, Ceza Muhakemesinde kullanılacak delillerin hukuka aykırı olmaması gereklidir. Buna göre, hâkim, hukuka aykırı delilleri serbestçe değerlendiremeyecektir. Hâkimin, vicdani kanaatine göre delilleri serbestçe değerlendirme yetkisi sınırlanmış olmaktadır²⁶². İşte delil elde etme ve değerlendirme hususunda getirilen bu yasaklara delil yasakları denilmektedir²⁶³.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sonucu yapılan kayıtların delil değil belirti olduğu, kanunda hukuka aykırı delillerin kullanılamayacağından söz edildiği, dolayısıyla belirti bakımından bir yasağın bulunmadığı düşünülebilir. Ancak, Anayasanın 38/6 ncı maddesinde, “kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilmez” denildiğinden, henüz delil vasfını kazanmamış, tüm iz ve belirtilerin de artık delil olarak kabul edilmesi ve yargılamada kullanılması mümkün değildir²⁶⁴.

Hangi hallerde delilin hukuka aykırı hale geleceği ve hüküm verilirken değerlendirilemeyeceği konusunda kanunda bazı açık düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin, CMK'nın “ifade alma sorguda yasak usuller” başlığını taşıyan 148 inci

260 Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3.Bası, İstanbul 2005, s.288.

261 Öztürk, a.g.e., s.36,37.

262 Kaymaz, Seydi, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Ankara 1997, s.247.

263 Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, s.16.

264 Öztürk/Erdem, a.g.e., s.483.

maddesinde, “Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz. Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez. Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez. Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz. Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir” denilerek mutlak bir değerlendirme yasağı kabul edilmiştir.

CMK’nın 217/2 nci maddesinde, “yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir” denilmektedir. Bu hükmün tersi anlamından, hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin ispat aracı olarak kullanılamayacağı sonucu çıkmaktadır²⁶⁵.

Hukuka aykırı bir delilin söz konusu olabilmesi için, delil elde edilirken hukuk normunun koruduğu hukuksal menfaatin ihlal edilmesi gerekir. Eğer hukuk normu ile korunan hukuksal menfaat ihlal edilmemiş ise hukuk kuralına şekil olarak aykırılık, elde edilen delilin hukuka aykırı olmasına neden olmaz. Ayrıca, hukuka aykırı delilin yargılamada kullanılması istisna olmakla beraber eğer sonuç itibarıyla kişinin adil yargılanma hakkını ihlal etmiyorsa, hukuka aykırı deliller yargılamada kullanılmalıdır²⁶⁶. Ancak, yasanın kullanılmasını yasakladığı ve yok edilmesini emrettiği deliller ile CMK’nın 148 inci maddesinde gösterilen yasak usullerle elde edilen ifadeler ilgililerin rızası bulunsa dahi delil olarak değerlendirilemez²⁶⁷.

Anayasamızın 38/6 ncı maddesinde yer alan “kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak değerlendirilemez” şeklindeki hüküm ile CMK’nın 217/2 nci maddesinde yer alan, yüklenen suçun hukuka uygun şekilde elde edilen delillerle ispatlanabileceğine dair hüküm ve CMK’nın 206/2 nci ve 289/1-i maddesi hükümleri karşısında, hukukumuz bakımından hukuka aykırı deliller vasıtasıyla elde

265 Öztürk/Erdem, a.g.e., s.483,484.

266 Hafızoğulları, Zeki, “Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi”, Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı, S.10, s.643.

267 Kunter/Yenisey/Nuhoglu, a.g.e., s.990,993.

edilen diğerk delillerin de ceza yargılamasında delil olarak değerkendirilmesi mümkün görünmemektedir²⁶⁸. Buna göre, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin hukuka aykırı olması halinde, denetim sonucu elde edilen diğerk deliller de yargılamada kullanılamayacaktır.

İletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından, gerekli koşulların bulunmaması, tedbir kararının usulüne göre uygulanmaması ve yapılan kayıtların silinme ve değerkştirilmesi ihtimalini ortadan kaldıracak şekilde muhafaza edilmemesinin elde edilen delilleri hukuka aykırı hale getireceğini belirtmek gerekir.

Tedbir kararı verilebilmesi için aranan koşullardan herhangi birinin gerçekleşmemesi kararın ve bu karara dayalı olarak elde edilen delillerin hukuka aykırı olmasına ve ceza yargılamasında değerklendirme dışında tutulmasına neden olur.

Cumhuriyet savcısının gecikmesinde sakınca bulunan hallerde vermiş olduğu iletişimin denetlenmesi kararının hâkim tarafından onaylanmaması durumunda, o zamana kadar elde edilen delillerin hukuka aykırı hale geldiğini kabul etmek gerekir. Bu durumda Cumhuriyet savcısının kararı şekli olarak hukuka uygun olsa bile, kural olarak denetim kararı vermeye yetkili hâkimin yaptığı inceleme sonucu verdiği karar ile Cumhuriyet savcısının kararının hukuka uygun olmadığını tespit etmiş olmaktadır. Kararın hukuka aykırı olduğunun tespiti halinde ise o zamana kadar elde edilen delillerin hukuka aykırı deliller olduğunu kabul etmek gerekir²⁶⁹.

İletişimin denetlenmesi kararı hukuka uygun olmasına rağmen, kararın hukuka aykırı bir şekilde uygulanması nedeniyle deliller hukuka aykırı hale gelebilir. Örneğin, İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinin 9/2-a maddesine göre, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerklendirilmesine ilişkin tedbir, TİB’e aidiyet numarası bildirilen görevliler tarafından yerine getirilmelidir. İletişimin denetlenmesi tedbirinin, TİB’e aidiyet numarası bildirilen görevliler dışındaki personel tarafından yerine getirilmesi veyahut kesintisiz kayıt yapılmaması hukuka

268 Yurtcan, a.g.m., s.29.

269 Kunter/Yenisey/Nuhoglu, a.g.e., s.705.

aykırı olup, bu hukuka aykırılık elde edilen delillerin yargılamada değerlendirme dışında tutulmasına yol açar. Tedbir kararının hukuka uygun bir şekilde uygulanmadığı bu ve benzeri hallerde elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu kabul edilmelidir²⁷⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Khan-İngiltere davasında; Khan'ın eroin kaçakçılığına istinaden mahkûm edilmesine dayanak teşkil eden ses kasetlerinin davada delil olarak kullanılmayacağına ilişkin başvurusunun değerlendirilmesi sonucunda; Uyuşturucu suçuna ilişkin gizli dinlemeyle hukuka aykırı yoldan elde edilen delillere dayanan mahkûmiyet kararı verilmesini, ağır bir suç kanıtlama amacı karşısında, kişilerin özel hayatına ve haberleşme hürriyetine tecavüzün daha hafif olduğu gerekçesi ile temyiz reddine, ancak suç tarihinde İngiltere'de dinleme cihazlarının kullanılmasıyla ilgili yasa bulunmadığından hukuken öngörülme müdahale nedeniyle özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Dava konusu olay her ne kadar haberleşmenin denetlenmesine ilişkin değil ise de; gizli yollardan elde edilen delillerin kullanılması ve müdahale için yasal düzenleme bulunması gerektiği konusunda da yol göstericidir²⁷¹.

D. TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Tesadüfen elde edilen delil; yapılmakta olan soruşturma ile ilişkisi bulunmayan ve soruşturma yapılırken bir başka suçun işlendiğini gösteren ve soruşturma yapılırken ele geçirilen delillerdir²⁷². Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında tesadüfen elde edilen delillerin kullanılıp kullanılmayacağı hususu, 5271 sayılı yasadan önce tartışmalıydı. 1412 sayılı CMUK ve 4422 sayılı ÇASÖMK'te bu hususa ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemişti²⁷³.

CMK'nın 138/2 nci maddesi bu hususa açıklık getirmiştir. Bu düzenlemede, tesadüfen elde edilen delillerin sınırsız olarak kullanılması kabul

270 Çınar, Ali Rıza, "Hukuka Aykırı Kanıtlar", TBBD, S.55, 2004, s.45.

271 Doğru, a.g.e., s.1052.

272 Erdem, a.g.m., s.107.

273 Geleri/İleri, a.g.e., s.243.

edilmemiş, ikili bir ayırım yapılmıştır. Tesadüfen elde edilen delil, arama ve el koyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında elde edilmişse bu deliller herhangi bir sınırlama olmaksızın kullanılabilir. Ancak, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilmişse, katalogda sayılan suçlardan biri ile ilgili ise kullanılabilir²⁷⁴. Kanun maddesinin düzenleniş şekline göre katalogda sayılmayan suçlarla ilgili tesadüfen elde edilen delillerin kullanılamayacağını kabul etmek gerekir²⁷⁵.

CMK'nın 138 inci maddesinde de belirtildiği üzere tesadüfen elde edilen delillerden anlaşılması gereken yapılan bir soruşturma sırasında ele geçen ve başka bir suçun işlendiğini gösteren delillerdir. Ele geçirilen her delilin kullanılması da mümkün değildir. Ancak katalogda yer alan suçlara ilişkin bir delil olmalıdır. Ayırım yapılmaksızın tesadüfen ele geçirilen her delil kullanılacak olursa, katalogda sayılmak suretiyle getirilen güvence devre dışı bırakılmış, sıkı şartlara bağlanmak suretiyle kullanılmasına izin verilen tedbirin sınırları aşılmış olacaktır²⁷⁶.

Tesadüfen elde edilen delillerin katalogda sayılmayan suçlara ait olması durumunda, delil olarak kullanılamayacağı gibi; şüphe sebebi, ihbar veya yol gösterici olarak ta kabul edilmemesi gerekir. Aksi yönde anlayış, kişi hakkında tedbir uygulanabilecek bir suçtan dolayı uydurma bir soruşturma başlatılıp, tedbir uygulamasına olanak bulunmayan bir suçun aydınlatılması amacıyla kötüye kullanılmasına açık kapı bırakacak ve bu nedenle de söz konusu tedbirin uygulama alanını ancak belirli ağırlıktaki suçlarla sınırlı tutmakla izlenen amaçla bağdaşmayacaktır²⁷⁷. Bu nedenle bu delillerden katalog dışında kalan suçların aydınlatılması bakımından yalnızca delil olarak değil; yol gösterici olarak, şüphe sebebi veya ihbar olarak ta yararlanılmamalıdır.

Tesadüfen elde edilen deliller kapsamında üçüncü bir kişinin katalog kapsamında bulunan bir suçu işlediğine dair bilgiler elde edilirse, bu katalog suçla ilgili doğrudan iletişimin denetlenmesine başlanamaz. Bu suç ve yeni şüpheli

274 Ünver/Hakeri, a.g.e., s.187.

275 Erdem, a.g.m., s.107.

276 Yavuz, A.Hakan, "Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", TBDD, S.60, 2005, s.257.

277 Erdem, a.g.m., s.107.

bakımından koşulların varlığı değerlendirilerek ayrı ve yeni bir karar verilmesi halinde, tesadüfen tespit edilen suçla ilgili iletişimin denetlenmesi gerçekleştirilebilir²⁷⁸.

Tesadüfen elde edilen deliller konusunda Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 29.06.2004 tarihli kararı yol gösterici olacaktır²⁷⁹. Karara konu olayda, çıkar amaçlı suç örgütü kurmak ve örgüt adına faaliyette bulunmak suçlarından haklarında soruşturma yürütülen sanıkların hâkim kararıyla telefonları dinlenmiş, dinleme sonucunda sanıkların konuşmalarında, bazı Yargıtay üyelerinin ve Yargıtay Başkanının adı geçmiştir. Yargıtay üyelerinin ve Yargıtay'ın töhmet altında kalmaması için konunun soruşturulmasına karar verilmiştir. Sonuç olarak belirtilen kararda açıldığı üzere sanıklar hakkında hâkim kararı olmasına rağmen Yargıtay üyeleri açısından hâkim kararı yoktur. Yargıtay üyeleri için soruşturma yapılabilmesi için Yargıtay Yasası uyarınca ayrıca izin verilmelidir. Yasa hükümlerine göre yöntemine uygun biçimde telefonlarının dinlenmesine karar verilen kişilerle herhangi bir nedenle telefon görüşmesi yapan ancak Yargıtay Yasasının 46 ncı maddesi bağlamında haklarında dinlenme kararı bulunmayanların bu görüşmede sarf ettikleri sözlerin aleyhlerine kanıt olarak kullanılması “haberleşme özgürlüğü ve bunun gizliliği” esasına aykırılık oluşturur. AİHS ve iç hukuk kurallarına göre bunlar yasa dışı yollarla elde edilmiş bulgular kapsamında olduğundan yasal kanıt sayılmaz. Aksi kabul, dolaylı dinleme olarak tanımlanabilecek fiili bir durum ve yasaya karşı hile yolunu açar. Yasal olmayan kanıttan yola çıkılarak elde edilen bulgularda, buna bağlı olarak yasal kanıt olma özelliği taşımayacaktır.

Ayrıca, haklarında iletişimin denetlenmesi kararı alınmamış kişilerin telefonda sarf ettiği sözlerin özgür iradeye dayanan ifade sayılmayacağı, yasak sorgu kapsamında bulunduğu, kişinin rızası olsa bile yasal kanıt olamayacağı belirtilmiştir. Hayatın gizli alanı bir delil elde etme yasağı teşkil eder. Sonuç olarak özel ve aile yaşamının gizli alanı çiğnenerek haberleşme özgürlüğü ve bunun gizliliği ilkesi göz ardı edilerek yasak yöntemlerle elde edilen bulgular, yasal kanıt sayılamaz ve ceza yargılamasında delil olarak kullanılamaz denilmiştir²⁸⁰.

278 Şen, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, s.127.

279 Yurtcan, a.g.m., s.28,29.

280 Yurtcan, a.g.m., 29,29.

İletişimin denetlenmesi sırasında katalog dışındaki bir suçun işlendiğinin öğrenilmesi durumunda bu kaydın kullanılması mümkün olmayacaktır. Ancak, dinleme yapan görevlinin kamu görevlisi olması karşısında, bu suçu bildirme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı ele alınmalıdır. TCK'nın 279 uncu maddesinde, kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı olarak öğrendiği bir suçu yetkili mercilere bildirme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu nedenle CMK'nın 138 inci maddesindeki kısıtlama, bildirimin yapılması zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır²⁸¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; Amann-İsviçre davasında, 1940 doğumlu İsviçreli bir iş adamı olan Hermann Amann, 1980'li yılların başlarında, bir takım dergilere reklamlar vererek, ithal etmiş olduğu epilasyon aletlerini pazarlamaya çalıştığı; 12 Ekim 1981 günü, o dönem ki Sovyet Büyükelçiliği çalışanı olan bir bayan kendisini telefonla arayıp epilasyon aletinden bir tane ısmarladığı, Bu telefon görüşmesinin, İsviçre'nin Federal Savcılığınca dinlenerek kaydedildiği, daha sonra savcılığın isteği üzerine, Zürih Kantonu Polis Örgütünün gizli servisinde Bay Amann hakkında soruşturma başlattığı, 1981 Aralık ayın da savcılığın bu soruşturmaya dayanarak, "ulusal güvenlik bakımından sakıncalılar" listesine Amann adına düzenlenmiş bir fiş eklediği, bu fişte yer alan bilgilere göre Amann'ın "Rus Sefaretiyle temasta bulunan bir işadamı" olduğu saptaması yapılır ve kendisine bir de kod numarası verilir.

Bay Amann 1990 yılında, savcılıkça tutulan fişlerden haberdar olur, kendisi hakkındaki fişi görmek ister, bunun üzerine fişinin bir fotokopisi kendisine verilir ama fişteki bilgilerden iki kalemin üzeri okunamayacak biçimde karalanmış durumdadır. Bay Amann, kendisi hakkındaki bilgilerin hukuka aykırı bir biçimde savcılıkça fişlendiği iddiasıyla, bir idarî dava açarak, kişilik haklarına saldırı nedeniyle 5.000 İsviçre Frangı tazminat ister. İsviçre Federal Mahkemesi önüne giden dava, davacının kişilik haklarına ciddî saldırı olmadığı gerekçesiyle reddolunur.

Bunun üzerine Bay Amann AIHM'ne dava açarak, 12 Ekim 1981 tarihindeki telefon konuşmasının dinlenmiş olmasının ve kendisi hakkında savcılık

281 Ünver/Hakeri, a.g.e., s.173.

tarafından fiş tutulmasının AİHS'nin, “herkesin özel yaşamına, aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini” öngören 8 inci maddesinin ihlâli olduğunu ileri sürmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS'nin 8 inci maddesi açısından yaptığı inceleme sonucunda, dava konusu olayda telefon konuşmasının dinlenmesinin ve Bay Amann hakkında fiş tutulmasının 8 inci maddeyi ihlâl ettiğini kabul etmiştir.

AİHM'si müdahalenin 8 inci madde açısından aykırılık oluşturmaması için, yapılan müdahalenin bir yasaya dayanmış olmasını, ayrıca müdahalenin, maddenin ikinci fıkrasında belirtilen amaçlara yönelmiş olmasını aradığını belirtmiştir. Bu amaçlara ulaşılabilmesi için yapılan uygulamaların "demokratik bir toplumda zorunlu olması" da aranan bir koşuldur. Mahkeme bu konudaki değerlendirmesinde önce, olayda telefon dinlenmesinin, İsviçre hukukunda bir yasaya dayanıp dayanmadığını, ve eğer böyle bir yasa varsa, bunun ilgili kişi tarafından ulaşılabilir ve bilinebilir bir düzenleme olup olmadığını araştırmıştır. Mahkemenin kararına göre, buradaki bilinebilirliğin ölçüsü söz konusu yasanın, gerektiğinde danışma yapılarak bile olsa, herkesin kendi davranışlarını ayarlayabilmesi için yeterli açıklıkla ve kesinlikle formüle edilmiş olmasıdır. Mahkeme, gizli dinleme ve gözetleme konularına ilişkin yasaların, özellikle ayrıntılı bir biçimde düzenlenmesi gerektiğini vurgulamış, olayda dayanan yasanın "bilinebilirlik" ölçütü açısından kabul edilemeyecek kadar genel ifadeler içerdiği ve telefon konuşmalarının dinlenmesine uygulanması öngörülen Federal Ceza Usul Kanunu'nun 66 vd. maddelerinde sözü edilen koşullar bakımından da, İsviçre Hükümetinin bu koşulların varlığını kanıtlayamadığı sonucuna varmıştır.

İsviçre Hükümeti savunmasında, olayda davacının telefonunun, başka birinin telefonu dinlenirken "tesadüfen" dinlemeye alınmış olduğunu ileri sürmüştü de mahkeme bunu da ihlâli ortadan kaldıran bir neden olarak kabul etmemiştir²⁸².

282 Doğru, a.g.e., s.700 vd.

SONUÇ

Ceza yargılaması hukukunun amacı, kanun tarafından suç olarak düzenlenen ve karşılığında failine ceza verilmesini öngören fiillerin işlenip işlenmediğini, eğer işlenmişse kim tarafından işlendiğini tespit etmektir. Ceza yargılamasında cezalandırma yetkisine sahip olan devlet, suç işlenmiş ise suçun işlendiğini ve suç işleyen kimliğini ispatlamak, bunu yaparken de keyfilikten uzak bir şekilde, hukuk kurallarına uyarak yapmak zorundadır.

Toplumların gelişmesi ve toplumsal ilişkilerin karmaşıklaşmasıyla birlikte insanlık tarihi boyunca varolan suç kavramı da gittikçe karmaşıklaşmış ve çeşitli boyutlar kazanmış, organize suç ve suçluluk ortaya çıkmıştır. Organize suç ve suçluluk gibi yeni kavramların insanların gündeminde yer alması sonucu bu tür failer ve örgütlenmelerle mücadele etmek maksadıyla, klasik soruşturma tedbirlerinin yanında başka tedbirlerde ceza yargılaması hukukuna dahil edilmişlerdir. Bu kapsamda iletişimin denetlenmesi en çok bilinen gizli soruşturma tedbiridir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, bir koruma tedbiridir. Bu tedbirin amacı da, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için delil elde edilmesi ve şüpheli veya sanığın yakalanmasıdır.

Kesinleşmiş bir hüküm mevcut değil iken, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandığı telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekir. Bu koşullar; tedbirin kanunla düzenlenmesi, gecikmesinde sakınca bulunan hal olması, orantılık ilkesi ve belli bir yoğunlukta şüphe bulunması olarak belirtilebilir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri, Anayasanın 20 nci maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği ve yine Anayasanın 22 nci maddesinde koruma altına alınan iletişim özgürlüğü ve gizliliğini sınırlayan bir tedbirdir. Anayasanın 13 üncü maddesine göre, temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksın Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Türkiye tarafından imzalanıp meclis tarafından onaylanmakla bir iç hukuk hükmü haline gelen AIHS'in 8 inci maddesine göre,

haberleşme hürriyeti ve özel hayatın gizliliğine müdahale teşkil eden iletişimin denetlenmesinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

Ceza Yargılama hukukumuzda iletişimin denetlenmesi konusunda ilk düzenleme 01.08.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununu ile yapılmıştır. 4422 sayılı yasadan önce ceza yargılamasına ilişkin mevzuatımızda açık bir düzenleme yer almıyordu. Bu nedenle iletişimin denetlenmesinin mümkün olmadığını savunanlar olduğu gibi, 1412 sayılı CMUK'un, postada el koymaya ilişkin hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanabileceğini savunanlar da vardı. Fakat bu görüşlerde, kişi haklarını sınırlayan durumlarda kıyasın mümkün olmadığı öne sürülerek eleştirilmekteydi. Buna rağmen uygulamada iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması konusunda tereddüt gösterilmemiş, yoğun bir şekilde uygulanmıştır.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, ceza muhakemesi kanunu içinde ilk kez ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. CMK'nın 135 ve devamı maddelerinde, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamlı bir şekilde düzenlenerek yasal bir zemine kavuşturulmuştur.

CMK'nın 135/6 ncı maddesinde katalog suçlar belirlenmiş ve ancak bu suçlar bakımından iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurma imkânı tanınmıştır. Ancak, kanunda sayılan suçlar söz konusu olduğunda şüpheli veya sanık hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecektir. İletişimin denetlenmesi temel hak ve özgürlüklere ciddi bir müdahale olduğundan ancak belirli ağırlıktaki suçlar için iletişimin denetlenmesi tedbirine başvuru imkânı verilmesi doğru bir düzenlemedir. Denetim sırasında suçun katalogda yer almayan bir suç olduğu anlaşılırsa, denetime derhal son verilmeli ve o zamana kadar elde edilen delillerde yargılamada delil olarak kullanılmamalıdır.

İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabilmesi için, “kuvvetli şüphe” sebeplerinin varlığı aranmaktadır. Kuvvetli şüphe sebepleri deyiminden basit bir başlangıç şüphesinden daha yoğun ama kuvvetli şüphe derecesine ulaşması

zorunluluğu bulunmayan şüphe derecesi anlaşılmalıdır. Tedbirin uygulanması sırasında şüphe sebepleri ortadan kalkmış ise tedbire de derhal son verilmelidir.

5271 sayılı CMK'nın 135/1 inci maddesine göre, ancak şüpheli veya sanığın iletişimi denetlenebilecektir. Şüpheli veya sanıkla iletişim içinde olan kişinin suç işlediğine dair elde edilen deliller o kişi için denetim kararı bulunmadığından kullanılamaz. Ancak, CMK'nın 138/2 nci maddesine göre, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan bir kişinin katalogda sayılan suçlardan birisini işlediği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse, bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhal bildirilir.

Ayrıca şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Tedbir uygulandıktan sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtlar derhal yok edilir. Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, CMK'nın 135 inci maddesi uygulanamaz.

İletişimin denetlenmesi tedbirine kural olarak hâkim kararı ile başvurulabilir, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısı denetime karar verebilmektedir. Ancak bu karar derhal hâkim onayına sunulmalıdır. Süre açısından getirilen sınırlamanın uygulamada işlevini yitirmemesi için, Cumhuriyet savcısının kararının hâkim onayına sunulması için “derhal” gibi belirsiz bir ibare yerine, somut bir süre belirlenmesi yerinde olurdu.

CMK'nın 135/1 inci maddesine göre bu tedbire, “başka surette delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda” başvurulabilecektir. Ancak bundan anlaşılması gereken, bütün tedbirlerin uygulanmasından sonra bu tedbirin uygulanabileceği değildir. Diğer tedbirlerin uygulanmasına rağmen delil elde edilmesi imkânının bulunmadığı konusunda bir beklentinin varlığı yeterlidir.

CMK'nın 135/3 üncü maddesine göre, tedbir kararı en fazla üç aylık süre için verilebilir, şartları mevcutsa bu süre üç ay daha uzatılabilir. 5271 sayılı CMK'ya 5353 sayılı kanunla eklenen madde uyarınca örgütlü suçlar bakımından tedbirin uygulanma süresine bir istisna getirilmiştir. Örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen

suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde hâkim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilecektir.

1982 Anayasası'nın 38/6 ncı maddesinde yer alan “kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak değerlendirilemez” şeklindeki hüküm ile CMK'nın 217/2 nci maddesinde yer alan, yüklenen suçun hukuka uygun şekilde elde edilen delillerle ispatlanabileceğine dair hüküm ve CMK'nın 206/2 nci maddesi hükümleri karşısında, kanuna ve hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılması imkânı kalmamıştır. Hukuka aykırı delil yanında bu delillerden yola çıkılarak elde edilen delillerde kullanılamayacaktır. Buna göre, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin hukuka aykırı olması halinde, denetim sonucu elde edilen diğer deliller de yargılamada kullanılamayacaktır.

Özel hayatın gizliliğini en çok ihlal eden denetim şekilleri, iletişimin içeriğinin elde edildiği iletişimin dinlenmesi ve iletişimin kaydedilmesidir. O nedenle, bu tedbirlerin, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, iletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespit edilmesi tedbirlerinden ayrı bir maddede düzenlenmesi ve bu tedbirlere başvuru koşullarının da diğerlerine oranla sıkı bir şekilde belirlenmesi faydalı olacaktır.

CMK'nın 135/4 üncü maddesinde düzenlenen mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin amacı ise şüpheli veya sanığın yakalanmadır. Diğer denetim şekillerinin amacı suçla ilgili delil elde edilmesidir. Amacı farklı olan bu denetim şeklinin ayrı bir maddede düzenlenmesi ve bu tedbire başvuru koşullarının da açık bir şekilde belirtilmesi yararlı olacaktır.

Kanunumuzda, denetimden muaf kişilerin oldukça geniş tutulduğu görülmektedir. Tedbirden beklenen faydanın elde edilebilmesi bakımından tanıklıktan çekinme hakkı nedeniyle denetimden muaf tutulan kişilerin karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi sınırlı olarak belirlenmesi zorunludur. Tanıklıktan çekinme hakkına sahip tüm kişilerin iletişimi bakımından bir muafiyetin kabul edilmesinin isabetli olmadığı düşüncesindeyiz.

Niteliği gereği gizli olarak uygulanması gereken telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine ilişkin işlemlerin ve tedbirin uygulanması sonucu elde edilen delillerin gizliliğinin sağlanmasına ve bu verilerin nerede ve ne şekilde muhafaza edilmesi gerektiğine ilişkin yeterli düzenleme bulunmamaktadır. Tedbirin başarısı, elde edilen delillerin değiştirilmesinin ve yok edilmesinin önlenmesi bakımından, gerek soruşturma aşamasında gerekse de kovuşturma aşamasında, gizliliğin sağlanmasına ve delillerin muhafaza edilmesine ilişkin düzenlemeler yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

Alpaslan M. Şükrü, “**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında Düşünce ve Basın Özgürlüğü**”, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, İstanbul 1999

Anayurt Ömer, “**Strazburg İçtihatlarında, Türk ve Fransız Hukuklarında Telefon Dinlemeleri**”, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, C.21. S.197, 1997

Artuk, Emin/Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, A.Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 2000.

Bayram Levent, “**Ses ve Görüntü Kayıtlarının Türk Hukukundaki Yeri**”, Polis Bilimleri Dergisi, C.6

Bilge Suat, **İnsan Hakları El Kitabı**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara 1991

Centel Nur, Zafer Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5.Baskı, İstanbul 2008

Centel Nur, Zafer Hamide, Çakmut Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 3.Baskı, İstanbul 2005

Cihan Erol, Yenisey Feridun, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul 1997

Çınar Ali Rıza, “**Hukuka Aykırı Kanıtlar**”, TBBD, S.55, 2004

Çoksözen Atakan, **5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Tedbiri Olarak İletişimin Dinlenmesi**, İstanbul 2006,

Coşkun Enis, **Küresel Gözaltı, Elektronik Gizli Dinleme ve Görüntüleme**, Ankara 2000

Doğru Osman, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, İstanbul 2002

Dönmezer Sulhi, “**Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 Sayılı Kanunla Kabul Edilen Koruma Tedbirleri**” Yargı Reformu Sempozyumu, Birinci Baskı, Ekim 2000

Erdağ Ali İhsan, “**Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**”, TBB ve İÜHF Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezince İstanbul’da 1-2 Kasım 2007 Tarihlerinde Yapılan Türkiye IV. Bilişim Hukuku Sempozyumu’na sunulan Tebliğ

Erdem M.Ruhan, **Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadele ve Gizli Soruşturma Tedbirleri**, Ankara 2001

Erdem M.Ruhan, “**5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Telekomünikasyon Yoluyla**

Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.3, Nisan 2005

Erdem M.Ruhan, Özbek V.Özer, **4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi**, İzmir 2000

Eren Mehmet Selim, **“Ceza Ve Ceza Usul Hukukunda Telefon Dinleme”** (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul 2002

Erman Sahir, Özek Çetin, **Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat**, İstanbul 2000

Feyzioğlu Metin, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara 1996

Geleri Aytekin, İleri Hakan, **Organize Suçlarla Mücadelede Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar**, Ankara 2003

Gökcan Hasan Tahsin, Artuç Mustafa, **Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri**, Ankara 2007

Gökçen Ahmet, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma**, Ankara 1994

Gölcüklü Feyyaz, **“Uluslararası Belgeler ve Koruma Amaçlı Mekanizmalar”**, Yeni Türkiye Dergisi, İnsan Hakları Özel Sayısı, Temmuz-Ağustos 1998

Gölcüklü Feyyaz, Gözübüyük Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 5. Baskı, Ankara 2004

Hafızoğulları Zeki, **“Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi”**, Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı, S.10

İçel Kayıhan, Ünver Yener, **Kitle Haberleşme Hukuku**, İstanbul 2005

Karagülmez Ali, **Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri**, Ankara 2005

Kaymaz Seydi, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, Ankara 2009

Kaymaz Seydi, **Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller**, Ankara 1997

Keklik Ramazan, **“Ceza Yargılamasında İletişimin Denetlenmesi”**, Adalet Dergisi, S.25, 2006

Keskin Serap, **“Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Bağlamında Avrupa Siber Siber Suç Politikasının Ana İlkeleri”**, İHFM, C.59, 2001

Kılıç Barış, “**Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**”, makale http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_658.htm.ET: 13.02.2009

Koyuncu Tuğçe, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, Hukuk Gündemi, Ankara 2005

Kunter Nurullah,Yenisey Feridun, Nuhoğlu Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Baskı, İstanbul 2006

Kühne, H.Heiner, “**Türk Ceza Muhakemesi Kanununda Koruma Tedbirleri**”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.3, Nisan 2005

Longman Dictionary of Contemporaray English, Third Edition, Harlow 1995

Metin Yüksel, **Ölçölülük İlkesi**, Ankara 2002

Noyan Erdal, **Ceza Muhakemesi**, 2.Baskı, Ankara 2005

Özbek Veli Özer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara 2006

Özbudun Ergun, “**Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği**”, AÜHFD, 50. Yıl Armağanı, C.1, Ankara 1977

Özbudun Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 8 inci Baskı, Ankara 2004

Özdoğan Ali, “**Amerikan Teknik Dinleme Mevzuatı**”, Polis Dergisi, S.28, 2001

Özdoğan Ali, **Teknik Dinlemeye Dair**, Ankara 2004

Özek Çetin, **Organize Suç**, Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998

Özen Muharrem, **Hâkimin Cezai sorumluluğu**, Ankara 2004

Özen Muharrem, “**5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Gizli Soruşturm Tedbirleri**”, TCK, CMK, Kabahatler Kanunu ve ilgili Yönetmelikleri Uygulamalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliğleri, 10-11 Şubat 2006, Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara 2006

Özgenç İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi(Genel Hükümler)**, 3.Baskı, Ankara 2006

Öztürk Bahri, **Delil Yasakları**, Ankara 1995

Öztürk Bahri, “**İletişimin Dinlenmesi**”, Güncel Hukuk Dergisi, Ekim 2004, S.10

Öztürk Bahri, Erdem M.Ruhan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11.Baskı. Ankara 2007

Öztürk Bahri, Erdem Mustafa Ruhan, Özbek Veli Özer, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8. Baskı, Ankara 2000

Sever Hanefi, “Adli Nitelikte Bant Kayıtlarının İncelenmesinde Hukuki Durum ve Belleğe Bağlı Olarak Duyulan Seslerin Hatırlanmasında Suç Soruşturmasına Yön Veren Şüphe Kavramı”, Polis Dergisi, S.44

Sözüer Adem, “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzer Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi”, İHFM, C.55, S.3, 1997

Şahbaz İbrahim, **İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller**, Ankara 2009

Şahin Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Gazi Şerhi, Ankara 2006

Şahin Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku -I-**, Ankara 2007

Şen Ersan, **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, İstanbul 1996

Şen Ersan, **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı X Muhbir**, Ankara 2008

Şen Ersan, “Türk Hukukunda Telefonların Gizlice Dinlenmesi Sebebiyle Gündeme Gelen Hukuka Aykırılık Sorunu ve Kişi Haklarına Keyfi Müdahaleler”, Prof. Dr. Sahir Erman Armağanı, İstanbul 1999

Şen Ersan, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, Ceza Hukuku Dergisi, S.4, Ağustos 2007

Toroslu Nevzat, **Ceza Hukuku**, Ankara 2005

Toroslu Nevzat, Feyzioğlu Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara 2006

Tosun Öztekin, “Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme”, İHFM, C.41, S.3-4, 1976

Tosun Öztekin, “Türk Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri”, C.1, İstanbul 1984

Taşkın Mustafa; **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, Ankara 2008

Turhan Faruk, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara 2006

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, C.I, Ankara 1988

Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, C.II, Ankara 1988

Uzeltürk Sultan, **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, İstanbul 2004

Ünver Yener, Hakeri Hakan, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara 2006

Yavuz A.Hakan, “Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak Telekomünikasyon YoluylaYapılan İletişimin Denetlenmesi”, TBDD, S.60, 2005

Yenisey Feridun, Altunç Sinan, “**İletişimin Denetlenmesi Hakkında**”, Sulhi Dönmezer Armağanı,Türk Ceza Hukuku Derneği ve Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı Yayını, C.II, Ankara 2008

Yıldız Ali Kemal, “**Ses ve Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu**”, Ceza Hukuku Dergisi, S.2, Aralık 2006

Yılmaz Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 4.Baskı, Ankara 1992

Yokuş Sevik Handan, “**Postada El koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**” TBDD, S.69, 2007

Yurtcan Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 12.Baskı, İstanbul 2007

Yurtcan Erdener, “**Haberleşme Araçlarının Dinlemeye Alınması**,” Güncel Hukuk Dergisi, S.10, Ekim 2004