T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA DELİL OLARAK TELEFON DİNLEME

YÜKSEK LİSANS TEZİ

MEHMET EROL

ANA BİLİM DALI : KAMU HUKUKU
PROGRAMI : KAMU HUKUKU

KOCAELİ 2010

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA DELİL OLARAK TELEFON DİNLEME

YÜKSEK LİSANS TEZİ

MEHMET EROL

ANA BİLİM DALI : KAMU HUKUKU
PROGRAMI : KAMU HUKUKU

TEZ DANIŞMANI: YRD. DOÇ. DR. İSA DÖNER

KOCAELİ 2010

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA DELİL OLARAK TELEFON DİNLEME

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZİ HAZIRLAYAN : MEHMET EROL
TEZİN KABUL EDİLDİĞİ ENSTİTÜ KURULU TARİHİ VE NO: 17.02.2010-2010/5

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

KOCAELİ 2010

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER I
ÖZET V
KISALTMALAR VII
GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYAT, HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE İLETİŞİMİN DİNLENMESİ

I. GENEL OLARAK ÖZEL HAYATIN KORUNMASI VE HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

II. İLETİŞİMİN DİNLENMESİ

A. Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Dinlenmesi 6
B. İletişimin Denetlenmesinin Gerektiren Nedenler 7
C. İletişimin Dinlenmesinin Sakıncaları 11

III. TÜRK HUKUKUNDA İLETİŞİMİN DİNLENMESİ

A. TÜRK ANAYASALARINDAKİ DÜZENLEMELER 13
1. 1924 Anayasasındaki Düzenlemeler 13
2. 1961 Anayasasındaki Düzenlemeler 14
3. 1982 Anayasasındaki Düzenlemeler 15
B. CEZA MUHAKEMESİ KANUNLARINDAKİ DÜZENLEMELER 16
1. 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 16
2. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 19
3. 353. Sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu Ve Yargılama Usulü Kanunu 19
C. ÖZEL KANUNLARDAKİ DÜZENLEMELER 20
1. 5397 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemeler 20
a. 2559 Sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu 21
b. 2803 Sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu 21
c. 2937 Sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu 22
2. Mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunundaki Düzenlemeler 25
D. YÖNETMELİKLERDEKİ DÜZENLEMELER 26

IV. ULUSLARARASI HUKUKTA İLETİŞİMİN DİNLENMESİ

A. BİRLEŞMİŞ MİLLETLERİN İLETİŞİMİN DİNLENMESİ KONUSUNDAKİ ÇALIŞMALARI 27

B. AVRUPA BİRLİĞİNE ÜYE ÜLKELERDE İLETİŞİMİN DİNLENMESİ ... 28
1. Genel Olarak ... 28
2. Almanya ... 29
3. Fransa ... 30
4. İngiltere ... 32
5. Avusturya ... 33
6. İtalya ... 34
C. ABD'DE İLETİŞİMİN DİNLENMESİ ... 35
D. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE İLETİŞİMİN DENETLENMESİ ... 36
E. DİNLEME KONUSUNDA AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI ... 40
1. Klass ve Federal Almanya Davası ... 40
2. Malone - İngiltere Davası ... 41
3. Kruslin - Huving - Fransa Davası ... 42
4. Ludi - İsviçre davası ... 43
5. Ağaoğlu –Türkiye davası ... 43
6. Craxi (No:2) V. İtalya Davası ... 44

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKA AYKIRI DELİLLER VE CEZA MUHAKEMESİNDEKİ DEĞERİ

I. HUKUKA AYKIRI DELİLLER
A. GENEL OLARAK ... 48
B. HUKUKA AYKIRI DELİL KAVRAMI ... 52
II. HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN CEZA MUHAKEMESİNDEKİ DEĞERİ
A. HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN CEZA MUHAKEMESİNDE KULLANILMASI ... 56
1. Hukuka Aykırı Delillerin Bazı Durumlarda Ceza Muhakemesinde Kullanılabileceği Teorisi (Nispi Yasaklı Deliller Teorisi) ... 57
2. Hukuka Aykırı Delillerin Hiçbir Şekilde Ceza Muhakemesinde Kullanılamayacağı Teorisi (Mutlak Yasaklı Deliller Teorisi) ... 59
3. Hukuka Aykırı Delilleri Mutlak Temyiz Nedeni Kabul Eden Teori ... 61
B. HUKUKA AYKIRI DELİLLER VASITASIYLA ELDE EDİLEN DELİLLERİN CEZA MUHAKEMESİNDE KULLANILMASI ... 66

1. Sonradan Elde Edilen Delillerin Yargılamada Kullanılabileceği Teorisi 67
2. Sonradan Elde Edilen Delillerin Yargılamada Kullanılamayacağı Teorisi 71
3. Karma Teori 73
C. ÖZEL KİŞİLERCE ELDE EDİLEN HUKUKA AYKIRI DELİLLER 77
1. Özel Kişilerce Elde Edilen Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılabileceği Teorisi 78
2. Özel Kişilerce Elde Edilen Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılamayacağı Teorisi 79
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNDA İLETİŞİMİN DİNLENMESİ VE ELDE EDİLEN DELİLLERİN HUKUKA UYGUNLUĞU
I. CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNDA İLETİŞİMİN DİNLENMESİNİN KOŞULLARI
A. GENEL OLARAK 84
B. KİŞİLER YÖNÜNDEN İLETİŞİMİN DİNLENMESİ VE ELDE EDİLEN DELİLLERİN HUKUKA UYGUNLUĞU 87
1. Şüpheli veya Sanıkların İletişiminin Dinlenmesi 88
a. Özel Soruşturma Yöntemine Tabi Olmayan Şüpheli veya Sanıklar 88
b. Özel Soruşturma Yöntemine Tabi Olan Şüpheli Ve Sanıklar 92
b.1. Milletvekilleri 92
b.2. Diğer Kamu Görevlilerinin Durumu 94
2. Şüpheli veya Sanıktan Başka Kimselerin İletişimlerinin Dinlenmesi 96
a. Suça İştirak, Yardım ve Yataklık Edenler 96
b. Müşteki Veya Mağdurun İletişiminin dinlenmesi 97
c. Üçüncü Kişilerin İletişiminin Dolaylı Olarak Dinlenmesi 102
3. İletişimi Dinlenemeyecek Kişiler 103
a. Genel olarak 103
b. Müdafii İle Yapılan İletişimin Dinlenmesine İlişkin Yasak 104
c. Tanıklıktan Çekinme Hakkı Sahipleri ile Gerçekleştirilen İletişimin Dinlenmesine İlişkin Yasak 108
C. İletişimin Dinlenmesine Karar Verilebilecek Suçlar 113
1. Genel Olarak 113
2. Suç Vasfının Değişmesi 119
D. İletişimin Dinlenmesine Karar Verilebilmesi İçin Gerekli Şüphe Derecesi 125

1. Genel Olarak 125
E. İletişimin Dinlenmesi Dışında Başka Yolla Delil Elde Edilememesi (Son Çare) 130
1. Genel Olarak 130
F. İletişimin Dinlenmesinde Talep ve Karar 134
1. Genel Olarak 134
2. Hâkim Kararı 135
3. Cumhuriyet Savcısının Kararı 137
4. Cumhuriyet Savcısı Tarafından Verilen Tedbir Kararında Hâkimin Denetleyeceği Hususlar 140
5. Kararın Onaylanmaması Halinde Tedbirin Uygulanmasına Son Verilmesi 140
6. Hâkim veya Cumhuriyet Savcısı Kararlarında Bulunması Gereken Bilgiler ve Bu Bilgilerdeki Eksikliklerin Sonucu 142
7. İtiraz 146
G. İletişimin Dinlenmesinde Süre 148
1. Genel Olarak 148
2. Sürenin Başlangıcı 150
a. Kararın Verildiği An Görüşü 150
b. Kararın Sisteme Tanıtıldığı An Görüşü 151
c. Kararın Başkanlığa Ulaştığı An Görüşü 152
3. Sürenin Uzatılması 153
II. TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER
A. Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu ve Ceza Muhakemesinde Kullanılması 157
1. Genel Olarak 157
2. Katalog Suçlar Yönünden Kullanılma Sorunu 159
a. Şüpheli ve Sanık Bakımından 159
b. Üçüncü Kişiler Bakımından 160
3. Katalog Dışı Suçlar Yönünden Kullanılma Sorunu 161
4. 4422 Sayılı ÇASÖMK'ya Göre Elde Edilen Tesadüfî Deliller 164
SONUÇ 166
YARARLANILAN KAYNAKLAR 170

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

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA DELİL OLARAK TELEFON DİNLEME

ÖZET

Günümüzde, teknolojinin, her alanda olduğu gibi suçla mücadelede de etkin bir şekilde kullanılması gerektiği kabul edilmiştir. Suçluların cezalandırılması amacıyla delil elde etmek için başlangıçta sadece telefonlar gizlice dinlenmiş, daha sonra tüm iletişim araçlarını ve türlerini kapsayacak şekilde iletişimin denetlenmesi tedbirlerine başvurulmuştur.

Suç ve suçlularla mücadele, demokratik hukuk devletlerinde zorunluluktur. Ancak devletler, en ağır suçlarla bile mücadele ederken, hukuk kurallarına saygılı olmakla yükümlüdürler. Hukuka aykırı delillerle soruşturma açılması ve hüküm kurulması mümkün değildir. Delillerin hukuka uygun olarak elde edilmeleri şart olduğu için iletişimin denetlenmesi yoluyla delil elde edilmesinde kanundaki sıkı kurallara uygun hareket edilmesi gerekir. Bu husus özelikle 1982 Anayasası ile koruma altına alınmış haberleşme özgürlüğü ile özel hayatın gizliliği ve adil yargılanma hakkı bakımından da büyük öneme sahiptir.

Mukayeseli hukukta 1980'li yıllardan itibaren AİHS ve AİHM içtihatları doğrultusunda kişiler arasındaki iletişime müdahalenin esas ve usullerinin yasal dayanakları oluşturulmaya başlanmıştır. Mevzuatımızda ise 1412 sayılı CMUK ve 4422 sayılı ÇASÖMK'nın ardından 2005 yılında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunuyla adli amaçlı iletişimin denetlenmesi ve 5397 sayılı Kanunla önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi düzenlenmiştir.

Çalışmamızda ilk olarak özel hayat kavramına yer verilmiş, daha sonra telefon dinleme konusunda mevzuatımızdaki düzenlemeler karşılaştırmalı hukuk irdelenerek ele alınmış, ileriki bölümlerde delil yasakları çerçevesinde telefon dinlenmesi yoluyla elde edilen delillerin hukuki niteliği değerlendirilmiştir.

Mehmet EROL

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

TELEPHONE TAPPING AS AN EVIDENCE SOURCE IN CRIMINAL ADJUCATION LAW

ABSTRACT

Nowadays it's well accepted that, technology should be used efficiently at the fight against crime. At first, solely, telephone tapping method was used for gathering evidence, in order to punish criminals, later on, strict control of all sorts and types of communication instruments were used as a legal measure.

It is an unavoidable obligation to fight against crime and criminals for all entities which deemed as democratic states, yet, democratic states are obliged to respect and follow the rule of law even while fighting with the most serious crimes. It is impossible to conduct an investigation and deliver a judgment on the basis of illegal evidence. It is a prerequisite for gathering any evidence by following the rule of law as well as, it is required to follow the process of law while gathering any evidence by the control of communication. This particular point bears significant importance under the constitutional protection by freedom of information, life privacy and the right to a fair trial.

Since 1980's, in tandem with European Convention of Human Rights and judicial precedents of European Court of Human Rights, the legal basis of intervention to communication has been formed in comparative law. Regarding in our legislation, in the year 2005, after the bad practices of The Code of Criminal Procedure and The Prevention of Benefit-oriented Criminal Organizations Law, by the promulgation of The Code of Criminal Adjudication, numbered 5271, control of communication for judicial purposes and with the law numbered 5397 control of communication for the propose of prevention of crime is designated.

In this study, prelusively the concept of private life is introduced, then the legal nature of evidences obtained by telephone tapping and legal regulations in relevant legislation about telephone tapping is examined through comparative law, within the scope of illegal evidences.

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
Bkz,	: Bakınız
C	: Cilt
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
ÇASÖMK	: Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu
E.	: Esas
K	: Karar
m.	: Madde
MİT	: Milli İstihbarat Teşkilatı
PVSK	: Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu
S	: Sayı
s	: Sahife
SK	: Sayılı Kanun
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TİB	: Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı
TMK	: Türk Medeni Kanunu
Vd	: Ve Devamı

GİRİŞ

Ceza Muhakemesi hukukunda amaç maddi gerçeğe ulaşmaktır. Davalarda, gerçeği ortaya çıkarmaya yarayan ispat araçlarına delil denmektedir. Ceza muhakemesinde delil serbestliği ilkesi geçerli olsa da bu her şeyin delil olabileceği anlamına gelmemelidir.

Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından hükme esas alınacak delillerin hukuka uygun elde edilmesi gerekmektedir. Gerçeğe ulaşmak için bile olsa aşılması kabul edilmeyen bazı sınırlar bulunmaktadır. Bunlar insan onuruna ve haklarına saygı gösterilmesi ve masumların cezalandırılmamasıdır. Artık günümüz özgürlükçü ve demokratik toplumlarında suçluların cezalandırılması amacı mutlak bir değer taşımamaktadır.

Delillerin hukuka uygun olup olmadıkları, elde edilen delilin, yürürlükteki bütün yasalarca benimsenen kurallara uygunluğu ile ölçülür. O nedenle, başta anayasa olmak üzere, usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası sözleşmeler ve bu sözleşmeleri yorumlayan yargı kararları ve nihayet iç hukuktaki yargılama ve diğer özel yasalardaki kurallar delillerin değerlendirilmesi bakımından göz önünde tutulması gereken ilkeleri içerirler.

Demokratik devletlerin görevlerinden biri de kamu düzeninin sağlanması ve suç işleyenler karşısında başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasıdır. Bu nedenle suç olarak kabul edilen ve karşılığında ceza öngörülen fiiller işlendiğinde, suçluların yakalanıp yargılanması ve cezalandırılması için suçla ilgili delillerinin toplanması gerekmektedir. Delilsiz mahkûmiyet ve adalet olmaz.

Günümüzde, organize suç örgütleri suç işlemek amacıyla teknolojiyi yoğun bir şekilde kullanmaktadır. Silahların eşitliği ilkesi gereği suçla ve suçlularla mücadele eden kolluk kuvvetleri de suç işlenmesini önlenmesi, suçluların yakalanması ve suç delillerinin elde edilmesi amacıyla teknolojinin en son imkânlarından faydalanmak zorundadır. Bunların başında da iletişim teknolojisi gelmektedir.

İletişim kavramı, her türlü özel nitelikteki haberleşme araçları aracılığıyla (telefon telgraf, telsiz ve benzeri) kurulan haberleşme anlamına gelmektedir.

Bir taraftan vazgeçemeyeceğimiz suçla etkin mücadele ilkesi, diğer tarafta ise yine vazgeçilmez niteliğe sahip haberleşme özgürlüğü ilkesi bulunmaktadır. Bu değerler arasında hem özgürlükler aleyhine yetkilerin keyfi kullanılmasını önleyecek ve hem de suçla etkin mücadeleyi sağlayacak bir dengenin kurulması gerekmektedir.

1982 Anayasasında güvence altına alınan haberleşme özgürlüğü, aynı zamanda uluslararası sözleşmelerde koruma altına alınan bazı temel hak ve özgürlüklerle de yakın ilişki içindedir. Evrensel İnsan Hakları Bildirgesinin 12'nci, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 17'nci ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 8'inci maddesinde koruma altına alınmış haklardandır. İletişimin adli ve önleme amacıyla denetlenmesi, koruma altına alınan bu haklara müdahale anlamına gelmektedir. Temel haklara müdahale yapılması konusunda 1982 Anayasasında, AİHS'de ve AİHM'de içtihatlarında bazı katı koşullar öngörülmektedir.

Ceza muhakemesi kuralları, bir devletin temel hak ve özgürlüklerine önem veren gerçek bir hukuk devleti olup olmadığının göstergesi olduğundan, çalışmanın ağırlığı 5271 sayılı CMK ile getirilen düzenlemeler oluşturmaktadır.

Bu çalışmada, 5271 sayılı Ceza muhakemesi kanunuyla getirilen yeni düzenlemeler ışığında sadece adli amaçlı iletişimin denetlenmesi konusu ele alınmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde, öncelikle özel hayat ile haberleşme özgürlüğü kavramlarından bahsedilmiş, iletişimin denetlenmesinin faydalarına ve sakıncalarına kısaca değinilmiştir. Telefon dinlemenin Türk hukukunda geçirdiği evrim ele alınmış, mevzuatımızdaki düzenlemeler kısaca irdelenmiştir. Ayrıca karşılaştırmalı hukukta telefon dinleme ile ilgili uygulamalar incelenmiş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına yer verilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, hukuka aykırı delil kavramı, hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesindeki değeri ve hükme esas alınması değerlendirilmiştir.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde iletişimin denetlenmesi konusu ceza muhakemesi kanunu açısından ele alınmış, bu kanun kapsamında telefon dinlemenin amacı, kapsamı, türleri, koşulları, uygulanması, yasaklar, elde edilen delillerin niteliği ve tesadüfen elde edilen deliller incelenmiş, delillerin hukuka uygun olup olmayacağı ve ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılmayacağı konusu tartışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYAT, HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE İLETİŞİMİN DİNLENMESİ

I. GENEL OLARAK ÖZEL HAYATIN KORUNMASI VE HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

Kişilik hakları çağdaş hukuk sistemlerinin esasını oluşturan ve bu sistemlerce korunan temel haklardandır. Kişilik hakkı, kişinin yaşamı, beden bütünlüğü ve sağlığı gibi maddi bedensel değerler ile şerefi, onuru, saygınlığı, özel hayatı ve giz alanı, mesleki ve ticari onuru gibi manevi değerlerin tamamını ihtiva eden bir kavramdır.[1]

Özel yaşam, insan haklarının ve özgürlüklerinin çekirdek alanını oluşturmaktadır. Kişinin özel yaşamı, bireyin mutlak olarak gizli tuttuğu, herkesin bilmesini istemediği, yalnız kendi seçeceği kişilerle, belirlediği ölçü ve biçimlerde paylaştığı yaşam alanı olarak tanımlanmaktadır.[2]

Bu alan bireyin hiç kimseyle paylaşmadığı duygularını, düşüncelerini, sırlarını, ümitlerini, korkularını içine alan ve kendisiyle baş başa kaldığı yani kendisini sakladığı alandır.[3]

Kişinin özel yaşamında cereyan eden olayların, tanınmayan ve belirsiz sayıda kişilerce paylaşılması söz konusu değildir.

Eski zamanlarda insanlar birbirlerinin yaşamı hakkında ancak duyu organlarının sınırları içerisinde gözetlemek, dinlemek ve izlemek suretiyle bilgi

---

[1] Öztan, Bilge, Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, Ankara, Turhan Kitapevi, 1.Baskı, 1987, s.5.

[2] Araslı, Oya, Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C Anayasasının Düzenlenişi, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, s. 4.; Özsunay, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İUHF Yayını, İstanbul, 1979, s.126.

[3] Özsunay, a,g,e., s. 127.

edinirken bugün teknolojik gelişmeler ve bilimsel yöntemler sayesinde herkes başkalarının gizli yaşam alanına giren konular hakkında rahatlıkla bilgi sahibi olabilmektedir.

Özel yaşamın gizliliğinin asıl unsuru, özel yaşam alanında meydana gelen bir olay hakkında, herkesin bu olaydan bilgi edinememesi veya edinmemiş olması değil, kişinin bu olay hakkında herkesin bilgi edinmesini uygun görmemiş olmasıdır.

Kşinin gizli yaşam alanı olan özel hayatı, devlet, özel ve tüzel kişiler hatta kişinin kendisi tarafından bozulabilmektedir.

Kişi, özel hayatını, alkol ve uyuşturucu madde veya üzüntü ve öfke gibi duyguların etkisiyle ifşa edebileceği gibi doktor, avukat vb meslek mensuplarına özel hayatını anlatmasıyla da özel yaşamın gizliliğini bizzat kendisi ihlal edebilir.

Gerçek ve tüzel kişiler, başkalarının özel yaşamlarının gizliliğini genellikle merak duygusu ile ya da elde edilen bilgilerden kazanç sağlamak veya özel hayatını ihlal ettikleri kişiye zarar vermek amacıyla bozabilmektedirler.

Özel hayatının gizliliğinin bozulması demokratik toplumun uygun gördüğü hukuki ve teknik olanaklar çerçevesinde kişinin üstünün, belgelerinin ve konutunun aranması, gizli tutulacağı güvencesiyle kamu kurumlarına veya meslek kuruluşlarına verilen bilgilerin açıklanması, teknik olarak izlenmesi ve gözetlenmesi, fotoğraflarının çekilmesi, haberleşmesine müdahale edilmesi ve telefonlarının dinlenmesi ile olur.[4]

Çağdaş, demokratik hukuk devletlerinde geçerli olan ilkeye göre, kişi her yönüyle bir bütündür. Özel hayat da bu bütünün en önemli parçalarından biridir. Bu sebeple bireye, devlet veya özel kişilerce rahatsız edilemeyeceği kendisi ve yakınlarıyla baş başa kalabileceği, maddi ve manevi varlığını geliştirebileceği özerk bir alan sağlanmalıdır.[5]

---

[4] Araslı, a.g.e., s. 4.

[5] Özbudun, Ergun, Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, AÜHF, 50. Yıl Armağanı, C. 1, Ankara 1977, s. 265.

Özel hayatın gizliliği hakkı ile yakın ilişki içerisinde olan haberleşme özgürlüğü, gerek 1961 Anayasasında gerekse 1982 Anayasasında koruma altına alınmış bireysel temel hak ve özgürlüklerdendir.[6]

Haberleşme özgürlüğü aynı zamanda uluslararası sözleşmeler ve bildirgelerde de koruma altına alınmış bir değerdir.

Haberleşme özgürlüğü, 1982 Anayasasının temel haklar ve ödevler bölüm başlığı altında 22'nci, Evrensel İnsan Hakları Bildirgesinin 12'nci, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 17'nci ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde koruma altına alınmış haklardandır.[7]

Haberleşmenin gizliliği, özel hayatın korunması içindeki klasik özgürlüklerden olup, hem yazılı olarak gerçekleştirilen iletişimi hem de telekomünikasyon yoluyla kurulan iletişimi kapsamaktadır.

Yukarıda sayılan uluslararası normlarda ve 1982 Anayasasında, bu özgürlüğün, belirli bazı koşulların varlığı halinde sınırlandırılmasına imkân veren düzenlemeler bulunmaktadır. Haberleşme özgürlüğünü sınırlandıran uygulamalara, posta ve kargo gönderilerinin incelenmesi, haberleşmenin yasaklanması, iletişimin denetlenmesi gibi faaliyetler örnek verilebilir. Biz burada haberleşme özgürlüğünü sınırlandıran uygulamalardan sadece telefon dinleme konusunu inceleyeceğiz.

II. İLETİŞİMİN DİNLENMESİ

A. Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Dinlenmesi

Koruma tedbirleri, ceza muhakemesinin gereği gibi yapılabilmesi veya hükmün infazının mümkün kılınması amacıyla muhakeme sürecinde başvurulabilen

[6] Aydın, Vahdettin, 1982 Anayasası Çerçevesinde Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması, Isparta: Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Say:3, 1998, s.185.
[7] Taşkın, Mustafa, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Ankara, Seçkin, 2008, s.25

ve hükümden önce, gerektiğinde zor kullanılmak suretiyle bazı temel hak ve özgürlüklere geçici müdahaleyi gerektiren işlemlerdir.[8]

CMK'nın 'Koruma tedbirleri' başlıklı 4. kısımda, 90 ve 144. maddeler arasında öncelikle kişi özgürlüğünü kısıtlayan tedbirlerden başlamak üzere sistematik olarak sırası ile yakalama, gözaltına alma, tutuklama, adli kontrol, arama ve el koyma, telekomünikasyon yolu ile iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme ile ilgili koruma tedbirlerine yer verilmiştir. Koruma tedbirlerinin sonunda, ortak hüküm niteliğindeki düzenlemeler yer almış, en sonda ise koruma tedbirleri nedeni ile tazminat konusu düzenlenmiştir.

Klasik koruma tedbirlerine göre yeni olan ve delilden sanığa gitmeyi sağlayan iletişimin dinlenmesi, diğer koruma tedbirleri gibi yargılama aşamasında maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasına hizmet etmektedir. Ancak arama, elkoyma, tutuklama gibi diğer geleneksel koruma tedbirlerinin iletişimin denetlenmesine göre önceliği bulunmaktadır. Hukuki niteliği gereği gizli koruma tedbiri olan iletişimin denetlenmesi, başka koruma tedbirleriyle delil elde etme imkânının bulunması halinde uygulanamaz.

B. İletişimin Denetlenmesini Gerektiren Nedenler

Günümüzde bütün dünyada olduğu gibi ülkemizde de teknoloji ve bilişim alanında önemli gelişmeler yaşanmıştır. Bu gelişmeler sonucunda suçların nitelikleri ve işleniş biçimlerinde önemli değişiklikler meydana gelmiştir.

Ulusal sınırların kalktığı, para ve malların serbestçe dolaştığı küreselleşen dünyada, ülkeler arasında yaşanan ekonomik, teknolojik ve kültürel bütünleşme suçların uluslararası bir boyut kazanmasına, örgütlü suçların artmasına ve gelişmesine neden olmuştur.

Terörist yapılanmalar ile organize suç örgütleri şeklinde ortaya çıkan bu oluşumlar, bir taraftan ülkelerin toprak bütünlüğünü ve anayasal düzenini tehdit etmeye yönelik suçlar işlerken, diğer taraftan da uyuşturucu ve silah kaçakçılığı,

[8] Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.197.

insan ticareti, şantaj, haraç alma ve adam kaçırma gibi toplumsal barış ortamını derinden etkileyen ağır suçlar işlemektedirler.

Suçların, teknolojik imkânlar sayesinde daha organize bir şekilde işlenmesi mümkün olmaktadır. Özellikle örgütler, teknik elemanlar vasıtasıyla veya kamu görevlileri ile işbirliği yapmaları sayesinde işledikleri suçların delillerini çok kolay saklamakta hatta yok edebilmektedirler.

Böylelikle teknolojik imkânları çok iyi kullanan, son derece karmaşık ve çok yapılı terörist ve organize suç örgütleri demokratik toplumlar için en önemli tehlikelerden birisi haline gelmiştir.[9]

Her devlet, toprak bütünlüğünü ve anayasal düzenini korumak amacıyla gereken tedbirleri almak zorundadır. Kamusal organların, idari faaliyetler ya da suçlulukla mücadele gibi amaçlarla kişisel verilere ve kayıtlara ulaşma ve bunları değerlendirme ihtiyacı yadsınamaz. Özellikle örgütlü suçlarla mücadele kapsamında bu ihtiyaç zorunlu olarak kendisini hissettirmektedir.[10]

Bu suçlarla mücadelede normal suçlarla mücadeledeki klasik ceza muhakemesi tedbirleri yöntem ve tedbirleri yeterli olamamaktadır. Kolluk kuvvetlerinin bu suçların faillerini yakalayacak hukuki düzenlemeler ile yasaların gerektirdiği şekilde soruşturma yapacak uzman personele ve teknik donanıma sahip olması gerekmektedir.

Bu nedenle demokrasi ilkelerinden ödün vermeksizin terörizm ve diğer örgütlü suçlarla mücadele etmek amacıyla geleneksel güvenlik yapılanmalarına yeni ve özel bazı birimlerin eklenmesi gerekmiştir. Bunun yanında suçla mücadelede kullanılan klasik yöntemlerin güçlendirilmesi ve yeni bazı tedbirlerin hayata geçirilmesi zorunluluğu duyulmuştur. Bu bağlamda iletişimin dinlenmesi, bu yeni tedbirlerden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır.[11]

---

[9] Taşkın, Mustafa, Türk Hukukunda Mafya (Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri) ve Kara Parayla Mücadele, Ankara, Yargı Yayınevi, 2003, s. 25.

[10] Çoksezen, Atakan, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Tedbiri Olarak İletişimin Dinlenmesi, İstanbul, 2006, s.15.

[11] Taşkın, Adli ve İstihbari …, s. 26.

İletişimin dinlenmesi, kişilerin, özel hayatı ile temel hak ve hürriyetlerine ağır müdahale oluşturmasına rağmen, organize suçla mücadelenin zorluğu nedeniyle kaçınılmaz hale gelmiştir.

Teknolojik gelişmeler karşısında suçla ve suçlulukla etkin bir mücadele yürütülebilmesi için ceza soruşturmasında kullanılan yöntemlerde yeniliğe gitmek bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi bu çerçevede ortaya çıkmış tedbirlerden birisidir.[12]

Avrupa Parlamentosu da 2001 yılındaki 2098 sayılı raporunda; "Bir devlet kural olarak, ülke içindeki yasal düzen ortamının devamlılığının ve ulusal güvenliğin sağlanması amacı ile dinleme faaliyetleri yürütebilir. Organize suçların ve terörizme yönelik faaliyetlerin eyleme dönüşmeden belirlenebilmesi amacıyla ulusal kanunlar, devlet birimlerini, kişi ve gruplar hakkında bilgi toplayabilmesi hususunda yetkili kılar. Konuya ilişkin veriler ise ülkenin istihbarat servisi tarafından toplanır ve analiz edilir." denilmek suretiyle, temel hak ve hürriyetlere saygı prensibi çerçevesinde hazırlanan ulusal kanunlar ile telekomünikasyonun denetlenmesine cevaz verilmektedir.[13]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de terörizmin, demokrasiler için büyük bir tehdit oluşturduğunu, sözleşme hükümlerine göre milli güvenlik, kamu düzeni ve suçların önlenmesi amacıyla 8. maddede korunan haklara müdahale edilebileceği ve bu hakların sınırlandırılabileceğini kabul etmektedir.[14]

İletişimin denetlenmesi, güvenlik güçleri tarafından terörizmle mücadele alanında çok sık kullanılan metotlardan birisidir. İstihbarat faaliyetlerinin en önemli veri kaynaklarından birisi de iletişimin dinlenmesi yoluyla elde edilen bilgilerdir.

Günümüzde pek çok suçun aydınlatılmasında ve bazı suç veya terör örgütlerin tamamen çökertilmesinde iletişimin denetlenmesi önemli rol oynamaktadır. İletişimin denetlenmesi, özellikle ağır suçlarla mücadelede kullanılan son derece yararlı bir araçtır.

---

[12] Taşkın, Türkiye'de Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadelede Kullanılabilecek Yeni Yöntemler, Adalet Dergisi, Sayı 15, s. 333-349.

[13] 5397 sayılı Kanunun Genel Gerekçesi.

[14] Beşe, Ertan, Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları, Ankara., 2002., s.184.

Türkiye'de bir çok suçun aydınlatılmasında iletişimin denetlenmesi tedbirinin kullanıldığı bilinmektedir.

ABD'de yapılan dinlemelerin %80'inde suç oluşturabilecek konuşmalar tespit edilmiştir. Bunların takibi sonucu %70'inde failler ele geçirilmiş ve tutuklanmıştır.[45] Yine bir başka istatistiğe göre Amerika'da federal düzeyde kullanılan telefon dinleme işlemleri sayesinde kumar olaylarında %98, uyuşturucu olaylarında ise %97'lik bir başarı elde edildiği belirtilmektedir.[15] İletişimi dinlenilen ve sonradan tutuklanan kişinin çevresinden ortalama olarak 15 ayrı tutuklama daha gerçekleştirilmiştir. Dinlenen ve sonuçta mahkûm edilen kişinin çevresinden ortalama 10 kişi daha mahkûm edilebilmiştir. Fransa'da istatistiklere göre önleyici dinlemelerin yarısına yakını için adli dinlemeye dönüştürme kararı verilmektedir.[16]

Kanada'da iletişime yasal müdahalenin uygulandığı olayların %90'ında sanıkları suçlayıcı deliller elde edilebilmiştir.[17]

İletişimin denetlenmesinin suçla mücadelede etkinliğini ortaya koyan bir başka veri de, günümüzde suç örgütlerinin iletişim araçlarının sağladığı haberleşme kolaylığını rahatlıkla kullanamayışlarıdır.

Suç örgütleri, iletişimin denetlenmesi suretiyle kurulan bu etkinliği kırmak ve iletişimin takibinden kurtulabilmek eğilimi göstermektedirler. Kamu görevlilerince dinlendiklerini varsayarak yanlış ya da yanıltıcı bilgiler vermekte veya şifreli konuşmaları tercih etmektedirler.[18] Ancak örgüt üyeleri ve yardımcıları arasındaki haberleşmeler büyük ölçüde azalmıştır. Böylece örgüt faaliyetlerinin verimliliği ve dolayısıyla faaliyetlerden elde edilen gelirler büyük ölçüde düşmüştür.

Sadece bu bilginin dahi, iletişimin denetlenmesinin suçla mücadelede etkinliğini göstermeye yettiği söylenebilir.

---

[15] Geleri, Aytekin, Organize Suçlarla Mücadelede Elektronik Takibin Rolü, Asayiş Daire Başkanlığı. Ankara 1998. s.190.

[16] Özdoğan, Ali, Alman ve Fransız Teknik Dinleme Mevzuatları., Polis.Dergisi.32.sayı.s.,16.

[17] Taşkın, Adli ve İstihbari ..., s. 34.

[18] Karayazgan, Mehmet, Yeni TCK İle İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması, Polis Dergisi, Sayı 44, Nisan-Mayıs-Haziran 2005, s. 53.

Gözden kaçırılmaması gereken bir diğer husus da, iletişimin denetlenmesi suretiyle yakalanan, tutuklanan veya mahkûm edilen kişilerin suç örgütleri içindeki konum ve statüsüdür. Suçları işleyen kişilerin yanı sıra en üst düzeyden en alt seviyeye kadar olan emir komuta zincirindeki kişilerin de yakalanması ve cezalandırılması sağlanmaktadır.[19]

C. İletişimin Dinlenmesinin Sakıncaları

Suçla mücadelede büyük önem taşıyan iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması hem özel hayatı, hem de haberleşmenin gizliliğini ihlal etmektedir.

Özel hayatın korunması temel bir insan hakkı, anayasal bir değer ve demokratik toplumun özü olduğundan, bu alana yapılacak müdahalelerin istisna olarak düzenlenmesi zorunludur. Aksi halde kişiler arasındaki iletişim, başkaları veya devlet yetkilileri tarafından keyfi olarak her zaman kontrol edilebilir, bireyin kiminle konuştuğu, nerede, ne zaman olduğu, hangi internet sitesine girdiği, hangi mesajı kime gönderdiği ve hangi elektronik ödemeyi yaptığı herkes tarafından öğrenilebilir.

İletişimin denetlenmesi ile özel hayata müdahale edildiği ve bu hakkın sınırlandırıldığı tartışmasızdır. Yapılan telefon konuşmasının içeriği ne olursa olsun, özel haberleşmeye müdahale amaçlı gizli teknolojik aletlerin kullanılması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen özel hayatın kapsamına girmektedir.

Özel hayat içinde değerlendirilen olay, bilgi ve açıklamaların devlet görevlisi de olsa başkaları tarafından gizlice öğrenilmesi ve başkalarına aktarılması, kişilik haklarının ihlali anlamına gelecektir.[20]

İtalya'daki temiz eller operasyonu sırasında, hukuka uygun olarak dinlenen telefon kayıtlarının, kamuoyuna duyurulmaksızın, sadece mahkemeye delil olarak sunulması nedeniyle duruşmada aleniyet kazanıp gazetelerde yayımlanması üzerine AİHM, "Dinlemenin hukuka uygun yapıldığı, gazetelerin de halkı bilgilendirme konusunda telefon kayıtlarının yayımlasalar da mahkeme zabıtlarının gazetelerde yayımının denetimi devletin sorumluluğunda olduğunu belirterek kişinin (suçlu da

[19] Geleri, a.g.e., s.190.
[20] Aydın, a.g.e., s.186.

olsa) özel hayatına ve haberleşme hakkına haksız müdahale yapılmamalıdır." diyerek İtalyan Devletini suçlu bulmuştur.[21]

İletişimin denetlenmesine karşı çıkanlar, çok fazla sayıda telefonun dinlendiği, bunun neticesinde birçok masum insanın özel konuşmalarının da gereksiz yere gizlice dinlenildiğini öne sürmektedirler.[22]

Bireylerin özel alanına müdahale, hangi niyetle olursa olsun tecavüz kabul edilecektir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki suç örgütleriyle gereken mücadele yapılmazsa, hukuk devletinin bireyleri, bu yöntemlerin uygulanması suretiyle ihlal edilen hak ve özgürlüklerinden çok daha fazlasına maruz kalabileceklerdir. Hukuk devleti aynı zamanda kişilerin güvenliklerinin sağlandığı bir devlettir. Bu nedenle hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile güvenliğin sağlanması arasında bir dengenin kurulmasına ihtiyaç vardır.[23]

Diğer taraftan iletişimin denetlenmesinde kamu görevlilerinin, bu yetkilerinin kötüye kullanma olasılıkları da her zaman bulunmaktadır. Devlet görevlileri sahip oldukları yetkiyi şahsi çıkarları veya siyasi düşünceleri için kullanmak isteyebilirler.

İletişimin denetlenmesi kapsamında gerçekleştirilen işlemler, aynı zamanda kişisel verilerin işlenmesi olarak da değerlendirilmektedir. Pek çok ülke anayasasında iletişim, kişisel veri niteliğinde ayrı bir koruma kapsamına alınmıştır.[24]

Bu sakıncaları gidermek için, iletişimin denetlenmesinin nasıl ve hangi koşullar altında uygulanacağının kanunlarda düzenlenmesi yeterli değildir. Pratikte de hükme bağlanan koşullara riayet edilmesinin sağlanması gerekmektedir. Devletlerin bu alanda pozitif bir yükümlülüğü bulunmaktadır.

Terör ve şiddetle karşı karşıya kalan devletler, güvenliklerini sağlanmak için bazı suçlarlarla sınırlı olarak haberleşme özgürlüğünün kısıtlanmasını kabul etmek zorunda kalmışlardır. Ancak, devletler, haberleşme özgürlüğüne ve özel hayata gereksiz ve yersiz müdahale edilerek iletişimin denetlenmesinin kötüye kullanılmasını önlenmek için gerekli tedbirleri de almak zorundadırlar.

---

[21] Batum, Süheyl, İtalya / Bettino Craxi (2) kararı, 17.7.2003, Vatan Gazetesi, 26 Ağustos 2004, s. 19,
[22] Geleri, a.g.e., s.187.
[23] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s. 32.
[24] Karayazgan, a.g.e., s. 53.

Haberleşme özgürlüğünün kullanılamaz hale gelmesi ve devlet yetkilileri tarafından keyfi uygulamaların gerçekleştirilmesi gibi sakıncaların giderilebilmesi için öncelikle kanuni bir düzenlemenin bulunması gerekir. Ayrıca söz konusu kanun hükümlerinin de sözleşme ve mahkeme içtihatlarında belirlenen kriterlere uygun olması gerekmektedir. Sakıncalar ancak bu niteliği haiz bir sistem ile en aza indirilebilir. Ancak bu şartlara uygun olarak yapılan denetlemelerde kişi hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmediği ileri sürülebilir.[25]

Telefon dinleme konusundaki sakıncaların önlenmesi için sistemin haberleşme özgürlüğüne ve özel hayata müdahaleyi kolaylaştıracak veya tedbir sonucu elde edilen kayıtların amaç dışı kullanılmasını önleyecek güvencelerle donatılması gerekmektedir. Aksi halde kanun ne kadar ideal olursa olsun, haberleşme özgürlüğünün özüne dokunulması söz konusu olacaktır.

Amerika Ulusal Telefon Dinleme Komisyonu tarafından hazırlanan bir raporda, kanunlarla getirilen keyfiliği önleyici düzenlemelerle, güvenlik güçlerinin, elektronik takip işlemleri ile kişi hak ve özgürlüklerini ihlal etmesi ihtimalinin çok düşük bir seviyeye indirildiği belirtilmiştir.[26]

III. TÜRK HUKUKUNDA İLETİŞİMİN DİNLENMESİ

A. TÜRK ANAYASALARINDAKİ DÜZENLEMELER

1. 1924 Anayasasındaki Düzenlemeler

1924 Anayasasında haberleşmenin gizliliği güvence altına alınmıştır. 1924 Anayasasının 81. maddesinde " Postalara verilen evrak, mektuplar ve her nevi emanetler, salâhiyettar müstantik ve mahkeme kararı olmadıkça açılamaz ve telgraf ve telefon ile vaki olan muhaberatın mahremiyeti ihlal olunamaz" denmek suretiyle özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğü konusunda düzenlemeler getirilmiştir.

[25] Geleri, a.g.e., s. 189.
[26] Taşkın, Adli ve İstihbari …, s. 33

1924 Anayasasında 1961 ve 1982 Anayasasından farklı olarak telefon konuşmalarının gizliliği ve dokunulmazlığı açıkça düzenlemiştir.

2. 1961 Anayasasındaki Düzenlemeler

1961 Anayasasının " Kişinin Hakları ve Ödevleri" adını taşıyan ikinci kısmın iki numaralı bölümünde 'Özel Hayatın Korunması' başlığı altında üç maddeye (15, 16, 17) geniş yer verilmiştir. 1961 Anayasasının 15. maddesinde özel hayatın gizliliğinin dokunulmazlığı, 16. maddesinde konut dokunulmazlığı ve 17. maddesinde de haberleşme özgürlüğü ve gizliliğinin dokunulmazlığı düzenlenmiştir. Her üç maddenin de korumaya çalıştığı temel değer özel hayatın gizliliğidir.[27]

Özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı ilk defa bir temel hak olarak 1961 Anayasasının 15. maddesinde düzenlenmiştir.

1961 Anayasasının 17. maddesinde ise haberleşme hürriyeti ve haberleşmenin gizliliğinin dokunulmazlığı düzenlenmiştir. Bu maddede "Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Kanunun gösterdiği hallerde, hâkim tarafından kanuna uygun olarak verilmiş bir karar olmadıkça, bu gizliliğe dokunulamaz." denmektedir.

Görüldüğü gibi maddenin birinci fıkrasında haberleşme özgürlüğü koruma altına alınmaktadır. İkinci fıkrasında ise hangi hallerde ve hangi koşullarla bu özgürlüğün sınırlandırılacağı belirtilmektedir.

1961 Anayasasına göre haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin karar sadece hâkim tarafından verilebilir. Gecikmesinde sakınca bulunan halde yetkili merciin emriyle haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılması kabul edilmemiştir. Hâlbuki 1961 Anayasasının 15. ve 16. maddelerinde hâkim kararı dışında, milli güvenliğin ve kamu düzeninin gerektirdiği gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merci tarafından bu haklara sınırlama getirileceği düzenlenmiştir.[28]

[27] Özbudun, a.g.e., s. 265.
[28] Özbudun, a.g.e, s. 286

3. 1982 Anayasasındaki Düzenlemeler

1982 Anayasasının ikinci kısmının ikinci bölümünde " Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması" üst başlığı ile 1961 Anayasasındaki hükümlere benzer bir düzenlemeye geniş olarak yer verilmiştir. Anayasanın 20. maddesinde, özel hayatın gizliliği ve korunması, 21. maddesinde konut dokunulmazlığı ve 22. maddesinde haberleşme özgürlüğü düzenlenmiştir.

1982 Anayasasının "Haberleşme Hürriyeti" kenar başlıklı 22. maddesinde, haberleşme özgürlüğü güvence altına alınmıştır. 22. maddede, "(l) Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. (2) Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

(3) İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir" hükmü yer almaktadır.

Birinci fıkrada haberleşme özgürlüğünün kural olduğu vurgulanmaktadır. İkinci fıkrada ise, bu özgürlüğün sınırlandırılma koşulları hükme bağlanmaktadır. Üçüncü fıkrasında ise, bazı kamu kurum ve kuruluşlarına da haberleşme özgürlüğü bakımından farklı bir statünün verilebileceği, ancak, bunun kanunla belirlenmesi gerektiği düzenlenmiştir.

1961 Anayasasının 17. maddesinde düzenlenen haberleşme özgürlüğünün sadece hâkim kararı ile sınırlandırılabileceği öngörülmüşken, 1982 Anayasasının 22. maddesinde düzenlenen haberleşme özgürlüğü, kanunda açıkça öngörüldüğü hallerde hâkim kararı ile sınırlanabileceği, ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış makam tarafından da bu hakkın sınırlanabileceği düzenlenmiştir.

1982 Anayasasının, hak ve özgürlükleri sınırlamaya ilişkin genel ilkelerin belirlendiği 13'üncü maddesinde 03/10/2001 tarih ve 4709 Sayılı Kanunla değişiklik yapılmıştır.

Yapılan değişiklikle bütün hak ve özgürlükler için kabul edilen genel sınırlama nedenleri kaldırılmış sadece o hak ve özgürlük için öngörülen sınırlamalar getirilmiştir. Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sırasında o hak ve özgürlüğün özüne dokunmama ilkesi benimsenmiştir. Böylece temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını imkânsız kılacak derecede sınırlandırmanın yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Son olarak da sınırlandırmaya getirilen "ölçülülük" ilkesidir. Bu çerçevede ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmesi ile izlenen amaca ulaşmak için elverişli, gerekli ve oranlı araçlara başvurulması anlamına gelmektedir.[29]

İletişimin denetlenmesi, haberleşme özgürlüğüne yapılan bir müdahale ve bu hakkın sınırlandırılması olduğuna göre, öncelikle 1982 Anayasasında yer alan sınırlandırma koşullarına uyulması gerekmektedir.[30]

B. CEZA MUHAKEMESİ KANUNLARINDAKİ DÜZENLEMELER

1. 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

Hukuka uygun bir telefon dinlemenin nasıl yapılacağı, koşullarının neler olduğunu gösterir açık bir düzenleme 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usul Kanununda bulunmamaktaydı.

Açıkça usul yasamızda telefon ve benzeri araçların denetimi konusunda bir düzenleme yer almamasına rağmen, Türkiye'de telefon ve benzeri araçlarla yapılan haberleşmenin bir koruma tedbiri olarak denetlenmesi CMUK'un postada el koymaya ilişkin hükümleri uygulanmak suretiyle gerçekleştirilmiştir.[31]

Kural olarak yasak edilmeyen her şey hukukta serbesttir. Hukukun sınırlama getirmediği alanlarda kıyas yapmak suretiyle yasak getirmenin mümkün olmadığı

[29] Taşkın, Türkiye'de Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadelede …,s. 336.
[30] Kunter, Nurullah, Yenisey, Feridun ve Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2006.
[31] Kabaoğlu, İbrahim, Özgürlükler Hukuku, İstanbul, 1994, s. 166-167.

belirtilmiştir.[32] Telefon ve benzeri araçlarla yapılan haberleşmenin denetiminin, CMUK'un 91. maddesine kıyasen uygulanması suretiyle yapılmasının hukuka uygun olduğu savunulmuştur.[33]

Ceza muhakemesi hukukunda kıyas serbest olmakla birlikte buna getirilmiş iki istisna mevcuttur. Bunlardan birincisi sınırlayıcı, ikincisi ise istisnai hükümlerde kıyastır. 1982 Anayasasının 12. maddesinde kural olarak insanın hür olduğu, sınırlamanın tek tek gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu açıdan pek çok temel hak ve hürriyete müdahale eden telefon ve benzeri araçlarla yapılan haberleşmenin kontrolünün, postada elkoyma hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanmak suretiyle yapılabileceğini ileri süren görüşün isabetli olmadığı söylenmiştir.[34] Bu nedenle CMUK'un 91. maddesinin kıyasen uygulanmak suretiyle yapılan telefon dinlemeler, hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.[35]

Telefonla yapılan haberleşmenin denetlenmesi için genişletici yorum yoluna gidilebileceği de belirtilmiştir.[36] Bu görüşe göre teknolojinin hızla geliştiği bir dönemde, CMUK'da düzenlenen ve postada elkoymayı düzenleyen hükmün tahdidi olarak sayılmadığı, haberleşme araçlarının sürekli yenilenmesi ve gelişmesi karşısında tahdidi olarak sayıldığını ileri sürmenin mümkün olmadığı ve 91. maddede geçen vesair mersule kavramının mektup ve telgraf dışındaki bütün haberleşme araçlarını (telefon, teleks, faks gibi) içine alacak şekilde anlaşılması gerektiğini, böylece postada elkoyma hükümlerinin telefon konuşmalarının dinlenmesi hakkında da uygulanabileceği ileri sürülmüştür.[37]

Buna karşın özel haberleşmenin denetlenmesinin, kişilerin temel hak ve özgürlükleri açısından büyük önem taşıdığını, bu konunun Türk Hukukunda kanunen

---

[32] Erem, Faruk, Diyalektik Açıdan Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara, 1986, s. 69, Erol, Cihan, Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi, İHFM, C. XXVIII. S. 3-4.,İstanbul, 1963, s. 5.

[33] Tosun, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul, 1984.

[34] Gökçen, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El Koyma ve Postada El Koyma (Telefonların Gizlice Dinlenmesi), Ankara, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1994, s.172

[35] Erem, Diyalektik, s.67, Öztürk, Bahri, Postada El Koyma, İzmir, 1989, s.13

[36] Öztürk, Postada El Koyma, s.13.

[37] Öztürk, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 1995, s. 326.

düzenlenmediğini ve bu nedenle ortada bir boşluk olduğunu, söz konusu boşluğun ise yorum yoluyla doldurulmasının mümkün olmadığı söylenmiştir.[38]

AİHM'in telefon dinlemeyle ilgili olarak verdiği kararlarda, haberleşmenin denetlenmesinin kanun ile açıkça öngörülmesini, haberleşme özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların da açık olması ve herkes tarafından anlaşabilecek terimlerle ifade edilmesi gerektiğini belirtmiştir.[39]

AİHM'in telefon dinlemelerine getirdiği kriterler olan, kanunların açık, öngörülebilir ve ulaşılabilir olma ilkeleri bakımından CMUK'un 91. maddesi yeterli değildi. Ayrıca maddede "sanığa" gönderilen mektup ve sair mersuleden bahsedilmekteydi. Henüz sanık statüsüne gelmemiş bir vatandaşın telefonunun dinlenmesi bu maddeye dayanılarak yapılamazdı.[40]

Buna rağmen iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulamada CMUK'un 91. maddesindeki postada elkoyma hükümleri genişletici yorum yolu uygulanmak ve hâkim kararı alınmak suretiyle kullanılmaktaydı. Üst mahkemeler tarafından yapılan incelemelerde de bu uygulamaların kabul gördüğü anlaşılmaktadır.

Türk hukuk sisteminde telefonların dinlenmesi ve bant kayıtları ilk defa Ağustos 1971'de Anayasa Mahkemesi gündemine gelmiş bir konudur. Ancak, Anayasa Mahkemesi, diğer delillerle kuvvetlendirmek kaydıyla gizli dinleme bantlarının delil olabileceğini kabul etmiştir. O dönemde Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 72/7-288 sayılı ve 1973 tarihli kararında, "Usulüne göre alınan hâkim

---

[38] Öztürk,Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 326.

[39] AİHM Malone kararında;"Kanun ile öngörülmüş olmak, deyimi, söz konusu devlette müdahalenin iç hukuk düzeninde bir temele dayandırılmış olma zorunluluğu anlamına gelmektedir. Kanun hangi durumlarda ve hangi şartlar altında, özel hayatın saygınlığı ve haberleşme özgürlüğü bakımından muhtemelen tehlikeli olabilecek böyle gizli bir müdahale yapılmasına izin verdiğini, herkesin yeteri kadar anlayabileceği bir şekilde açık terimler ile belirtmek zorundadır. Öte yandan haberleşmenin gizlice kontrolü için alınan önlemler halkın kontrolü dışında kaldığından, eğer yürütmeye tanınan takdir yetkisi sınırlandırılmamış olursa, kanun hukukun üstünlüğü ilkesine ters düşebilir.Bu bakımından kanunun bizzati kendisi, güdülen meşru amaç dikkate alınarak ve kişiyi keyfi uygulamalara karşı korumak maksadı ile böyle bir yetkinin genişliği ve uygulama şekillerini yeteri kadar açıklıkla tanımlamak zorundadır."

[40] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 06.09.1978 tarihli Klass - Almanya kararı, Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Cilt I, İstanbul, 2002.

kararıyla, ilgili memurlarca dinlenerek banda geçirilen ve metinleri dosyada bulunan telefon konuşmaları delil olarak kabul edilir" demiştir.[41]

AİHM telefon dinlemeyle ilgili olarak Türkiye aleyhine verdiği bir kararda, dinleme konusunun, Türk Hukukunda kanunen düzenlenmediğini, kıyas yoluyla postada elkoymaya ilişkin hükümlere dayanarak dinleme kararı verilemeyeceğini belirtmiştir.[42]

Gerek CMUK'un ilgili hükümleri gerekse üst mahkeme içtihatları, haberleşme özgürlüğünü sınırlandıran iletişimin denetlenmesi konusunda AİHS standartlarına uygun değildi.

2. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu

2005 yılında 5271 sayılı CMK'nın 135 ve devamı maddelerinde iletişimin denetlenmesi, bir koruma tedbiri olarak detaylı ve açık olarak düzenlenmiştir.

CMK'nın 135. maddesinin 7. fıkrasında CMK hükümleri dışında başka bir şekilde iletişimin denetlenmesi yasaklanmıştır.

Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenen iletişimin denetlenmesi tedbiri sadece bir suç işlendikten sonra, başka yollarla ulaşılamayan delillerin elde edilmesi amacıyla başvurulabilecek istisnai bir tedbir olarak yer almıştır. CMK'da sadece adli amaçlı iletişimin denetlenmesi düzenlenmiştir. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi CMK dışındaki özel kanunlarda düzenlenmiştir.

3. 353 Sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu Ve Yargılama Usulü Kanunu

353 Sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanun'unda koruma tedbiri olarak iletişimin denetlenmesi düzenlenmemiştir. Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanun'unda koruma tedbirleri olarak kanunun dokuzuncu bölümünde arama ve zapt onuncu bölümünde ise tutuklama ve yakalamaya ilişkin hükümler bulunmaktadır.

---

[41] Özbek, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006

[42] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Dördüncü Dairesinin 06.12.2005 tarih ve 27310/95 sayılı Ağaoğlu v Türkiye kararı, Corpus İçtihat Programı, Ced Dağıtım Medya Yazılım, Ankara

C. ÖZEL KANUNLARDAKİ DÜZENLEMELER

1. 5397 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemeler

5397 sayılı kanundan önce Türk Hukuku'nda önleme amaçlı dinlemeye ilişkin genel bir düzenleme yer almamakta idi. Uygulamada 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu kapsamında istihbarat amaçlı iletişimin denetlenmesi yapılmaya çalışılmaktaydı. Ancak 4422 sayılı ÇASÖMK adli maksatlı dinleme ve kayda almayı düzenlemekte olup, bu kanunda önleme amaçlı dinleme ve kayda alma yönünde herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu sebeple 4422 sayılı ÇASÖMK'nın yürürlükte olduğu dönemde, yapılan bütün önleme amaçlı dinleme ve tespitler hukuka aykırıdır.

1982 Anayasasında 2001 yılında yapılan değişiklikler ve 4422 sayılı ÇASÖMK'nın 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile yürürlükten kalkması neticesinde, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi yetkisini düzenlemek amacıyla 2559, 2803 ve 2937 sayılı kanunlara ek hükümler getiren 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 03.07.2005 tarihinde kabul edilmiş ve 23.07.2005 tarih ve 25884 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

5397 sayılı kanunla; 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanun'una, 2803 sayılı Jandarma Teşkilatı, Görev ve Yetkileri Kanun'una ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanun'una önleme maksatlı dinleme, tespit ve kayda almaya ilişkin düzenlemeler eklenmiştir.

Kanun koyucu bu kanunla; Devletin, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişi sağlamak üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunmak, bu gayeyle bilgi toplamak, değerlendirmek, yetkili makamlara veya kullanma alanına ulaştırmak, Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapmak maksadıyla polis, jandarma tarafından casusluk suçları hariç CMK'nın 250. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların önlenmesi için ve Milli İstihbarat Teşkilatı tarafından da 2437 sayılı Kanunun 4.

maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi çerçevesinde, özellikle Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önüne geçilmesi amaçlarıyla önleme dinlemesine başvurulabileceğini kabul ederek, bu konudaki usul ve esasları belirlemiştir.

a. 2559 Sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu

2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Yasa'sının Ek 7. maddesi; "Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişi sağlamak üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar" şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddede 5397 sayılı kanunun 1. maddesiyle yapılan değişiklik sonucu polise casusluk suçları hariç, CMK'nın 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla iletişimin denetlenmesi yetkisi verilmiştir.

Bu kanuna göre iletişimin dinlenmesine, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emriyle karar verilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, 24 saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç 24 saat içinde verir

b. 2803 Sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu

Jandarmanın istihbarat yapma görev ve yetkisinin bulunup bulunmadığı konusu tartışmalıydı. Ancak, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 7. maddesinde düzenlenen jandarmanın görevleri arasında "suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak" da bulunmaktadır.

Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yasasının Ek 5. maddesinde; 03.07.2005 tarih ve 5397 sayılı kanunun 2. maddesiyle yapılan değişiklik sonucunda jandarmaya casusluk suçları hariç, CMK'nın 250. maddesinin birinci fıkrasının (a),

(b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla iletişimin denetlenmesi yetkisi verilmiştir.

Bu kanuna göre iletişimin dinlenmesine, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Jandarma Genel Komutanı veya İstihbarat Başkanının yazılı emriyle karar verilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, 24 saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç 24 saat içinde verir.

c. 2937 Sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu

2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanun'unun Milli İstihbarat Teşkilatının görevlerinin sayıldığı 4. maddesinde 03.07.2005 tarih ve 5397 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle yapılan değişiklikle Milli İstihbarat Teşkilatının görevlerini yerine getirirken yaptığı telefon dinlemeleri hukuka uygun hale getirilmiştir.

5397 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle artık MİT, 2937 sayılı Kanunun 4. maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla 1982 Anayasasının 2. maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde, Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi dinleyebilecektir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, 24 saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur.

2553, 2803 ve 2937 sayılı Kanunlar kapsamında yapılacak iletişimin dinlenmesi taleplerinde yetkili ve görevli hâkim, talepte bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer itibariyle yetkili olan ve 5271 sayılı CMK'nın 250. maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesidir.

Polisin istihbarat yetkisi ülke genelinde olmasına rağmen dinleme yetkisinin sadece belirli bir olayla ilgili bir veya birkaç kişiyle sınırlı olarak istenmesi gerekir.

Jandarmanın istihbarat yetkisi sadece polis bölgesi dışında kalan kendi sorumluluk bölgesi ile sınırlıdır. Milli İstihbarat Teşkilatının istihbarat yetkisi tüm ülkeyi kapsamaktadır. Ancak, bu üç kurum ne olursa olsun bütün ülkeyi kapsayan genel bir iletişimin dinlenmesi tedbiri uygulayamaz. İletişimin dinlenmesi kararları somut bir olay, önlenmesi amaçlanan bir suç ve bu suçu işleyeceği tahmin edilen bir veya birkaç kişiyle ilgili olmak ve somut veriler içermek zorundadır.[43]

Bu nedenle, Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen ve ülkenin bütününü kapsayacak önleme maksatlı telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kararı, Yargıtay tarafından bozulmuştur.

Somut olayda, Jandarma Genel Komutanlığı 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un Ek 5. maddesi gereğince kendi sorumluluk sahasında, başta terör örgütü PKK/Kongra-Gel olmak üzere diğer organize suç örgütlerinin olası eylemleri ile örgütlerin ileriye dönük stratejilerini önceden tespit edilebilmesi, meydana gelebilecek olayların önüne geçilebilmesi, planlama ve hazırlık aşamasında ortaya çıkarılabilmesi, derhal önleyici ve koruyucu tedbirlerin alınabilmesi maksadıyla; yurtdışı çıkışları dahil olmak üzere Türk Telekom A.Ş. tarafından işletilen sabit telefon veya mobil, Turkcell, Vodafone ve Avea A.Ş. tarafından işletilen ve telefon üzerinde yapılan iletişime ait tüm detay bilgilerinin (arayan, aranan ve Celi İD), kullanıcı ve makine bilgilerinin, GPRS bağlantıları ile GPRS üzerinden internet bağlantılarının, SMS alıp gönderme bilgilerinin, internet üzerinden DATA transferi ve DATA hattı üzerinden haberleşme bilgilerinin, faks bilgilerinin, abone bilgileri detay kayıtlarının (isim, adres, kimlik, kimlik fotokopisi, hattın hangi bayiden ve ne zaman alındığı) alınmasına, söz konusu bilgilere ilişkin detay kayıtlarına ait datalarının canlı (online) olarak alınması konusundaki talebini Ankara Onbirinci Ağır Ceza Mahkemesi'nin 27.11.2007 tarihli ve 2007/6147 sayılı kararı ile kabul edilmesi ve itirazın reddedilmesi üzerine Adalet Bakanlığı yazılı emir yoluna başvurmuştur. İtirazı inceleyen Yargıtay, "amacı ne olursa olsun hiçbir kuruma demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'nde yaşayan insanlar şüpheli görülerek ülke genelini kapsayacak şekilde yetki verilemeyeceği, anılan kanunların ilgili maddeleri gereğince talepte bulunan kolluk birimlerinin bulundukları yerler itibariyle yetkili olan ve 5271 sayılı CMK'nın 250. maddesinin 1.

[43] Taşkın, Adli ve İstihbari …., s. 192.

fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesi üyelerinin kendi yargı çevreleri ile ilgili karar vermeleri gerektiği, sınırsız bir yetki verilmesi suretiyle iletişimin tespit edilerek dinlenilmesine karar verilemeyeceği, yasa koyucunun amacının da bu olduğu açıktır."[44] diyerek Adalet Bakanlığının itirazını kabul etmiştir.

2553, 2803 ve 2937 sayılı kanunlar uyarınca alınacak iletişimin denetlenmesi kararları, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usulle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

Önleme dinlemesi, genel, yaygın ve kim olduğu bilinmeyen kişiler hakkında verilmemelidir.

Bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, kanunda belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanmasında ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Bunlara aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.

Önleme amaçlı yapılan iletişimin denetlenmesi faaliyetleri neticesinde elde edilen kayıtlar, polis ve jandarma tarafından kamu düzeninin korunması, emniyet ve asayişin sağlanmasına hizmet etmek için istihbarat toplamakta ve Milli İstihbarat Teşkilatı yönünden de casusluk ve terörist faaliyetlerin önüne geçilmesi ve ortaya çıkarılmasında kullanılmalı, başka maksatla kullanılmamalı, dolayısıyla ceza soruşturması ve kovuşturmalarına delil olarak sunulamamalıdır.

---

[44] Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 04.06.2008 tarih ve E. 2008-874, K.2008-7160 sayılı kararı, Parlar, Ali - Hatipoğlu, Muzaffer, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu, Cilt1, Yayın Matbaacılık, Ankara 2008, s. 553.

2. Mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunundaki Düzenlemeler

Haberleşmenin denetlenmesi yoluyla delil elde edilmesi konusunda Türk hukuk sisteminde ilk açık düzenleme 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununda yer almıştır.

Bu kanundan önce doğrudan ve açıkça adlî ve önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin yetki veren bir hüküm yer almıyordu. 4422 sayılı ÇASÖMK yürürlüğe girinceye kadar, CMUK'un arama ve elkoymaya ilişkin hükümleri kıyas yoluyla uygulanarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim denetlenebiliyordu.[45]

4422 sayılı ÇASÖMK dinleme tedbiri bakımından asgari cezalandırılabilirlik sınırı öngörmediği gibi, söz konusu suçları katalog içersinde tek tek belirleme yoluna da gitmemiştir. Yalnızca 1. maddede "suç örgütü" tanımına yer verilmiş[46] ve dinleme tedbirine başvurulabilmesi de bu tanım içersine giren suçlar açısından mümkün görülmüştür.[47]

4422 sayılı ÇASÖMK'da telefonların dinlenmesine veya tespitine Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine hâkim tarafından karar verileceği, gecikmesinde tehlike bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının telefon dinleme kararı vermeye yetkili olduğu belirtilmiştir.

Buna karşın ÇASÖMK'da telefon dinlemesinin kim tarafından nasıl yapılacağı, üçüncü kişilerin haklarının nasıl korunacağı, avukatların ve tanıklıktan çekinme hakkı olanların telefonlarının dinlenmesi suretiyle veya başka suçlarla ilgili

---

[45] Bayram, Levent, Ses ve Görüntü Kayıtlarının Türk Hukukundaki Yeri, Polis Bilimleri Dergisi, Cilt 6, No:3-4, s. 1-11.

[46] "Doğrudan veya dolaylı biçimde bir kurumun, kuruluşun veya teşebbüsün yönetim ve denetimini ele geçirmek, kamu hizmetlerinde, basın ve yayın kuruluşları üzerinde, ihale, imtiyaz ve ruhsat işlemlerinde nüfuz ve denetim elde etmek, ekonomik faaliyetlerde kartel ve tröst yaratmak, madde ve eşyanın azalmasını ve darlığını, fiyatların düşmesini veya artmasını temin etmek, kendilerine veya başkalarına haksız çıkar sağlamak, seçimlerde oy elde etmek veya seçimleri engellemek maksadıyla zor veya tehdit uygulamak veya kişileri kendilerine tabi kılmaya zorlamak veya mensupları arasında her ne suretle olursa olsun açık veya gizli işbirliği yapmak suretiyle yıldırma veya korkutma veya sindirme gücünü kullanarak suç işlemek için örgüt kuranlara veya örgütü yönetenlere veya örgüt adına faaliyette bulunanlara veya bilerek hizmet yüklenenlere…"

[47] Öztürk, Bahri, Erdem, M. Ruhan, Özbek, V Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, Seçkin, 2000, s.628.

tesadüfen elde edilen telefon kayıtlarının ceza muhakemesinde delil olarak kullanılıp kullanılamayacağı hususları açıkça düzenlenmemiştir.

D. YÖNETMELİKLERDEKİ DÜZENLEMELER

İletişimin dinlenmesiyle ilgili olarak, gerek önleyici gerekse adli olaylarla ilgili düzenleme getiren yönetmelikler de çıkarılmıştır. Zira anayasa ve yasalarda ayrıntıya yer verilmediğinden, iletişimin dinlenmesi yoluyla elde edilecek delillin hukuka uygun olup olmadığının belirlenebilmesi bakımından yönetmelikte yer alan hükümlerin de dikkate alınması gerekmektedir.

Bu yönetmeliklerden birincisi Resmi Gazetede 14 Şubat 2007 tarihinde yayınlanan 26434 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin yönetmeliktir.

Bu Yönetmeliğin amacı 1. maddede,"Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirlerine ilişkin talepte bulunulması, kararların alınması ve uygulanmasında uyulacak usul ve esasları belirlemektir" şeklinde belirtilmiştir.

Yönetmeliğin 2. maddesinde ise "Bu Yönetmelik hükümleri Ceza Muhakemesi Kanununun 164 ve 165 inci maddesinde düzenlenen adli kolluk ve bu görevi yapan diğer kolluk birimleri, kamu kurum ve kuruluşları ile telekomünikasyon alanındaki özel kurumların görev ve sorumluluklarına ilişkin hükümleri kapsar" denilerek kapsamı belirlenmiştir.

İletişimin dinlenmesiyle ilgili ikinci yönetmelik ise Resmi Gazetede 10 Kasım 2005 tarihinde yayınlanan 25989 sayılı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkındaki yönetmeliktir.

Bu yönetmeliğin amacı 1. maddesinde " a) 2559 sayılı Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununun ek 7 nci maddesi, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun ek 5 inci maddesi, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve

Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununun 6 ncı maddesi ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesi ile belirlenen çerçevede telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi, b) Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının kuruluş, görev ve yetkilerinin düzenlenmesi" olarak belirtilmiştir.

IV. ULUSLARARASI HUKUKTA İLETİŞİMİN DİNLENMESİ

A. BİRLEŞMİŞ MİLLETLERİN İLETİŞİMİN DİNLENMESİ KONUSUNDAKİ ÇALIŞMALARI

Teknolojinin hızlı gelişimi sonucu özel hayatın ve haberleşme hürriyetinin gizliliğine müdahale yöntemleri basitleştiğinden, bu hakları güvence altına almak zorunluluğu doğmuştur. Bu konuda Birleşmiş Milletler bünyesinde çalışmalar yapılarak 1967 tarihli 2226 numaralı belgeler ve Genel Kurul tarafından kabul edilen 1968 tarihli "İnsan Hakları ile Bilim ve Tekniğin İlerlemesi" konulu çalışmalar yapılmış ve raporlar hazırlanmıştır. Bu çalışmalar sonucunda üye ülkelere;

-Dinleme ve kayıt teknikleri vb. alanlardaki ilerlemeler karşısında kişilerin özel hayatına ve ulusların egemenliğine saygılı olunması,

-Elektroniğin, kişinin haklarına zararı dokunmaması için demokratik toplumlarda bununla ilgili kısıtlama konması, bilim ve tekniğin demokratik hak ve özgürlüklere zarar verecek bir biçimde kullanılmaması,

-Devletlerin, kişilerin özel hayatlarını modern teknik araç ve gereçlerle yapılan müdahalelere karşı korumayı sağlamak amacıyla yürürlükteki kanun metinlerini değiştirmeleri tavsiye edilmiştir.[48]

Ayrıca iki ya da daha çok kişi arasında yapılan konuşmaların hukuka aykırı şekilde gizlice dinlenmesi ve kayda alınması veya bu yollardan biriyle elde edilmiş

[48] Çoşkun, Enis, Küresel Gözaltı Elektronik Gizli Dinleme ve Görüntüleme, Cilt I, Ankara, Ümit, 1962, s. 135.

olan bilgilerin açıklanması halinde sorumluların cezalandırılması gerektiği bildirilmiştir.

Devletler, istihbarat amaçlı bilgi elde etme veya ağır suç soruşturmalarında ya da ulusal güvenlik gerekçesiyle ileri teknoloji ürünü olan dinleme aygıtlarını kullanabilmelerine izin verebilirler. Ancak bu durumlarda yetkili bir adli makam tarafından izin alınması zorunludur.[49]

B. AVRUPA BİRLİĞİNE ÜYE ÜLKELERDE İLETİŞİMİN DİNLENMESİ

1. Genel Olarak

1970 yılında Türkiye Cumhuriyetinin Adalet Bakanın da katıldığı Avrupa Adalet Bakanları konferansında alınan kararda; teknolojik gelişmelerin özel hayatın gizliliğini tehdit ettiği, özel hayatın gizliliğine kişilerden ve devletten gelecek müdahaleleri önlemek için hukuk ve ceza hukuku alanında yeni kanunlara ihtiyaç olduğu ve bu konuda devletlerarasında işbirliği yapılması gerektiği belirtilmiştir.[50]

Urbino Üniversitesi tarafından 10-12 Mart 1994 tarihleri arasında telefon dinleme kuralları hakkında Avrupa Birliği'ne üye bütün ülkelerden temsilcilerinin katılımıyla yapılan kongrede telefonların dinlenmesine ilişkin mevzuata esin kaynağı olacak şekilde dinlemeye ilişkin asgari ve asli kurallar belirlenmiş ve bu konularda bir uyumlaştırmanın sağlanması için üye ülkelere tavsiyelerde bulunulmuştur.[51]

Avrupa Birliği Konseyi, 17 Ocak 1995 tarihinde Avrupa Birliği anlaşmasını göz önüne alarak iletişimin yasal olarak denetlenmesine ilişkin ilke kararını kabul etmiştir. [52]

Konsey bu ilke kararında yasal olarak iletişimin denetlenmesinin, özellikle milli güvenlik ve ağır suçlar konusundaki bilgilerin, milli yararların korunması için önemli bir araç olduğunu vurgulamıştır. Ancak iletişimin denetlenmesi yapılırken

---

[49] Çoşkun, a.g.e., s. 136.
[50] Çoşkun, a.g.e., s. 137.
[51] Eren, Mehmet Selim, Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Telefon Dinleme, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2002), s. 37.
[52] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s. 192.

insan haklarına saygı ilkesi temelinde bireylerin kişiliklerine ve özel hayat haklarına zarar verilmemesi ve kişisel verilerin gizliliğinin korunması için gerekli tedbirlerin üye ülkelerce alınması gerektiğini belirtmiştir. Gerekli güvenceler sağlanmadan ve teknik konular düzenlenmeden iletişimin denetlenememesini tavsiye etmiştir.

Avrupa Parlamentosu raporlarında; devletlerin, ulusal güvenliğin sağlanması amacı ile dinleme faaliyetlerini yürütülebilmelerinin kabul edilebilir olduğunu vurgulamıştır.[53]

2. Almanya

Almanya'da 1968'ten bu yana adli veya önleme amaçlı olarak iletişimin dinlenmesi tedbiri kullanılmaktadır.[54]

Alman Anayasasının haberleşme özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinde 2001 tarihinde yapılan değişiklikle iletişimin nasıl kısıtlanacağı ayrıntılı olarak düzenlemiştir.[55]

Federal Almanya Anayasasının 10. maddesinde, yazışma gizliliğine ve posta telgraf ve telefonla muhaberat gizliliğine dokunulamayacağı, bu dokunulmazlığa ancak bir kanunla sınırlama getirilebileceği hükme bağlanmıştır. Yine posta gizliliği hakkının da kanunla sınırlandırılabileceği ancak sınırlandırmak amacıyla yürürlüğe konulacak kanunun, bu hakkın özüne dokunamayacağı hükme bağlanmak suretiyle haberleşme gizliliğinin temel bir hak olduğu açıkça belirtilmiştir.[56]

Alman Parlamentosu, Anayasanın 13. maddesinde bir değişiklik yaparak, polisi, özel mülkiyetler de dâhil olmak üzere ihtiyaç duyulan yerlere teknik izleme cihazlarını yerleştirmekle yetkili kılmıştır.

Almanya'da teknik dinleme, G10 adlı Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanun'unun 100a ve 100b maddelerinde düzenlenmiştir. Sınırlı sayıda suçla ilgili olarak bu tedbir uygulanabilecektir. Bunların arasında bir suç organizasyonu üyesi

[53] 5397 sayılı Kanunun Genel Gerekçesi.
[54] Öztürk, Erdem, Özbek, a.g.e., s. 629.
[55] Taşkın, Adli ve İstihbari…., s. 35.
[56] Nuhoğlu, Ayşe, Adli Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi ile Teknik Araçlarla İzleme Tedbirine Konu Olan Suçlar, Yargı Dünyası, Sayı 128, Ağustos 2006, s.12.; Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, a.g.e., s. 708

olmak, cinayet, para ile ilgili suçlar, soygun, gasp, illegal uyuşturucu ve silah ticareti, terörizm, vatana ihanet ve espiyonaj (casusluk) suçları bulunmaktadır.[57]

Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanun'una göre iletişimin dinlenmesine hâkim karar verir. Hâkime erişilemediği acil durumlarda savcı, 3 güne kadar dinleme kararı verme yetkisine sahiptir. Hâkim, somut olguların bulunması ve başka türlü delil elde etme imkânı bulunmadığının kanıtlanması halinde 3 aya kadar dinleme kararı verebilir. Bu süre gerekli koşulların varlığı halinde 3 ay daha uzatılabilir. Mahkemenin teknik dinleme kararı verebilmesi için, teknik dinlemenin en son çare olduğunun kanıtlanması gerekmektedir.[58]

3. Fransa

Fransa Anayasasında haberleşmenin gizliliğinin korunmasına yönelik açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, özel hayatın gizli alanı olarak korunmasını sağlayan kişisel özgürlük hakkı, yazılı olmayan bir anayasal hak olarak kabul edilmektedir.[59]

Bu nedenle Fransa'da iletişimin denetlenmesi konusunda uzunca bir süre yasal düzenleme yapılmamıştır. Yasal düzenlemenin olmadığı dönemde Fransa'da, telefonların dinlenmesi konusunda soruşturma hâkimi, savcı ve bazı hallerde de adli polis şefi karar verebiliyordu. Başlangıçta bu uygulamalar adli organlarca da kabul görüyordu.[60]Daha sonra Fransız Yargıtay'ı, iletişimin denetlenmesi konusunda verdiği ayrıntılı içtihatlarla bu konudaki yasa boşluğunu doldurmaya çalışmıştır.

Buna rağmen AİHM, iletişimin denetlenmesi yetkisinin Yargıtay içtihatlarıyla değil, mutlaka yasa ile düzenlenmesi gerektiğini belirterek Fransa'yı Kruslin[61] ve

---

[57] Şen, Ersan, İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 2, Sayı 4, 2007, s. 111.

[58] Yenisey, Çıkar Amaçlı Örgüt Suçlarındaki Araştırmalar, Hukuk Kurultayı 2000, Cilt 2, Ankara, s. 103- 131., Özdoğan., a.g.e., s. 15., Sözüer, a.g.e., s.90.

[59] Karayazgan**,** a.g.e., s.53, Erdem- Özbek, a.g.e., s. 259.

[60] Taşkın, Adli ve İstihbari a.g.e., s. 43.

[61] Kruslin v. Fransa kararına konu olan olay şöyle gelişmiştir: Fransız Ceza Yargılaması Kanu-nu'nda yer alan "her türlü delili elde etme" yetkisi çerçevesinde soruşturma hâkimi suç zanlısı bir şahsın telefonunun dinlenmesine karar vermiştir. Ancak, dinlenen telefondan, o sırada misafir olarak evde kalan Kruslin'in konuşmaları da dinlenmiş ve Kruslin'in bir başka şahısla yaptığı konuşmalardan, telefonun dinlenmesine dayanak olan suçtan bambaşka bir suça ilişkin delillere ulaşılmıştır. Bu kayıtlara dayanarak Kruslin göz altına alınmış, daha sonra yargılanmış ve mahkum olmuştur. Yargılamanın hiçbir aşamasında suçlamaları kabul etmeyen Kruslin AİHM'ne başvurmuş ve Mahkeme Fransa'yı mahkum etmiştir. Fakat, Fransa'nın mahkum olmasının nedeni, Fransız hukukunda telefon dinleme tedbirinin dayanağını oluşturan yasal çerçevenin, keyfiliği önleyecek nitelikten yoksun olmasıdır.

Huvig davalarında iki defa mahkum etmiştir.[62] Bu ihlal kararlarının da etkisiyle Fransa yasal düzenleme yapma yoluna gitmiştir.

Fransa "Telekomünikasyon Yolu ile Yapılan Haberleşmenin Mahremiyetine İlişkin" 10 Temmuz 1991 tarihli ve 91-646 sayılı Kanunu yürürlüğe koymuştur.[63] İdari denetleme düzenleyen bu kanun terör ve ağır organize suçların önlenmesi amacıyla uygulanır. Denetleme sonunda elde edilen veriler delil olarak kullanılmaz.[64]

Ayrıca Fransız Ceza Muhakemesi Kanununun 100 ilâ 100-7 maddeleri arasında adli amaçlı iletişimin denetlenmesi düzenlenmiştir. Fransa'da iletişimin denetlenmesi sadece ağır suçların soruşturulması ile sınırlandırılmıştır.[65]

Fransız hukukunda iletişime müdahalenin diğer bir çeşidi de Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu CPP'in 80-4 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre bir ölüm veya kaybolma olayının araştırılması sırasında soruşturma hâkimi iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurabilir. Adli amaçlı iletişimin dinlemesine karar verme yetkisi mutlak olarak sorgu yargıcındadır. Hazırlık soruşturması sırasında savcı ya da polis suçüstü halinde dahi iletişimin denetlenmesi kararı veremez.[66]

Hâkim somut bulguların bulunması ve başkaca bir şekilde delil toplanmasının mümkün olmadığını saptaması halinde iki yıl ve daha fazla hapis cezası öngörülen suç veya kabahatler için dinleme kararı verebilmektedir. İletişimin denetlenmesi kararı en fazla 4 ay süre için verilebilir. Ancak aynı şartların varlığı halinde aynı süre için ve aynı usulle iletişimin denetlenmesi süresi 12 aya kadar uzatılabilir.[67]

Telekomünikasyon Yolu ile Yapılan Haberleşmenin Mahremiyetine İlişkin Kanunun 4. maddesinde önleme dinlemesine, başbakan veya onun tarafından özel biçimde yetki verilmiş olan iki kişiden biri yazılı ve gerekçeli kararıyla izin verebilir. Özellikle de İçişleri Bakanı bu konuda görevlendirilmektedir. Önleme dinlemesinin uygulanacağı azami süre 4 aydır. Ancak aynı koşullar altında dinleme süresi

---

[62] Çoşkun, a.g.e., s. 2.
[63] 5397 sayılı Kanunun Genel Gerekçesi
[64] Sözüer, a.g.e., s.97.
[65] Anayurt, Ömer, Strazbourg İçtihatlarında Türk Ve Fransa Hukuklarında Telefon Dinlemeleri, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Cilt XXI, Ankara s.54.
[66] Taşkın, Adli ve İstihbari a.g.e., s. 45.
[67] Sözüer, a.g.e., s.97.

uzatılabilir. Önleme dinlemesi sonunda elde edilen bilgiler yargılama aşamasında delil olarak kullanılamaz.[68]

4. İngiltere

İngiltere de 1980'li yıllardan bu yana adli veya önleme amaçlı olarak iletişimin denetlenmesi tedbiri kullanılmaktadır.[69]

İngiltere'de iletişimin denetlenmesi, AİHM'in 02.08.1984 tarihli Malone İngiltere kararından sonra, 25.07.1985 tarihli Haberleşmeye Müdahale Kanunu (Interception of Comminications Act) ile düzenlenmiştir.[70]

Adli amaçlı dinlemeye karar verme yetkisi İngiltere ve Galler İçişleri Bakanı, İskoçya Devlet Bakanı veya Kuzey İrlanda Devlet Bakanına aittir.[71]

Önleme amaçlı haberleşmenin denetlenmesi kararları, milli güvenliğin sağlanması, ağır suçların önlenmesi ve araştırılması ile Birleşik Krallığın mali değerlerinin korunması amaçlarıyla Dışişleri Bakanlığı tarafından verilmektedir.[72]

İngiltere'de adli amaçlı iletişimin denetlenmesine karar verilebilmesi için suçun, 21 yaşının üzerindeki sabıkasız bir kişinin, en az 3 yıl hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilmesini gerektiren bir suç olması gerekir. Bundan başka şiddet kullanmak yoluyla önemli miktarda kazanç sağlayan suçlar ya da çok sayıda kişinin ortak bir amaç etrafında birleşerek işledikleri suçlar da ağır suç sayılmakta ve iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanabilmektedir.[73]

İngiltere'de iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesinde, suçların aydınlatılması için zorunlu olması ve başka yollarla delil elde edilememesi şartı aranırken, suç işlendiğine ilişkin özel bir şüphe şartı aranmamıştır. [74]

---

[68] Özdoğan, a.g.e.,s.,16.
[69] Öztürk, Erdem, Özbek, a.g.e., s.629.
[70] Sözüer, a.g.e., s.92.
[71] Sözüer, a.g.e., s. 93.
[72] İnterpol Daire Başkanlığı, "Avrupa Birliğinde Operasyonel Uygulamalar ve Kullanılan Teknikler",EGM, 1998. s. 227.
[73] Sözüer, a.g.e., s.93.
[74] Sözüer, a.g.e., s.93.

Haberleşmeye müdahale sonucu elde edilen bilgiler hiçbir şekilde mahkemelerde delil olarak kullanılamaz ve açıklanamaz. Bu bilgiler sadece istihbarat amaçlı kullanılabilir.[75]

İngiltere'de iletişimin dinlenmesi süresi kural olarak 2 ay olup, gerektiğinde birer aylık sürelerle uzatılabilmektedir. Ayrıca acil durumlarda güvenlik kuvvetlerinin 2 günlük dinleme yetkisi bulunmaktadır.[76]

Sanık müdafisinin iletişiminin denetlenmesi konusunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Tanıklıktan çekinme hakkı sahiplerinin şüpheli veya sanıkla kurdukları iletişimin denetlenmeyeceğine dair de bir sınırlama bulunmamaktadır. Ama milletvekillerinin iletişimlerinin denetlenemeyeceğine dair bir yasa bulunmaktadır.[77]

5. Avusturya

Avusturya Anayasasında haberleşmenin gizliliğinin korunması hüküm altına alınmıştır.[78] İletişimin denetlenmesine ilişkin yasal düzenleme ise 1974 yılında çıkartılan bir kanunla Avusturya Ceza Usul Kanununa 149a, 149b ve 414a maddeleri eklenmek suretiyle yapılmıştır.[79]

Avusturya Ceza Usul Kanununa göre haberleşmenin denetlenmesinde ilgilinin rızası yoksa sadece alt sınırı 1 yıl ve daha üzeri hapis cezası gerektiren kasıtlı suçlarda telefon dinleme tedbirine başvurulabilir. İlgilinin rızası olması halindeyse 6 ay ve üzeri hapis cezası gerektiren kasıtlı suçların işlendiğine ilişkin kuvvetli suç şüphesinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesinin en azından önemli ölçüde güç olması halinde, suçun aydınlatılması veya sanık yerinin araştırılması ve tespiti amacıyla bu tedbire başvurulabilir.[80]

[75] İnterpol, a.g.e., s. 227.
[76] Sözüer, a.g.e., s.94.
[77] Erdem, Özbek, a.g.e., s. 276.
[78] Erdem, Özbek, a.g.e., s. 259.
[79] Sözüer, a.g.e., s. 99.
[80] Nuhoğlu, a.g.e., s. 10.

Avusturya'da önleme amaçlı olarak iletişimin denetlenmesine başvurulamaz. Telefon dinleme üç hâkimli bir kurulun izni ile uygulanabilir. Dinleme sonucunda elde edilen bilgiler mahkemelerde delil olarak kullanılamaz.[81]

Avusturya'da avukatların, müdafilerin, noterlerin ve mali müşavirlerin özel haberleşme araçları, şüphe altında bulunan kişinin, bu meslek sahiplerinin yanında barınması veya münasebet kurmasının umulması söz konusu olsa dahi denetlenemez. Bu yasak tam bir vekâlet ilişkisi olmasa bile geçerlidir. Ancak, bu koruma sanık yakınlarıyla hekimler için kabul edilmemiştir.[82]

6. İtalya

İtalya'da 1974 yılında yürürlüğe giren Özel Hayatın ve Haberleşme Serbestliğinin ve Gizliliğinin Korunması Kanunu ile 1988 yılında Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa yeni hükümler eklenerek ve değişiklikler yapılarak özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı güvence altına alınmıştır.[83]

İtalya'da haberleşmenin denetlenmesine Ceza Yargılama Yöntem Yasasının 226. maddesinde sınırlı olarak sayılmış bulunan uyuşturucu madde, silah ve patlayıcı madde kaçakçılığı, telefonun suç işleme aracı olarak kullanıldığı suçlar (hakaret, tehdit gibi) ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçlar için kabul edilmiştir.[84]

İletişimin denetlenmesine soruşturma aşamasında savcının istemesi üzerine yetkili yargıcın kararıyla başlanabilir. Yargıcın suça ilişkin kuvvetli belirtiler bulunduğuna ve denetlemenin zorunlu olduğuna karar vermesi gerekir. Acil hallerde savcının da doğrudan iletişimin denetlenmesine karar vermesi mümkündür.[85]

---

[81] İnterpol, a.g.e., s. 227.
[82] Sözüer, a.g.e., s.101.
[83] Şen, Türk Hukukunda Telefonların Gizlice Dinlenmesi Sebebiyle Gündeme Gelen Hukuka Aykırılık Sorunu ve Kişi Haklarına Keyfi Müdahaleler, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999.s. 50
[84] Nuhoğlu, a.g.e., s. 10., Sözüer, a.g.e., s.99.
[85] Özek, Çetin, Organize Suç, Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul, 1998. s. 195-297.

İletişimin denetlenmesi süresi 15 günü aşamaz. Eğer savcılık gerekli görürse her defasında aynı süreyle sınırlı olmak koşuluyla hâkimden uzatma kararı isteyebilir.[86]

8 Ağustos 1992 tarihinde yapılan yasa değişikliği ile organize suçlar bakımından bazı kolaylıklar sağlanmıştır. Buna göre organize suç örgütleri tarafından suçun işlendiğine dair kuvvetli belirtiler olmasa dahi denetleme yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca denetlemeye karar verilebilmesi için "kuvvetli belirti" yerine "yeterli belirti" aranmakta ve denetlemenin zorunluluğunun gerekmediği belirtilmiştir. Ancak bu halde hemen yargıca haber vermek ve yargıcın onayını almak durumundadır. İletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgiler başka davalarda delil olarak kullanılamaz.[87]

İtalya'da önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi de düzenlenmiştir. İçişleri bakanı, emniyet müdürleri, carabini komutanları, maliye ve polisler, yer bakımından yetkili savcıdan telefon dinleme talebinde bulunabilirler. Bu denetleme işlenmiş bir suçun aydınlatılması amacıyla değil, önleme amaçlı olarak uygulanır. Bu tedbirin uygulanması için yukarıda belirtilen yoğunlukta bir şüphenin varlığı aranmamaktadır. Bu tedbir, devlete karşı suçlar, adam öldürme, yağma, organize suçlar, adam kaldırma suçları bakımından uygulanabilir. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen kayıtlar ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamaz.[88]

C. ABD'DE İLETİŞİMİN DİNLENMESİ

Amerikan hukukunda telefon dinlenmesini düzenleyen yasal düzenleme 1968 yılında "Omnibus Crime Control and Sate Streets Act" ismiyle çıkarılmıştır. Bu kanunla telefon dinlenme konusu ayrıntılı ve açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu kanunda telefon dinleme tedbirine başvurulacak suçlar katalog halinde belirtilmiştir. Bu suç katalogunda 100'den fazla suç sayılmıştır. Bunlardan bazıları uyuşturucu

[86] Sözüer, a.g.e., s.107,
[87] Özek, a.g.e. s. 290.
[88] Sözüer, a.g.e., s.108.

madde suçları, örgütlü suçlar, ekonomik suçlar, atom tesislerinin korunmasının ihlal eden suçlar, cinsel suçlardır.[89]

Telefon dinleme tedbirine başvurmak için somut vakalara dayanan bir şüphe bulunması ve başka tedbirlerle delil etme imkânının olmaması gerekir.[90]

Kanuna göre dinleme kararı hâkim tarafından verilmektedir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcılık makamı da dinleme kararı verebilmektedir. Bu kanun uyarınca ABD Başkanının da dinleme emri verme yetkisi bulunmaktadır.

Amerikan gizli dinleme kanuna göre eğer dinleme mahkeme kararı olmadan, mahkeme kararı olmasına karşın tedbir kararda yazıldığı şekliyle uygulanmamışsa, veyahut hukuka uygun yapılan dinleme sonunda dinleme kayıtları mühürlenmemişse veya mühürleme işlemi geciktirilmişse elde edilen bilgiler mahkemede hiçbir şekilde delil olarak kullanılamayacağı gibi başka bir maksatla da kullanılamaz.

Dinleme kararı 30 gün süreyle uygulanır. Her yıl sonunda hâkimler o yıl içinde vermiş oldukları dinleme kararlarını "Administrative Office of the US.Courts" adlı komisyona bildirmekle yükümlüdür.[91]

D. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi yalnız insan haklarının korunmasını sağlayan bir belge değil, aynı zamanda çağdaş demokrasiyi somutlaştıran bir belgedir. AİHS, temel hak ve hürriyetleri güvence altına almıştır. Ancak sözleşmenin asıl önemi, ortak güvence sistemine dayanan uluslararası yargısal bir denetim mekanizması kurmasından ve bireye sağlanan güvenceyi bir yaptırıma bağlamasından ileri gelmektedir. Böylece Sözleşme insan haklarının korunmasının ulusal düzeyden

[89] Sözüer, a.g.e., s.98.
[90] Şen, Türk Hukukunda Telefonların Gizlice Dinlenmesi .., s. 58., Gökçen, a.g.e., s.191.
[91] Sözüer, a.g.e., s.98.

uluslararası düzeye geçmesini sağlamış ve bireyi, özgürlüklerinin korunması açısından uluslararası hak sahibi yapmıştır.[92]

AİHS'de yer alan hak ve özgürlüklerin korunmasını temin için üç organ oluşturulmuştur. Bunlar, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Bakanlar Komitesidir.

Sözleşmenin en önemli denetim organlarından olan AİHM, AİHS'nin maddelerindeki kavramları, kazuistik 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 kazandırmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iletişimin denetlenmesi ile oluşan hak ihlallerini sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen özel hayatin gizliliği ve haberleşme hürriyetinin korunması kapsamında değerlendirmiştir.[93]

AİHS' nin 8. maddesine göre;

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

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde, kişilerin özel hayatı, aile hayatı, konut dokunulmazlığı ve haberleşme özgürlüğü güvence altına alınmıştır.

Sözleşmenin 8. maddesinin birinci fıkrasında, korunan ve güvence altına alınan hak ve özgürlükler sayılmış, ikinci fıkrasında ise korunan bu hak ve özgürlüklerin sınırsız olmadığı ve bu hakların hangi amaçla ve ne ölçüde sınırlandırılacağı belirtilmiştir. Anılan haklara keyfi olarak getirilecek kısıtlamaları engellemek için sınırlamalar aynı maddenin 2. fıkrasında belirtilen hallerle sınırlı tutmuş ve kısıtlama getirmeye sadece kamu organlarının yetkili olduğu belirtilmiştir.

---

[92] Şanlı, Cemal, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması, Türkiye Gönüllü Teşşeküller Vakfı 7. İstişare Toplantısı, Demokratik Hukuk Devletinde Temel Hak ve Hürriyetler, 8-9 Kasım 1997,İstanbul, Cemal reşit Rey Konser Salonu, İlim Yayma Cemiyeti, s.83.

[93] 6 Eylül 1978 tarihli Klass ve diğerleri v. Almanya kararı, 2 Ağustos 1984 tarihli Malone v. Birleşik Krallık kararı, ve 24 Nisan 1990 tarihli Kruslin v. Fransa ile Huvig v. Fransa kararları, Corpus, a.g.e.

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 özgürlüklerinin korunması için gerekli olan ölçüde ve kanunla öngörülmüş olmak şartıyla söz konusu olabilir."

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de 8. madde ile güvence altına alınmış olan hakların ihlali konusunda bir başvurunun önüne gelmesi durumunda, öncelikle somut olayın, 8. madde ile ilgisi olup olmadığını, ilgisi var ise bu haklara müdahale edilip edilmediğini, eğer müdahale edilmişse, sözleşmenin 8. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan "meşru müdahale" hallerinden olup olmadığını inceleyerek hüküm kurmaktadır.[94]

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine baktığımızda, sözleşmede "kanun" teriminin yerine "hukuk" teriminin kullanıldığı görülmektedir. Bunun sebebi sözleşmeye taraf olan devletlerin sadece yazılı hukuk sistemini benimseyen devletler olmayıp aynı zamanda İngiltere gibi Common Law olarak bilinen örf ve adet hukukunu benimseyen devletlerin de taraf olmasıdır. Örf ve adet hukukunu benimseyen bir ülkede, sözleşme ile tanınan hak ve özgürlüklere bir sınırlama getirilecek olursa, mahkeme artık "kanunla düzenleme" şartını aramayacaktır. Ancak keyfiliğe yer vermemek açısından, getirilen sınırlamanın o ülkenin hukukuna uygun olup olmadığına bakacaktır. Yazılı hukuku benimseyen ülkelerde ve özellikle Türkiye'de sözleşmede öngörülen "hukuk" teriminin, kanun olarak anlaşılması gerekmektedir.[95] Yani iç hukukta bu haklara ve getirilen sınırlamalara ilişkin yasal bir düzenlemenin bulunması gerekmektedir. Bu sınırlamaların kaynağı olan hukuk kurallarının ulaşılabilir ve anlaşılabilir olması ve ayrıca öngörülebilir olması gerekir. Yani vatandaşlar, olaya uygulanacak norm hakkında kolayca bilgi sahibi olmalı, kolayca anlayabilmeli ve norm da yeterli açıklıkta ve kesinlikte olmalıdır.

Mahkemenin telefon dinlemeyle ilgili davalarda 8. maddeye ilişkin inceleme yaparken dayandığı ikinci kriter ise "demokratik bir toplumda duyulan zorunluluk" dur. Sözleşmenin 8/2 maddesinde hak ve özgürlüklerin kamu güvenliği, kamu

---

[94] Yıldız, Mustafa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, İstanbul 1998,s.l78 vd.; Batum, Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkisi, İstanbul 1993, s.257.

[95] Şen, Türk Hukukunda Telefonların Gizlice Dinlenmesi…, s.67.

düzeni, genel ahlak, genel sağlık, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, milli güvenliğin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesine yönelik amaçlar için sınırlandırılabileceği belirtilmiş ve bu sınırlandırmaların ise ancak toplumsal bir zorunluluk olması halinde devletler tarafından yapılabileceği öngörülmüştür. Mahkeme tarafından demokratik bir toplumda duyulan zorunluluk kriterine uyulup uyulmadığı denetlenirken, o devletlerin iç hukuk düzeni, toplumsal değerleri ve yaşam tarzları gözden geçirilecektir.

AİHM, telefon dinleme ile ilgili verdiği kararlarda[96] şu hususlara vurgu yapmıştır. "Haberleşmenin gizliliği, korunan bir temel özgürlüktür. Ancak demokratik bir toplumun da kendisini korunması doğal bir kuraldır. Devletler, güvenlik, kamu düzeni ve suçların önlenmesi nedenleriyle bazı önlemler alabilir. Terör ve suçluluk tehditlerine karşılık demokratik devletlerin başka bir savunma aleti olmaması halinde telefon haberleşmelerine kamu otoritelerinin müdahalesi kabul edilebilir. Gizli dinlemeye başvurabilmek için mutlaka yasal bir düzenleme olmalıdır. İktidarın telefon haberleşmelerine denetleme uygulamasının sınırları ve koşulları arasında hukukun üstünlüğü ilkesinin ihlal edilmemesi, bireylerin hangi durumlarda ve koşullarda hangi davranışlarının sonucunda kamu gücünün gizli dinleme ve izlemeye yetkili olacağını bilmelerini olanaklı kılacak bir belirleme yasada yer almalıdır. Ayrıca bireylerin de bu düzenlemeye ulaşabilme olanakları bulunmalıdır. Çıkarılacak yasa ile getirilecek gizli dinleme, izleme ve görüşmelerin kayıtlarına ilişkin düzenlemenin de demokratik bir toplumda kabul edilebilir ölçütlük ve nitelikte olması gerekir. Bir başka ifade ile demokratik toplum düzeninin korunması için devletin sahip olduğu önlem alma yetkisinin demokratik düzenin kurum ve kurallarını yok edici yada tehdit edici keyfi bir iktidar niteliği kazanmasını önlemek üzere yasal bir düzenleme gereksinmesi zorunludur. Son olarak tarafsız ve bağımsız bir organın varlığı ile yapılan gizli dinlemeleri ve elde edilen bilgilerin kullanışının objektif bir biçimde denetlenmesidir."

[96] 6 Eylül 1978 tarihli Klass ve diğerleri v. Almanya kararı, 2 Ağustos 1984 tarihli Malone v. Birleşik Krallık kararı, ve 24 Nisan 1990 tarihli Kruslin v. Fransa ile Huvig v. Fransa kararları, 25.03.98 tarihli Kopp v. İsviçre kararları, 17.07.2003 tarihli Craxi 2v. İtalya kararı, 06.12.2005 tarihli Ağaoğlu v. Türkiye kararı, Corpus, a.g.e.

AİHM, iletişimin denetlenmesine ilişkin olarak verdiği kararlarla bu konuda nasıl bir düzenlemenin yapılması gerektiği konusunda devletlere yol göstermiştir. Bu bakımdan devletler özel hayatın ve haberleşme hürriyetinin gizliliğine saygı gösterilmesini sağlamak için iç hukukunda gerekli yasal düzenlemeleri yapmalı ve denetimi gerçekleştirmelidirler. Böylece iletişimin denetlenmesinin kötüye kullanmalara karşı etkili ve uygun koruma sağlanmış olacaktır.

AİHM' sinin kararlarını incelediğimizde, mahkemenin gizli telefon dinlemeyi reddetmediğini görmekteyiz. Mahkeme her kararında, telefon dinlemenin özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğüne müdahale teşkil ettiğini tespit etmekle birlikte, kanunla öngörülme şartıyla ve demokratik toplumlarda ulusal güvenlik, kamu düzeni ve suçların önlenmesi nedeniyle bazı önlemler alınabileceği ve haberleşmeye müdahale edileceği ve bu durumun da sözleşmenin 8. maddesine aykırılık teşkil etmeyeceğini belirtmiştir.

Şimdi telefon dinleme konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarını inceleyeceğiz.

E. DİNLEME KONUSUNDA AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

1. Klass ve Federal Almanya Davası

Başvurucular, 1968 tarihli Mektup, Posta ve Telekomünikasyon Gizliliğinin Sınırlanması Hakkındaki Yasanın (G 10) 1. maddesinin birinci fıkrası ile belirli makamlara, mektup ve postaları açma ve inceleme, telgraf ve mesajları okuma ve telefon konuşmalarını dinleme ve kaydetme yetkisi vererek, sözleşmenin 8. maddesiyle güvence altına alınan özel hayat hakkının ve haberleşme özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.[97]

Telefon dinlemelerin özel hayat ve haberleşme hürriyeti kapsamında olduğunu ilk defa bu davada belirten AİHM, iletişimin denetlenmesi tedbirine hangi hallerde başvurulabileceğine ilişkin ilkeleri de ilk olarak Klass davasında saptamıştır.

[97] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 06.09.1978 tarih ve 82/7 nolu Klass v.Federal Almanya kararı, Corpus, a.g.e.

Mahkeme öncelikle kanunla düzenleme yani yasallık ilkesinin gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemiş ve bu koşulun davada gerçekleştiğini tespit etmiştir. İkinci olarak bu haklara kanunla getirilmiş olan sınırlamanın ikinci fıkraya göre demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerden sayılıp sayılmayacağını incelemiş ve şu kararı vermiştir;

"Her halde gizli telefon dinlemeleri demokratik bir toplumda özel yaşamın ihlalidir. Ancak yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla ve ulusal güvenlik için gizli dinlemeler kabul edilebilir. Demokratik toplumun savunulması kişinin özel yaşamıyla çelişmez. Bu açıdan Alman yasal düzenlemesi sözleşmenin temel felsefesine uygundur. Yasal düzenleme olması koşuluyla; günümüzde casusluk ve terörizm tarafından tehdit edilen demokratik toplumlar, bu tehditleri etkili biçimde bertaraf etmek için toprakları üzerindeki yasa dışı unsurları takip etmek hakkına sahiptirler. Kabul edilmelidir ki olağandışı bir durum halinde demokratik bir toplumda ulusal güvenlik ve kamu düzenini kollamak ve suçları önlemek amacıyla telefonlar dinlenebilir. Şu kadar ki, bu yasa dışı saldırılar gerçek olmalıdır. Demokrasiyi korumak amacı altında onu yıkmaya yarayacak hukuk dışı uygulamaların kabul edilemeyeceği de vurgulanmalıdır, kötüye kullanıma olanak verilmemelidir.[98]

Böylece Mahkeme, Klass davasıyla, ulusal güvenlik ve kamu düzenini korumak ve suçları önlemek amacıyla telefonların dinlenebileceğini, bu durumun demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerden sayıldığını belirterek, G 10 adı ile anılan kanunun AİHS'nin 8. maddesinde belirtilen özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğüne aykırı olmadığını belirtmiştir.

2. Malone - İngiltere Davası

Malone[99] davasında, davacı, sürekli polis tarafından izlendiğini, telefonlarının dinlendiğini ve mektuplarının açıldığını, uygulamanın İçişleri Bakanlığının emri ile olsa bile bunu onaylamasının mümkün olmadığını ve bu durumun AİHS'nin 8.

[98] Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Rehberi, 1999, İstanbul Barosu Yayını, s.163-169.

[99] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 02.08.1984 tarih ve 82/7 nolu Malone v.United Kingdom kararı, Corpus, a.g.e.

maddesine aykırılık teşkil ettiğini belirterek başvuruda bulunmuş, Komisyon yargılama sonucunda davacıyı haklı bulmuş ve olay mahkemeye intikal etmiştir.[100]

Mahkeme özel durumların mevcut olması halinde, polisin dinleme yapabileceğini, ancak bir yasal düzenleme ile kamu gücünün, kişilerin özel hayatlarına ne şekilde, nasıl ve ne zaman müdahale edilebileceğinin açık bir biçimde belirlenmiş olması gerekeceğine karar vermiştir.

Mahkeme İngiltere'deki dinleme yetkisinin, açık ve belirgin olmadığını, kimlerin, ne koşullarda ve ne kadar süreyle dinleneceği konusunda yetersiz olduğunu, "kanunla (hukuk) öngörülme" şartının gerçekleşmediğini belirterek, uygulamanın AİHS'nin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme bu kararında, kuralların açık ve belirli olmasının bir zorunluluk olduğunu ve bu şartın kişilere keyfi uygulamalara karşı asgari bir hukuki güvencesi sağlayacağını belirtmiştir. Mahkeme ayrıca aynı kararda, telefon konuşma kayıtlarının denetimi ile ilgili olarak kamu otoritelerinin takdir yetkisini kullanmasında esas ve usulleri belirleyen bir hukuk kuralının bulunmaması halinde yapılan idari müdahalelerin de AlHS'nin 8/2 maddesini ihlal edeceğine karar vermiştir.[101]

3. Kruslin - Huving - Fransa Davası

Mahkeme, Fransa aleyhine ayrı ayrı açılan Huving ve Kruslin davalarını birlikte ele almış ve her iki olayda da Fransa'yı, sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle mahkum etmiştir.[102]

Mahkeme bu kararında, telefon görüşmesinin kamu makamları tarafından dinlenmesinin haberleşme ve özel hayata saygı hakkına bir müdahale oluşturduğuna değindikten sonra gizli telefon dinlemelerinin demokratik toplumlarda kabul edilebilir olması ve meşru sayılması için, olması gereken ölçütleri ayrıntılı bir biçimde sıralamıştır. AİHM, telefon dinleme konusunda mahkeme içtihatları ile konulacak kuralların yeterli olmayacağını, mutlak olarak açık bir yasal düzenleme yapılması gerektiğini söylemiştir. Mahkeme, Fransız yasal düzenlemesinin açık ve

---

[100] Çoşkun, a.g.e, s.66
[101] Şen, Türk Hukukunda Telefonların Gizlice Dinlenmesi, s.66.
[102] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 24.04.1990 tarihli Kruslin - Huving - Fransa davası kararı, Corpus, a.g.e.

belirgin olmadığını ve istismara açık olduğunu belirtmiştir. Kanunda hangi suçlar için yargısal dinleme yoluna başvurulacağı, kimlerin dinleme kapsamına alınacağı, ne kadar süreyle dinleme yapılacağı, bant çözümlerinin nasıl yazılı hale getirileceği gibi hususların bulunması gerektiği belirtilerek Fransız yasal düzenlemesinin bu unsurları içermediğinden Fransa'nın sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.[103]

4. Ludi - İsviçre davası

Davaya konu olayda[104] başvurucu hakkında, uyuşturucu kaçakçılığı suçundan adli makamlarca soruşturma açılmış ve telefonlarının dinlenmesine karar verilmiştir. Yargılama sonunda başvuru sahibi Ludi mahkum olmuştur. Mahkumiyet hükmü de soruşturma sırasında telefon dinleme suretiyle elde edilen bantlara dayandırılmıştır. Davacı Ludi de bu uygulamanın AİHS ile güvence altına alınmış olan haberleşme özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği haklarına saldırı teşkil ettiği gerekçesiyle İsviçre Hükümetine karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde dava açmıştır.

Mahkeme kararında, telefon dinlemenin 8. madde kapsamına giren özel hayat ve haberleşmeye saygı haklarına müdahale teşkil ettiğini tespit etmekle birlikte, İsviçre'de telefon dinleme konusunda yasal bir düzenlemenin mevcut olduğunu ve telefon dinlemenin bu yasal düzenleme sınırları içinde kalarak ve mahkeme kararıyla yapıldığını tespit etmiştir. Olayda uyuşturucu kaçakçılığı ile uğraşan ve kamu düzenini yakından ilgilendiren suçun ortaya çıkartılması için mahkemenin verdiği karar doğrultusunda, başvurucu şahsın telefonlarının dinlenmesi suretiyle yapılan işlemin ve elde edilen delillerin AİHS'ine ve hukuka uygun olduğunu söyleyerek bu tedbirin uygulanmasının haberleşme özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği ve korunması haklarını ihlal etmediğine karar vermiştir.[105]

5. Ağaoğlu –Türkiye davası

Başvuru sahibi Mehmet Şirin Ağaoğlu uyuşturucu kaçakçılığı suçundan Devlet Güvenlik Mahkemesinde açılan davada başka bir zanlının verdiği ifadeler ve polisin

---

[103] Çoşkun, a.g.e, s.66.
[104] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 15.06.1992 tarihli ve 11/12 sayılı Ludi - İsviçre davası kararı, Corpus, a.g.e.
[105] Çoşkun, a.g.e, s.66.

yapmış olduğu telefon dinleme kayıtlarının çözümlemelerine dayanılarak mahkûm edilmiştir. Başvuru sahibi temyiz başvurusundan da bir sonuç alamayınca, Devlet Güvenlik Mahkemesinin yargılanmasının, adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ve herhangi bir yasal dayanağı bulunmadan telefonlarının dinlenmesinin özel hayatına yapılmış bir haksız bir müdahale olduğu iddialarıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuştur.

Başvuru üzerine AİHM'in telefon dinleme konusunda verdiği kararda, "Davaya esas teşkil eden olayların cereyan ettiği dönemde Türkiye'de telefon dinlemeyi düzenleyen hiçbir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Dinleme kararı hâkim tarafından CMUK'un postada elkoymaya ilişkin hükmünün kıyasen uygulanmasına dayanılarak verilmiştir. Dava konusu müdahale, Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasındaki yasayla öngörülmüş olma doğrultusunda yorumlanamaz. Dolayısıyla bu noktada, 8. maddenin ihlali söz konusudur." demiştir.[106]

AİHM telefon dinlemeyle ilgili olarak Türkiye aleyhine karar verdiği Ağaoğlu davasında haberleşmenin denetlenmesi için dinlemenin kanun ile açıkça ön görülmesi gerektiğini, ancak dinleme konusunun Türk Hukukunda kanunen düzenlenmediğini, CMUK'un 91. maddesindeki postada elkoyma hükümlerine dayanarak dinleme kararı verilemeyeceğini belirterek sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

6. Craxi (No:2) V. İtalya Davası

"Temiz Eller Operasyonu"(mani pulite) olarak adlandırılan soruşturma sonucu başvuru sahibi, İtalyan vatandaşı Bay Benedetto Craxi hakkında özellikle rüşvet ve sözleşme hürriyetine müdahale suçları işlediği iddiasıyla dava açılmıştır. Başvuru sahibi davalara katılmayıp yurt dışına kaçtığı için başvuru sahibinin yakalanmasının sağlanabilmesi ve bazı iftira davaları için telefon dinlenmesine izin vermiştir.

Savcı, sanığın İtalya'ya gelebilecek durumda olduğunu, hakkında takibat yürüten hâkim ve savcılar ile belli politikacılara iftira atabilmek amacıyla bilgiler topladığını bu kişilere karşı çok ciddi bir basın kampanyası başlatmaya uğraştığını

[106] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Dördüncü Dairesinin 06.12.2005 tarih ve 27310/95 sayılı Ağaoğlu v Türkiye kararı, Corpus, a.g.e.

kanıtlamak amacıyla telefon görüşme çözümlerinin delil olarak mahkemeye sunmuş ve mahkeme önünde okumuştur.

Dinlenen telefon görüşmelerinin metinleri basına yansımış, özel hayata ilişkin konuşmalar gazetelerde günlerce yayımlamıştır. Vatandaş Craxi İtalya'da yapılan yargılama sonunda suçlu bulunarak mahkûm olmuştur.

Başvuru sahibi, dinlenen telefon konuşmalarının kamuya yayılmasından ve içeriklerinin basında yer almasından şikâyetçi olmuştur. Özellikle de davayla bağlantılı olmayan pek çok konuşmanın, kamuoyu önünde okunmadan önce, bunların içeriğinden hâkimlerin ve savunmanın haberdar edilmesi ve dava ile ilgisiz olan kayıtların ayıklanabilmesi için gizli bir oturum yapılması gerektiğini savunmuştur. Davanın (Temiz Eller kampanyasının) politik bir amaçla yapıldığını, basının yeterince ilgisini çekebilmek için gizlilik kurallarının bilerek ihlal edildiğini öne sürerek, basındaki bilginin kaynağının sadece halka açık yapılan duruşma olmadığını, büyük ihtimalle savcılık kaleminde, kaydedilmiş olan dokümanların doğrudan basına sızdırıldığını belirterek başvuruda bulunmuştur.

AİHM, müdahalenin Sözleşmeye aykırı olup olmadığını, telefon konuşmalarının basın tarafından yayınlanmasında devletin kusurlu bulunup bulunmadığını ayrı ayrı incelemiştir.

Mahkeme, öncelikle telefon konuşmalarının, Sözleşmenin 8. maddesi içeriğindeki 'özel hayat' ve 'haberleşme' kavramlarından olduğunu belirtmiştir. AİHM, devletin muhafazasındaki davayla ilgisi olmayan özel hayata ilişkin telefon konuşmalarının basında yayımlanmasında devleti kusurlu bulmuş ve müdahalenin Sözleşmenin 8. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir.

Kararda, "Mahkemeler bir kişinin suçlu ya da masum olup olmadığının tespit edildiği yerler olsa da bu, cezai yargılamalara ilişkin tartışmaların basında yapılamayacağı anlamına gelmemelidir. Yayınlama ve yorum faaliyetleri, yargılamanın halka açık olması yönündeki Sözleşmenin 6. maddesi ile de tamamen uyum içindedir. Sadece medyanın değil halkın da bu tür bilgileri öğrenme hakkı vardır. Özellikle bu davadaki gibi bir politikacı, eski başbakan söz konusu olduğunda, bu kural daha geniş uygulanır. Zira bu kişiler kamu ve basının yakın

ilgisine bilerek ve isteyerek kişisel hayat alanlarını açmışlardır. Ancak kamuya mal olmuş şahsiyetler de diğer vatandaşların yararlandığı korumalardan aynen yararlanırlar. Ayrıca bu konuda yayın yapan gazetelerin hiçbiri kamu makamlarının kontrolü altında değildir. Olayda basında yer almış konuşmalardan bazıları ciddi anlamda, özel nitelikli ve özel hayata ilişkindir. Yayınlanan görüşmelerin büyük bir kısmı, Mahkemedeki duruşmada okunanların dışındaki kayıtlardır. Bu nedenle basının bilgi kaynağının savcılık kaleminde kayıtlı olan tutanaklar olduğu anlaşılmaktadır. Metinlerin basına yayılmasında savcının doğrudan bir fiilinin olmadığı, durumun ya savcılıkta görevli memurların bir yanlış tutumu ya da taraflar ya da sanık avukatlarının ifşası sonucu oluştuğu kanısına varılmıştır. Bununla birlikte, Sözleşmenin 8. maddesinin ana gayesi, kamu makamlarının kişisel özgürlük alanına müdahalesini önlemek ise de, devlet sadece müdahale etmekten kaçınarak yerine getirdiği bir negatif yükümle bu maddenin amacına uygun hareket etmiş sayılmaz. Madde devlet organlarına özel hayata saygının korunması adına pozitif yükümlülükler de getirir. Mahkeme, bu bağlamda etkin korumaya uygun önlemlerin alınması gerektiğini düşünmektedir. Dahası böyle bir müdahale ortaya çıktığında devletin görevi, bu müdahalenin nedenini etkin bir şekilde araştırıp, durumu düzeltebilmek için mümkün olan her türlü tedbiri almaktır. Somut olayda, Mahkeme, özel hayata giren konuların Sözleşmenin 8. maddesini ihlal edecek şekilde kamuya açıldığını belirlemiştir. Bunun yanında, özel hayatın gizliliği kapsamındaki konuşma çözümlemelerinin devletin kaydı altına girdikten sonra muhafazasında, devlet yeterli güvenliği sağlayamamıştır. Yine, metinlerin basına nasıl sızdığı konusunda etkin bir soruşturma yapılmadığı, kusur ya da kabahati bulunan görevliler hakkında hiçbir yaptırım uygulanmadığı tespit edilmiştir. Tüm bunlara dayanarak, İtalyan makamlarının özel hayata ilişkin bilgilerin basına sızması konusunda üzerlerine düşen alternatif yükümlülüklere uymadıkları belirlenmiştir. Sorumlu devlet, başvuru sahibinin özel hayatına ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkını kullanmasına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemiştir."[107] demiştir.

AİHM bu kararında, kişisel özgürlerin ihlal edilmemesi konusunda kamu makamlarının sadece müdahale etmemek gibi negatif yükümlülüklerinin

[107] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 1.Dairesinin 17 Temmuz 2003 ve 25337/94 sayılı Craxi (No:2) v.İtalya davası, Corpus, a.g.e.

bulunmadığını, kişilerin özel hayatın gizliliğine gelecek saldırıların önlenmesi konusunda da devletlerin pozitif yükümlülüklerinin olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, devletin, savcılık tarafından yerine getirilen dinleme ile saklanan telefon kayıtlarının basına sızdırılmaması konusunda gerekli tedbirleri almadığını, kayıtları basına veren sorumluların tespit edilmesi için etkin bir soruşturma yapmadığını ve sorumluları cezalandırmadığı için kusurlu olduğunu söyleyerek Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal ettiğine karar vermiştir.

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKA AYKIRI DELİLLER VE CEZA MUHAKEMESİNDEKİ DEĞERİ

I. HUKUKA AYKIRI DELİLLER

A. GENEL OLARAK

Ceza Muhakemesi Hukuku; hukuka aykırı işlenen fiilin suç teşkil edip etmediği, suç teşkil ediyorsa kimin tarafından işlendiği, delillerin toplanması, suç sayılan filer karşısında ceza ve emniyet tedbirlerinin somut olayda hangi usullere göre ve kimler tarafından uygulanacağını gösterir.[108]

Ceza muhakemesinde maddi gerçek araştırılırken ispat vasıtaları denen araçlardan yararlanılır. Geçmişte yaşanmış bir olayın parçalarını günümüze taşıyan ve bu olayın nasıl gerçekleşmiş olduğunu gösteren bu vasıtalara da delil denmektedir.[109] Bir başka deyişle ceza muhakemesinde, hâkimi, gerçeğe götüren uyuşmazlık konusu olayı temsil eden, akla, maddi gerçeğe ve hukuka uygun her türlü ispat vasıtasına delil denmektedir.[110]

Delillerin kaynaklarının, elde edilme usul ve esaslarının kanunla gösterilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.[111] Türk Ceza Muhakemesi Hukuku'nda böyle bir zorunluluk yoktur.

Türk Ceza Muhakemesi hukukunda amaç maddi gerçeğin araştırıp ortaya çıkarılması olduğundan maddi gerçeğe ulaşmayı sağlayan her şey delil olabilir.[112] Bu

---

[108] Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet, Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s:43.

[109] Koca, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:l, Sayı:l, Seçkin Yayınevi, Aralık 2006, s. 207.

[110] Çoşkun, a.g.e., s. 252.

[111] Hafızoğulları, Zeki, Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi, Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı, Yıl: 2, Sayı: 10, Ankara, Temmuz-Ağustos 1996, s. 638-643,

nedenle Türk Ceza Muhakemesi Hukuku, yargı makamının delilleri takdir yetkisi konusunda "vicdani delil sistemi"ni ve dolayısıyla "serbest delil sistemi"ni kabul etmiştir.[113]

Delil serbestliği ilkesinin geçerli olduğu sistemde hâkim delilleri serbestçe takdir eder ve oluşacak vicdani kanaatine göre karar verir.[114]

Ceza Muhakemesi Kanunun 217. maddesinde;

"(1) Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir.

(2) Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir." hükmüne yer verilmiştir.

Hâkimin delilleri takdir ederken serbest olması ve oluşacak vicdani kanaatine göre karar vermesi, vicdani delil sisteminin keyfilik olduğu anlamına gelmez. Yargıtay da kararlarında delillerin değerlendirilmesinin hâkimin takdirine bırakılmış olmasının hâkimin keyfince hareket edeceği anlamına gelmediğini belirtmiştir.[115]

Vicdani delil sisteminde her şey delil olabilir ve yargı makamı da bu delilleri serbestçe değerlendirmek suretiyle bir sonuca ulaşır. Yargı makamı delilleri değerlendirirken serbesttir, yani kanuni ispat kuralları ile bağlı değildir, fakat bu konudaki yetkisi bazı hallerde kanun koyucu tarafından sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırmalardan birisi de, hukuka aykırı delillerdir. Bir delil eğer hukuka aykırı ise, o delil yargı makamı tarafından vicdani kanaatin oluşmasında kullanılamayacaktır.[116]

Günümüzde sanıkların adil yargılanma hakkına sahip oldukları kabul edilmektedir. Bu hakkın tanımı ise, bir ceza tahkikatında sanığa yeterli savunma imkânının tanınması ve hukuka aykırı sayılabilecek yollara başvurulmaması olarak

---

[112] Öztürk, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, AÜSBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 14, Ankara,1995, s.6; Öztürk, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s.103

[113] Ünver, Yener, Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl l, Sayı 2, Aralık 2006, s. 197.

[114] Çoşkun, a.g.e., s. 136.

[115] Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 25.04.1970 tarih ve E.1970-2688, K.1970-1307 sayılı kararı. Corpus, a.g.e.

[116] Ünver, "Ceza Yargılaması Hukukunda îspata İlişkin Bir Yargıtay İBK.'nın İncelenmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LV, Sayı: 1-2, İstanbul, 1996, s. 195-200.

yapılmaktadır. Sanığın 'dürüst yargılanma hakkı' artık bir insan hakkı olarak kabul edilmekte ve hukuk normlarında yerini almaktadır.[117]

Sanığın, adil yargılanma hakkının en önemli anayasal güvencelerini, 1982 Anayasasının 2. maddesinde yer alan 'hukuk devleti' ilkesi ile 36. maddesinde yer alan 'hak arama hürriyeti' oluşturmaktadır.

1982 Anayasanın 2. maddesinde, "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti" olduğu bildirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında hukuk devleti ilkesini, insan haklarına saygılı, bu hakları koruyan, adil bir hukuk düzeni kuran, bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına uyan, tüm işlem ve eylemlerini yargı denetimine açık bırakan devlet olarak tanımlamıştır.[118]

Hukuk devleti ilkesini kabul ettiğimizde, o devletin ülkesinde hukukun üstünlüğü hüküm sürecek ve delillerin toplanmasında da bu üstünlük çerçevesinde davranılacaktır.

Hukuk devleti ilkesinin gereği, devlet organlarının faaliyet gösterirken insan haklarına saygılı olmaları ve en önemlisi hukuk kurallarına sözde değil, işlem ve eylemleri sırasında gerçekten bağlı kalmaları ile sağlanabilir. Bu nedenle, cezalandırabilme yetkisine sahip olan devlet, yargı organı aracılığıyla yargılama yapıp adaleti gerçekleştirmeye çalışırken hukuk kurallarına bağlı kalmak zorundadır. Sırf sanığın suçlu bulunabilmesini sağlamak için, ceza tahkikatındaki bir hukuka aykırılığı gözardı etmek, kamu yararını korumak ve adalete ulaşmak değil, aksine 'hukuk devleti' ilkesini çiğnemek ve herkesin yararına konulmuş olan hukuk kuralları yürürlükte iken, bu kuralların ihlaline izin vermek anlamına gelir.[119]

---

[117] Demirbaş, Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir, 1996, s. 66-68.

[118] Anayasa Mahkemesi'nin 25.05.1976 tarih ve E.1976-1, K. 1976-28 sayılı kararı (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi S:14, s.189)

[119] Kaymaz, Seydi, Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997, s. 15 vd.

Maddi gerçeğin sınırsız surette araştırılması pek çok kişisel ve toplumsal değerleri tahrip edeceğinden artık günümüzde, maddi gerçeğin araştırılması ilkesi mutlak bir ilke olarak kabul edilmemektedir. Maddi gerçeğin araştırılmasına delil yasakları adı verilen bazı sınırlamalar getirilerek anılan kişisel ve toplumsal değerler korunmaya çalışılmaktadır.[120]

1982 Anayasanın 38. maddesine 2001 yılında 4709 sayılı kanunla eklenen 6. fıkrada 'Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği' açıkça belirtilmiştir.

Ceza Genel Kurulu bir kararında; " Kanunda, 'Mahkeme irat ve ikame edilen delilleri, duruşmadan ve tahkikattan edineceği kanaate göre takdir eder.' denilmekle, yargılama sürecinde sunulan ve toplanan kanıtlardan çıkarım yapılması yargıçların takdirine bırakılmıştır. Ancak hem 'delil serbestîsi' hem de 'delillerin yargıçların kanaatine göre takdir edilmesi' ilkelerinin belli sınırları bulunmaktadır. Bunlardan biri de, mahkemenin, ancak hukukun izin verdiği yöntemlerle elde edilen delilleri dikkate alabilecek olmasıdır. Başka bir deyişle, hukuk düzeninin yasakladığı yöntemlerle toplanan deliller mahkemece dikkate alınamazlar."[121] demiştir.

Yargıtay da kararlarında, Ceza Muhakemesi Hukuku'nda vicdani kanıt sistemi ile ifade edilmek istenenin, hem kanıt serbestliği hem de kanıtların değerlendirilmesi serbestliği olduğunu belirtmiştir.

Ceza Genel Kurulu, konuya ilişkin olarak verdiği bir kararda, "Ceza yargılamasında somut gerçek arandığından, yargıcı bu gerçeğe götürebilecek her şey kanıt olabilir. Ancak, hükme dayanak alınan kanıtların gerçekçi, akılcı, olayı temsil edici, kanıtlayıcı ve hukuka uygun bulunmaları ve mutlak surette her türlü kuşkuyu gidermeye yeter düzeyde olmaları gerekir. Bu belirlemeler ceza yargılamasında şekli duruma değil, somut gerçeğe itibar edileceğini ortaya koymaktadır. Aksinin kabulü hak ve adalet duygularını yaralayacaktır." demiştir.[122].

[120] Öztürk, Yeni Yargıtay Kararları, s.7.
[121] Ceza Genel Kurunun 29.11.005 tarih ve E.2005/7-144, K.2005-150 sayılı kararı, Parlar-Hatipoğlu, a.g.e., s. 1193-1205.
[122] Ceza Genel Kurunun 11.04.2006 tarih ve E.2005/5-176, K.2006-114 sayılı kararı, Corpus, a.g.e.

Askeri Yargıtay da içtihatlarında mahkemelerin delilleri serbestçe takdir hususundaki hak ve yetkilerinin hudutsuz olmadığını söylemiştir.[123]

Ceza Muhakemesi normlarının kabul etmediği delillerin ve yine bu normlara ters düşülerek elde edilen delillerin yargı makamı tarafından değerlendirmeye alınmaması gerekir. Çünkü bu deliller, 'hukuka aykırı deliller' olarak nitelendirilirler ve yargı makamının 'vicdani delil' sistemindeki hareket sahasının sınırını teşkil ederler.[124]

Hukuka aykırı delillerin işlevi konusunda Kıta Avrupa'sı hukuk sistemi ile Anglo-Amerikan hukuk sistemi farklılık göstermektedir. Bizim de dahil olduğumuz Kıta Avrupa'sı hukuk sistemine göre, delil yasaklarının görevi insan haklarıyla temel hak ve hürriyetlerini korumaktır. Anglo-Amerikan hukuk sisteminde ise delil yasaklarının görevi polisi (kolluğu) disiplin altına almaktır.[125]

Hukuka aykırılıklara prim tanımamak, sanığı korumak değil, aksine hukuk kurallarının uygulanmasını sağlayarak kamuyu korumak demektir. Hukuka aykırılığa tanınacak prim, bugün herhangi bir sanık için olabileceği gibi, yarın sanık sıfatını almamız halinde bizim veya toplumu oluşturan diğer bireylerden birisi için de söz konusu olabilir ve "hukuk devleti" ilkesine ters düşen sonuçlar ortaya çıkabilir. Hukuku uygulamak adına, hukuk kurallarını çiğnediği iddia edilen sanığı cezalandırmaya çalışırken, o sanığın yargılanmasında uyulması gereken hukuk kurallarını dikkate almamak doğru görülemez.[126]

B. HUKUKA AYKIRI DELİL KAVRAMI

Ceza muhakemesi hukuku, iddianın ispatı ile ilgili olarak delil elde etme ve elde edilen delillerin değerlendirilmesine yönelik birçok kural getirmiştir.

---

[123] Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun 27.04.1966 tarih ve E. 1966-902, K.1966-1254 sayılı kararı, Corpus, a.g.e.
[124] Ünver, Ceza Yargılaması Hukukunda İspata İlişkin..., s. 200.
[125] Öztürk, Yeni Yargıtay Kararları, s. 6.
[126] Şen, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Beta Yayını, İstanbul 1998, s. 7.

Hukuk devleti ilkesini benimseyen ülkelerin ceza muhakemelerinde delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi işlemlerine getirilen sınırlamalara delil yasakları denilmektedir.[127]

CMK'da öngörülen bu normlara aykırı olarak elde edilen delilleri, "hukuka aykırı deliller", delil elde etmeye ilişkin normlara bağlı kalınarak elde edilen delillere ise, "hukuka uygun deliller" adını verebiliriz.

Hukukun üstünlüğünün benimsendiği bir toplumda eğer delil hukuka uygun olarak elde edilmemişse, o delil hukuka aykırıdır ve ceza muhakemesinde hükme esas alınamaz.[128]

Hukuka aykırılık esas itibariyle insan haklarına aykırılık demek olduğundan, insan hak ve hürriyetlerini ihlal etmeyerek elde edilen hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesinde kullanılabileceği ifade edilmiştir.[129] Hukuka aykırılık kavramını, tüm hukuk düzenine ve hukuk kurallarına aykırılık olarak gören hukukçular bu düşünceye karşı çıkmışlardır.[130]

"Hukuka aykırılık" kavramının geniş yorumlanması gerektiği ileri sürülmüştür.[131] Sadece ceza kanunlarına ve ceza muhakemesi normlarına değil, tüm hukuk kurallarına, yani ceza hukukunun bütün kaynaklarına aykırı olarak elde edilen delillerin hukuka aykırı deliller olarak nitelendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu düşünceye göre bir delil ceza muhakemesi normları yanında, diğer hukuk kurallarına da ters düşmemek zorundadır. [132]

Hukuka uygun olan veya olmayan delil ayrımı konusunda farklı görüşler vardır.

Delillerle ilgili bir ceza muhakemesi normuna ve eğer bu şekilde özel bir norm yoksa ceza muhakemesi hukuku dışında kalan diğer bir norma ihlalin önem ve

---

[127] Öztürk, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 385.
[128] Koca, Mahmut, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IV, Sayı: 1-2, s. 105-146'dan, s.107;
[129] Öztürk, CMUK Reformu ve Uygulama, Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı, Yıl: 2, Sayı: 10, s.586-612, Temmuz-Ağustos 1996, Ankara, 1996, s.604.; Öztürk, Yeni Yargıtay Kararları, s. 37.
[130] Şen, Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, s. 20.
[131] Kaymaz, Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı..., s. 17.
[132] Şen, Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, s.18.

derecesi ne olursa olsun aykırı davranılmak ya da bu normların kapsam veya amaçlarının dışına çıkılmak suretiyle elde edilen deliller ile bu delillere dayanılarak elde edilen delillere "hukuka aykırı deliller" denileceği belirtmiştir.[133] Buna göre, bir fiil hukuk düzeninde yer alan bir normu ihlal etmiş ise, o fiil tüm hukuk düzeni için hukuka aykırı sayılmalıdır.

Bu düşünceye göre, delil toplama ile ilgili normlara aykırı davranılmak suretiyle elde edilen ve hiçbir şekilde yargılamada değerlendirilmeleri mümkün olmayan ve "yok" hükmünde sayılması gereken delillere "hukuka aykırı deliller" adı verilmektedir.[134]

Bu düşünceden farklı olarak, "Hukuk devleti esaslarına uygun bir ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi işlemlerine getirilen sınırlamalara delil yasakları denileceği savunulmuştur. Bu görüştekiler, "hukuka aykırı deliller" yerine "delil yasakları" kavramını kullanmışlar. Ayrıca delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi ile ilgili getirilen yasal sınırlamalara her aykırılığı delilin kullanılmasını engelleyecek derecede hukuka aykırılık olarak görmemişlerdir. Bu görüşe göre, sanık hak ve hürriyetlerini zedelemeyen hukuka aykırılıklar sonucu elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılması gerekir.[135]

Başka bir görüşe göre ise, hukuk haklar topluluğu olduğundan "hukuka aykırılık" hukuk kuralları ile düzenlenen haklara aykırılıktır. Bir hak ihlali yapıldığında hukuka aykırılık oluşmuş demektir. Artık hukuk kuralının ihlal edilip edilmediğine bakılmaması gerekir. Hak ihlali yoksa hukuka aykırılıktan da bahsedilemeyecektir.[136]

Yine başka bir düşünceye göre, kanun koyucu bazı olayların ispat edilmesini hiç kabul etmemiş, bunları önceden yasaklamıştır. Buna delil elde etme yasağı adı verilir. Buna arşın bazı delillerin ise, elde edilmesi konusunda kurallar ihlal edildiğinde, bu deliller hukuka aykırı delil haline geleceğini söylemişlerdir.[137]

---

[133] Şen, Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, s.18.

[134] Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul, Alfa Yayınevi, 1996., s. 476-478. -Yurtcan, CMUK, E1 Kitabı, İstanbul, 1994, s. 59-60.- Hafızoğulları, Hukuka Aykırı Surette..., s. 638-643.

[135] Öztürk, Delil Yasakları, s.27-28, Öztürk, "CMUK Reformu ve Uygulama", s. 603.

[136] Kaymaz, Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı, s. 16.

[137] Yenisey, Feridun, Örgütlü Suçluluk ve Hukuka Aykırı Deliller, Hukuka Aykırı Deliller Semineri

Hukuka aykırı şekilde elde edilen veya yasaklanmış deliller ayrımı yapan bu düşünceye göre, her hukuka aykırı elde edilen delilin ceza muhakemesinde değerlendirme dışı kalmaması gerekir.[138]

Anayasa Mahkemesi, 'hukuka aykırılığın' en başta milli hukuk sistemimiz içerisinde yürürlükteki bütün hukuk kurallarına aykırılık anlamına geleceğini ifade etmiştir. Bu çerçeve içinde, Anayasa'ya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, yasa hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümünün hukuka aykırılık kavramı içerisinde yer alacağını belirtmiştir.[139]

Yargıtay da bir kararında "Yasa dışılıktan daha geniş bir içeriğe sahip olan hukuka aykırılık kavramının, gerek pozitif hukuk metinlerine gerekse kişilerin temel hak ve hürriyetlerine ait evrensel hukuk ilkelerine aykırılık olarak anlaşılmalıdır" demiştir.[140]

Bize göre de 'hukuka uygun delil' ceza kanunlarının yanı sıra bütün hukuk kurallarına uygun olarak elde edilen delildir. Ancak delilin, ne olduğu, elde edilme ve yargılamada kullanılma usulü ceza muhakemesi hukukunda ayrıntılı olarak düzenlenmiş olduğunda bir delilin hukuka uygun olup olmadığı öncelikle ceza muhakemesi normlarına bakılarak tespit edilmesi gerekir. Eğer delil Ceza Muhakemesi Hukukunda belirtilen koşullara aykırı olarak elde edilmişse bu delil kanuna aykırı elde edildiğinden yargılamada kullanılamayacaktır. Örneğin, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen arama kararı sonucunda bulunan eşyaya el konulması kararının 24 saat geçtikten sonra veya iletişimin denetlenmesi hakkındaki Cumhuriyet Savcısı kararlarının ise derhal hâkim onayına sunulmaması halinde elde edilen bütün deliller Ceza Muhakemesi Kanununa aykırı elde edildiklerinden hukuka da aykırı olacaklardır.

---

ve Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, Ekim 1996, s.138.

[138] Yenisey, Örgütlü Suçluluk…, s.156.

[139] Anayasa Mahkemesinin 22.06.2001 tarih ve E. 1999-2, K.2001-2 sayılı kararı, http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/kararlar/SPK (26.07.2009)

[140] Ceza Genel Kurulunun 29.11.2005 tarih ve E. 2005/7-144, K. 2005-150 sayılı kararı, Parlar-Hatipoğlu, a.g.e., s. 1193-1205.

II. HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN CEZA MUHAKEMESİNDEKİ DEĞERİ

A. HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN CEZA MUHAKEMESİNDE KULLANILMASI

Hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin değerlendirilmesi konusunda üç temel yaklaşımdan söz edilmektedir.

Birinci yaklaşıma göre, hukuka aykırı olarak elde edilen deliller hiçbir biçimde hükme esas alınamaz. Buna mutlak değerlendirme yasağı da denmektedir. Bu görüşe göre hukuka aykırı delil, "delil elde edilirken, hukuka aykırılığın ağırlığına veya hafifliğine; bir temel hak ve hürriyeti zedelemiş olup olmadığına bakılmaksızın, herhangi bir hukuka aykırılığın yapılmış olduğu saptandığında, bu suretle elde edilen deliller ceza muhakemesinde kesinlikle kullanılamayacak, hükme esas alınamayacaktır. Aksi halde kurulan hüküm temyizde mutlaka bozulacaktır" [141]

Mutlak değerlendirme yasağına karşı olanlar,[142] hukuka aykırı delilin illiyet bağı, etkileme gücü ve hak ihlali kriterlerine yer vermeden yapılan bir değerlendirme sonucu her türlü basit şekli aykırılıkların mutlak bozma sebebi yapılacağını söylemişlerdir. Herhangi bir hakkın ihlal edilmediği halde kararların bozulmasının uzun vadede son derece ağır sonuçları da birlikte getireceğini belirterek bu görüşe karşı çıkmışlardır.

İkinci yaklaşıma göre, bir hukuk devletinde bazı hakların mutlak, diğer bazı hakların ise nispi koruma altında bulunduğu ileri sürülmüştür. Bu haklardan;

-Sanığın kendisini suçlandırıcı beyanda bulunmaya zorlanması,

-Bir kimsenin yakınlarını suçlandırıcı beyanda bulunmaya zorlanması,

---

[141] Kunter, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1989, s. 583.-589.
[142] Yenisey, Örgütlü Suçluluk..., s. 157.

-Sanığa kendisi ile ilk temasa geçen yetkili tarafından bazı haklarının hatırlatılmaması (susma hakkı, müdafi tayini isteme hakkı gibi),

-Hayatın gizli alanına (özel hayata değil) yapılan müdahalelerin, mutlak delil yasakları olarak sayıldığı, bunların dışında kalan durumlarda ise hâkim tarafından oranlılık (ölçülülük) ilkesi göz önünde tutularak 'kamu yararı' bakımından bir değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmiştir.[143]

Üçüncü bir yaklaşım ise, hukuka aykırı delillerin mutlak temyiz nedeni olarak kabul edilmesidir.

1. Hukuka Aykırı Delillerin Bazı Durumlarda Ceza Muhakemesinde Kullanılabileceği Teorisi (Nispi Yasaklı Deliller Teorisi)

Sanık haklarını önemli ölçüde ihlal etmeyen ve sanık hakları açısından hiçbir önemi olmadığı anlaşılan basit yargılama kurallarına aykırılıklar sonucu elde edilen deliller, hukuka aykırı olmalarına rağmen yargılamada kullanılabilmelidir.[144]

Hukuka aykırı olarak elde edilen delilin ceza muhakemesinde kullanılması konusunda hukuka aykırı delili yasaklayan düzenlemenin koruduğu amaca bakılması gerekir. Eğer korunan amaç ortadan kalkmış ise, hukuka aykırı da olsa o delil yargılamada kullanılmalıdır. Bu düşünceye göre, sanığın anayasal haklarını ihlal ederek elde edilen hukuka aykırı deliller ceza muhakemesinde değerlendirme dışı kalacak ancak sanığın herhangi bir anayasal hakkı zedelenmemiş ise, o delil hukuka aykırı olmasına rağmen, ceza muhakemesinde kullanılabilecektir. Buna göre 5271 sayılı CMK'nın 147. maddesine aykırı olarak sanıktan ifade alınması halinde, ortada hukuka aykırı bir delil ve "mutlak bir değerlendirme yasağı" vardır, çünkü ifadesi alınan sanığın anayasal hakları ihlale uğramıştır. Ancak, 5271 sayılı CMK'nın 47. maddesi aykırı olarak devlete ait sırrın aleniyete çıkması durumunda delil hukuka aykırı olsa da sanığın herhangi bir anayasal hakkı ihlal edilmemiştir. Burada devlet sırrı aleniyete çıktığı için yargılamada kullanılabilecektir. Buna karşın hukuka

[143] Şahbaz, İbrahim, İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s.23.
[144] Odman, M.Tevfik, Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Kullanılma Sorunu, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Cilt:3, Sayı:4, Ankara, Kasım 1995, s.29.

aykırılığın anayasal hakları ihlal etmesi halinde, o delilin yargılamada kullanılamayacağı belirtilmiştir.[145]

Bu düşünceye göre, hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılabilirliğini sağlamak maksadıyla sanık haklarını önemli derecede ihlal ederek elde edilen ve önemli derecede ihlal etmeyerek elde edilen hukuka aykırı deliller ayırımını yapılarak önemli olmayan hak ihlalleri sonucunda elde edilen hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılabileceğini ifade etmiştir.[146]

Sanığın hür iradesi aleyhine elde edilen ifadeler, bir kimsenin yakınlarını suçlandırıcı beyanda bulunmaya zorlanması, sanığa susma hakkı ile avukat yardımından yararlanabilme hakkının bulunduğunun anlatılmaması suretiyle konuşmasının sağlanması ve hayatın giz alanına yapılan müdahaleler sonucu elde edilen deliller mutlak delil yasağı kapsamına girecektir. Bunlar dışında kalan hukuka aykırılıklar yoluyla elde edilen deliller ise, delillerin toplanmasında hukuka aykırılık olmasına rağmen kamu yararının öne çıkması durumunda ceza muhakemesinde kullanılabilecektir.[147]

Nispi yasaklı deliller, hukuka aykırılığın sadece delilin elde edilmesi işlemine veya şekline bağlı olduğu durumlarda söz konusudur. Örnek vermek gerekirse, adam öldürmekten sanık bir kişinin evinde gündüz arama yapılması gerekirken gece yapılması halinde, bundan başka hiçbir hukuka aykırılık bulunmamasına rağmen, bu arama neticesinde elde edilen deliller hukuka aykırı delil niteliğini taşıyacağı için ceza muhakemesinde kullanılmamasının yanlış olduğu söylenmiş, hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesinde istisnasız olarak kullanılmaması eleştirilmiştir.[148]

Amaçsal bir yorumla konuya yaklaşıldığında kanun koyucunun yargılamanın önemli unsurlarından olan "ölçülülük" ilkesine aykırı biçimde, kamu yararını bir tarafa bırakarak sadece sanık haklarını korumak amacıyla hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesinde kullanılamayacağına ilişkin düzenlemeye gittiği düşünülemez. Her suçta bir sanık olduğu gibi, aynı oranda düşünülmesi ve korunması gereken mağdur ve toplum vardır. Suç ve ceza siyaseti, yalnızca sanık açısından düşünmeye

[145] Yenisey, Örgütlü Suçluluk…, s. 157.
[146] Yenisey, Örgütlü Suçluluk…, s. 156.
[147] Öztürk, Delil Yasakları..., s. 40-41.
[148] Öztürk, CMUK Reformu ve Uygulama..., s. 605-606.

ve uygulamaya imkan vermez. Bu nedenle, her hukuk devletinde olduğu gibi, bizde de delil değerlendirme yasağından vazgeçmeksizin, ceza muhakemesinden beklenilen fonksiyonu yerine getirebilecek ve hukuki barışı sağlayabilecek bir yorumla sonuca ulaşılmasında yarar vardır. Bunun yolu, delil yasaklarına, insan hakları ile temel hak ve hürriyetlerini koruma görevi verilmesinden geçer.[149]

2. Hukuka Aykırı Delillerin Hiçbir Şekilde Ceza Muhakemesinde Kullanılamayacağı Teorisi (Mutlak Yasaklı Deliller Teorisi)

Bu düşünceye göre hukuka aykırı deliller açısından mutlak yasaklı ve nispi yasaklı delil ayırımı kabul edilmemektedir.

Eğer bir delil hukuka aykırı ise, artık o delilin kanun koyucu tarafından yargılamada kullanılmasının açıkça yasaklanıp yasaklanmadığına bakmaya gerek olmadan hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılmaması gerekir.[150]

Buna göre soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz.[151] Çünkü bu deliller "yok" hükmündedir.[198] Hukuken "yok" hükmünde kabul edilen delilin ise, ceza muhakemesinde hükme esas alınamayacağını belirtmiştir.[152]

Yasak delil, hukukun öngördüğü kurallar çerçevesinde elde edilmeyen delil olup hukuka az veya çok aykırılık şeklinde bir ayırım kabul edilemez. Bu düşünceye göre uygulayıcı, delilin elde ediliş yöntemine, elde edilmiş delile ilişkin işlemin hukukla çatışma halinde olup olmadığına bakarak ve özgürlüğü önde tutarak değerlendirmede bulunacaktır.[153]

Delillerin ancak, hukuka uygun yol ve yöntemlerle elde edilmeleri şartıyla yargılamada kullanılabileceğini söyleyenlere göre delillerin hukuka aykırı olarak toplanması ve bunlara ceza muhakemesinde değer verilmesi halinde, elbette yargılamada bir sonuca ulaşılacaktır. Ancak, bu sonuç birçok değerin kaybı ve

---

[149] Odman, a.g.e., s. 30.
[150] Şen, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda …, s.100.
[151] Keskin, Serap, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, 1996, s. 248-249.
[152] Hafızoğulları, Hukuka Aykırı Surette…, s. 642-643.
[153] Şahbaz, a.g.e., s.24.

zedelenmesi ile ulaşılmış bir sonuç olacaktır. Ceza muhakemesi temelde gerçeği ve hatta maddi gerçeği bulmak amacına yönelik bir faaliyet olmakla beraber, üstün bazı değerlerin zedelenmesi ile elde edilen sonuçları kapsamına almaz.[154]

Mutlak değerlendirme yasağı görüşü kabul edilirse sanığın mahkûmiyetine yol açabilecek delillerin reddini ve dolayısıyla mahkûmiyetle sonuçlanabilecek kimi suçlamaların aklanmayla sonuçlanması sağlanacağı ileri sürülmüştür.[155]

Bu konuda Amerika'da yapılan bir araştırmada, mutlak değerlendirme yasağının uygulandığı davaların sayısının toplam davaların %1'i gibi bir orana isabet ettiği ve dolayısıyla mutlak değerlendirme yasağının çok ciddi olumsuz sonuçlar doğurmadığı dile getirilmiştir. Çünkü mutlak değerlendirme yasağı kapsamında kalan delillerin davada dikkate alınmamasına karşın, diğer delillerle mahkûmiyet kararları verilebildiği ve dolayısıyla bir delilin hukuka aykırılığından bahisle davada tek başına dikkate alınmamasının büyük bir sakınca yaratmadığı ifade edilmektedir.[156]

Mutlak değerlendirme yasağına yönelik ikinci eleştiri ise, hukuka aykırı delillerin dikkate alınmamasının, delil ortaya çıktıktan, kimin hangi suçu işlediği belli olduktan sonra işletilmesi nedeniyle, suçluyu koruma şeklinde algılanmasıdır.[157]

Delillerin değerlendirilmesinde, hukuka en ufak bir aykırılık bulunması halinde, elde edilen delilin tümden geçersiz kalıp kılmayacağı konusu, uygulamada Yargıtay Ceza Genel Kurulunun birçok kararında tartışılmış, hukuka aykırı elde edilen delillerin Türk Ceza Muhakemesi Hukuku sisteminde hükme esas alınması konusunda çelişkili kararlar verilmiştir.

Ceza Genel Kurulu, usulüne uygun arama kararı bulunmadan sanık üzerinde yapılan arama sonucunda bulunan suç unsuru esrarın delil olarak hükme esas alınması konusunda, Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasında çıkan uyuşmazlıkta, sanığın üzerinde yapılan aramanın hukuka uygun olarak gerçekleştirilip

---

[154]Yurtcan,Ceza Yargılaması Hukuku, a.g.e., s. 476, Yurtcan,"Yargıtay Kararları Işığında HukukaAykırı Delile Dayanma Yasağı", Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İÜHF Yayını, s. 519-534, İstanbul, 1998, s. 519.
[155] Öztürk, CMUK Reformu ve Uygulama..., s. 605-606.
[156] Şahbaz, a.g.e., s.22.
[157] Koca, a.g.e., s.116.

gerçekleştirilmediği, dolayısıyla elde edilen uyuşturucu maddenin delil olarak hükme esas alınıp alınamayacağı, buna bağlı olarak da mevcut deliller karşısında suçun sabit olup olmadığı konusunu tartışmış ve sanık üzerinde yapılan aramanın şekil bakımında eksik olduğunu kabul etmekle birlikte bu eksikliğin sanığın haklarını ihlal etmediğinden arama kararı sonucunda bulunan delillerin hükme esas alınması gerektiğine karar vermiştir.[158] Ceza Genel Kurulu aynı yıl içinde verdiği başka bir kararında ise arama kararı alınmadan hukuka aykırı biçimde yapılan arama sonunda elde edilen delillerin ceza muhakemesi hukukunda hükme esas alınamayacağını belirtmiştir.[159] Yine Ceza Genel Kurulunun 2007 yılında verdiği bir kararında usulüne göre alınmış bir arama kararının bulunduğu, bu karara ve kararın infazı sırasında yapılan işlemlere yönelik bir itirazın da vaki olmadığı, hatta sanığın, arama sonucunda ele geçen bornozların, kendi işyerinden ele geçirildiğine ilişkin açık ikrarının mevcut olduğu, daha da önemlisi, arama işlemine ve arama yapılırken bir takım hakların ihlal edildiğine yönelik olarak sanıktan gelen herhangi bir yakınmanın bulunmadığı, aramanın CMUK'un 97. maddesi uyarınca hâkim, savcı, iki ihtiyar heyeti üyesi veya iki komşu' bulunmadan yapıldığından, yasanın arama ile ilgili şekle ilişkin bir koşulunun ihlal edildiği için yapılan arama sonunda elde edilen bornozların CMUK'un 254. maddesi kapsamında 'hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil' olarak mütalaa edilmemesi gerektiği ve mahkûmiyet hükmüne dayanak teşkil edeceğini kabul etmiştir.[160]

3. Hukuka Aykırı Delilleri Mutlak Temyiz Nedeni Kabul Eden Teori

Hukuka aykırı delillerin kesinlikle ceza muhakemesinde kullanılamayacağını savunan bazı yazarlar bu delillerin aynı zamanda mutlak temyiz nedeni olduğunu söylemektedirler.

Bir hukuka aykırı delilin, örneğin hukuka aykırı elde edilen ifadenin ve ikrarın yargılamada kullanılıp kullanılmadığının anlaşılmasının zor olduğu ve haksız sonuçlar çıkabileceği belirtilmiştir. Bu nedenle, hukuka aykırı bir delilin elde edilmiş olması ve özellikle bunun ceza muhakemesine aykırı elde edilen sanık ifadesi ve

[158] Ceza genel Kurulu'nun 15.03.2005 tarih ve E.2005-10, K.2005-29 sayılı kararı, Corpus, a.g.e.
[159] Ceza Genel Kurulu'nun 29.11.2005 ve E.2005-7/144, K.2005-150 sayılı kararı, Parlar-Hatipoğlu, a.g.e., s. 1193-1205.
[160] Ceza Genel Kurulu'nun 26.06.2007 tarih ve E.2007/7-147, K.2007-159 sayılı kararı, Corpus, a.g.e.

ikrarı olması halinde, bu ifade ve ikrar mahkeme hükmüne etki etsin veya etmesin mahkeme kararı hukuka aykırı kabul edilerek Yargıtay tarafından bozulması gerektiği savunulmaktadır.[161]

Delil olabilecek bir şey elde edilirken hukuka aykırılıkta bulunulmuş ise, artık bunun hüküm üzerinde etkisinin olup olmadığını araştırmaya gitmeksizin, hükmün mutlak surette bozulması gerektiği savunulmuştur.[162]

Bu düşünceye karşı hukuka aykırı delillerle ilgili temyiz sebebinin bir nispi temyiz nedeni olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, hukuka aykırı işlemle (hukuka aykırı delille) hüküm arasında nedensellik bağlantısı kurulabilmesi gerekir ki, ortada hukuka aykırı delil açısından yeterli bir temyiz sebebinden bahsedilebilsin. Başka bir ifadeyle, böyle bir nedensellik bağının bulunmadığı, yani hukuka aykırı işlemin (hukuka aykırı delilin) hükmü etkilemediği durumlarda hükmün bozulması yoluna gidilemez.[163]

1982 Anayasası'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasına göre, "Kanuna aykırı elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez."

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 206. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendine göre, "Ortaya konulması istenen bir delil aşağıda yazılı hallerde reddolunur. a) Delil, kanuna aykırı elde edilmişse…."

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 217. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, "Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir."

Türk Hukuku'nda yürürlükte olan bu hükümler, hukuka aykırı delilerin ceza soruşturması ve kovuşturmalarında kullanılamayacağını, delil olarak kabul edilemeyeceğini, bunların reddedilip dava dosyasından çıkarılmasını ve delilleri vicdani kanaati ile serbestçe takdir eden hâkimin, bu takdir yetkisini kullanırken

[161] Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku…, s. 476-478.
[162] Keskin, a.g.e., s. 248-249.
[163] İçel, Kayıhan, Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları, Prof.Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İÜHF Yayını, s. 121-127, İstanbul, 1998, s. 121. s. 126-127.

sadece hukuka uygun yolla elde edilmiş delillerle ispatı aramasının gerektiğini tartışmasız bir şekilde ortaya konmuştur.[164]

Yargıtay'ın birçok kararında hukuka aykırı delillerin hükme esas alınamayacağını ifade etmiştir. Bu konuda verdiği bir kararda; "sanık Cengiz kollukta ifade vermeyeceğini açıkça belirtmiştir. Buna rağmen, kendisiyle sohbet havasında yapılan mülakatın habersiz olarak videoya kaydedilmesi suretiyle, sanık aldatılarak özgür iradesiyle savunma yapması engellenmiştir. Bu nedenle, yasak sorgu yöntemleriyle elde edildiği anlaşılan videokasetin delil olarak hükme esas alınması mümkün değildir."[165] demiştir.

Buna rağmen Yargıtay'ın başka kararlarında delillerin sadece hukuka aykırı toplanmış olmasının, bu delillere dayanmayan hükmü hukuka aykırı hale getirmeyeceği belirtilmiştir.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi bir kararında özetle, CMUK'nun 135. maddesinde öngörülen usul ve esaslara uyulmadan alınan sanık ifadesinin hukuka aykırı delil olacağını, bu ifadenin hükme esas alınamayacağını, alınan ifadelerinde sanığın suçlamayı zaten reddettiğini, fakat en önemlisi bir ikrar ve kabul içermeyen savunmaya dayanılmaksızın diğer delillere dayanılarak hüküm kurulduğunu ve hukuka aykırı sorgunun kurulan hüküm açısından nedensel bir değer ve gücü olmadığını ifade etmiştir.[166]

Bu kararı da inceleyen Ceza Genel Kurulu, istikrarlı olarak verdiği kararlarda CMUK 135. maddesine aykırılık bulunması halinde aykırılığın hükmün esasına etki edip etmediğini incelemeksizin kararların bozulması gerektiğine karar vermiştir.[167] Bu konuda Ceza Genel Kurulu verdiği bir kararında; "Duruşma, sanığın kimliğinin saptanması, iddianame okunduktan sonra CMUK'un 135. maddesine göre sorguya çekilmesi ile başlar. Usulüne uygun sorgu sırasında, sanığın hangi haklarını

---

[164] Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s.29.

[165] Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 16.02.2004 tarih ve E.2003/3819, K. 2004/299 sayılı kararı, Corpus, a.g.e.

[166] Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 26.09.1994 tarih ve E. 1994-7114, K.1994-7264 sayılı kararı (Yargıtay Kararları Dergisi), Cilt: 21, Sayı: 9, Ankara, Eylül 1995, s. 1476-1479.

[167] Ceza Genel Kurulu'nun 19.12.1994 tarih ve E.1994/6-322, K.1994-343, 10.10.1995 tarih ve E.1995/6-238, K.1995-305 ve 26.031996 tarih ve E.1996/6-163, K.1996-66 sayılı kararları, Corpus, a.g.e.

kullanacağı ve hangi delilleri sunacağı, savunmasında neler getireceği önceden bilinemeyeceğinden, bu hususun savunma haklarının kısıtlanmasına yol açacağı söyleyerek, esasa girilmeksizin hükmün öncelikle ve sair yönleri incelenmeksizin CMUK. 135´e uygun olmaması nedeniyle bozulmasına karar verilmelidir." demiştir.[168]

Ceza Genel Kurulunun bu kararına karşı yazılan muhalefet şerhinde ise;

"Ceza Yargılama Kanununun aynı Yasayla değişik 135.maddesinde öngörülen savunma hakkı ve aydınlatma yükümlülüğüne uyulmayarak yapılan sorguyla elde edilen kanıt, kuşkusuz hukuka aykırı bir kanıttır ve değerlendirme yasağı kapsamındadır. Ne var ki, ceza yargılamasının bir başka temel dayanağı da, kamu yararı ve birey yararı arasındaki duyarlı dengeyi kollayan ölçülülük ilkesidir. Bu ilke gözetilmez ve kamu yararı birey zararına işletilirse, haklar ve değerler örselenir; birey yararı toplum zararına kaydırılırsa yargılama kilitlenebilir ve dolayısıyla her iki halde de, hukuk barışı tehlikeye düşer. Kanun koyucu, bir hükmün bozulması için, hukuka aykırı işlemle hüküm arasında nedensellik bağı arayarak, kanuna aykırılığın konulan hükmü etkilemesi gerektiğini de vurgulamıştır.(CMUK 320/1) Sonuç olarak, sanık için söz konusu hukuka aykırı işlemin kurulan hüküm açısından nedensellik bağı ve CMK'un 308. maddesindeki mutlak hukuka aykırılığı bulunmamaktadır."denilmiştir.[169]

Ancak, muhalefet şerhindeki hukuka aykırı delilin hüküm açısından nedensel değeri, gücü, kriteri, birey yararı ve kamu yararı arasındaki ölçülülük (oranlılık veya değerler tartımı) ilkesi Ceza Genel Kurulunca kabul görmemiştir.

Yargıtay'ın bazı dairelerinin usulüne uygun sorgu yapılmadan alınan hukuka aykırı delillerin hükme etki etmediği durumlarda bozmaya konu yapılmaması konusundaki kararları eleştirilmiş, bu kararların Türk Ceza Muhakemesi Hukuku için son derece tehlikeli kararlar olduğu, çünkü hukuka aykırı yöntemle delil elde ederek yargılama yapılmasına zemin hazırladığı savunulmuştur.

[168] Ceza Genel Kurulu'nun 24.10.1995 tarih ve E.1995/7-165, K.1995-302 sayılı kararı, Corpus, a.g.e.
[169] Ceza Genel Kurulu'nun 24.10.1995 tarih ve E.1995/7-165, K.1995-302 sayılı karara katılmayan muhalefet görüşü, Corpus, a.g.e.

Biz hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesinde kesinlikle kullanılamayacağı konusundaki görüşlere katılıyoruz. Bazı hukukçular her hukuka aykırı delilin ceza muhakemesinde kullanılamayacağının kabul edilmesi halinde, ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmanın neredeyse imkânsızlaşacağı, basit şekli hukuka aykırılıkların dahi ceza muhakemesinin kilitlenmesine yol açacağı, mağdurların intikam almaya yönelebilecekleri, basit şekli hukuka aykırılıklar yüzünden faillerin cezalandırılamaması nedeniyle suçlulukla mücadelenin zorlaşacağı, her hukuka aykırı delili yargılamada kullanma yasağı kapsamına sokmanın başkalarının hak ve hürriyetlerine zarar vereceği ve adil olmayan sonuçlara ulaşılabileceğini ileri sürmüşlerdir.

Bir hukuk devletinde ancak hukuk kurallarının belirlediği usul ve esaslar içersinde ve hukuk kurallarını ihlal etmeyerek toplanan delillerin yargılamada değerlendirmeye alınması mümkündür. Adil yargılanma hakkı da bunu zorunlu kılar. Eğer hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılması mümkün kılınır ise, bu halde ceza muhakemesinde dürüst yargılanma hakkının ve delil toplama ile ilgili normların bir anlamı kalmaz.

Delil yasaklarındaki amaç, sanığı korumak veya kayırmak değil, bir hukuk sisteminde yürürlükte olan ceza muhakemesi normlarının öngördüğü usul ve esaslara uygun davranmak ve sanığın lehine ve aleyhine elde edilmiş olmaksızın, bu normlar uyarınca toplanılan delilleri ceza muhakemesinde kullanmaktır.[170]

Suç işlendiği iddiasıyla başlatılan soruşturmada öncelikle adli makamların hukuka uygun davranması gerekir. Aksi takdirde, hukuk kurallarına ihtiyaç yoktur. Hukuk kuralları istenildikleri zaman ihlal edilmeleri için değil, uyulmaları için vardır. Meşru ve savunulabilir bir gerekçeyle de olsa hiçbir zaman hukuka aykırılığa göz yumulmamalıdır. Bugün önemsiz hukuka aykırılığa göz yumulduğunu söyleyen yarın da önemli hukuka aykırılıkları önemsiz gibi gösterip, gözardı edebilir. Hukuka aykırılığı önemli önemsiz şeklinde ayrılabilecek somut bir ölçüt olmadığı gibi, böyle bir ölçütü koymak ve savunmak da hukuken mümkün değildir. [171]

[170] Şen, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda …, s.138.
[171] Şen, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda …, s.138.

Sırf sanığı mahkum etmek amacından hareketle ceza normlarına riayet etmeden delil elde etmek ve bunu ispat aracı olarak kullanmak, her zaman keyfiliği ve kişi hak ve hürriyetlerine ciddi tecavüzleri doğuracak hukuka aykırılıkları gündeme getirir.

Ayrıca, yan delillerle hukuka aykırı bir delilin hukuka uygun hale getirilmesi ve yargılamada kullanılması da mümkün değildir. Tüm bu hallerde, hukuka aykırı delil hukuka uygun hale gelemez. Bir delil, ya baştan itibaren hukuka uygundur veya değildir ve onu sonradan hukuka uygun hale getirme fikrinin de yerindeliği savunulamaz.

Hukuka aykırı delil sanık aleyhine kesinlikle kullanılamaz, ancak bu delilin sanık lehine olduğu tespit edilmiş ise, masum bir kişinin cezalandırılmaması için istisnai olarak bu delilin yargılamada değerlendirilmeye alınması gerekir.

B. HUKUKA AYKIRI DELİLLER VASITASIYLA ELDE EDİLEN DELİLLERİN CEZA MUHAKEMESİNDE KULLANILMASI

Hukuka aykırı olarak sanıktan alınan ifadeden veya hukuka aykırı yapılmış bir ev araması sonucunda elde edilen delilden yola çıkmak suretiyle başka delillere ulaşılabilir. Bu ve buna benzer şekilde elde edilen delillere "Hukuka aykırı delillerin uzak etkisi" veya "hukuka aykırı delillerin dolaylı etkisi" ya da "zehirli ağacın meyveleri" denmektedir. Hukuka aykırı deliller vasıtasıyla elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasının mümkün olup olmadığı tartışılmalıdır.[172]

Şüphelinin özgür iradesini engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılarak veya kanuna aykırı bir menfaatte bulunularak elde edilen deliller yasak usuller ile elde edildiğinden CMK'nın 148. maddesi uyarınca ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır.

Eğer yasak usullerle elde edilen ifadeden suçla ilgili başka delillere ulaşılmış ise, hukuka aykırı deliller vasıtasıyla elde edilen deliller gündeme gelecektir. Hukuka aykırı ifade alınması veya arama yapılmasındaki amaç, işlendiği iddia olunan bir

[172] Şen, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda …, s.144.

suçun delillerine (örneğin, adam öldürme suçunda tabancaya, cesede veya hırsızlık suçunda çalınan mala) ulaşmaktır.[173]

Hukuka aykırı olarak sanıktan alınan ifadeden veya hukuka aykırı yapılmış bir ev araması sonucunda elde edilen delilden yola çıkmak suretiyle başka delillere ulaşılabilir. Bu şekilde hukuka aykırı deliller vasıtasıyla elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılması konusunda değişik görüşler vardır

Bir düşünceye göre, sonradan elde edilen deliller hukuka uygundur. Çünkü hukuka aykırılık sadece ilk delil için söz konusudur.Bu sebeple de hukuka aykırı bir delilden yola çıkılarak elde edilen delil veya delillerin yargılamada kullanılabileceği iddia edilmiştir. Buna karşı, temeli ve elde edilişi hukuka aykırılığa dayanan ve sonradan elde edilen delillerin de hukuka aykırı delil niteliğini taşıyacağını, hukuka aykırı delilin bundan sonraki delilin hukuka uygunluğunu bozacağı savunulmuştur. Hukuka aykırılıkların önüne geçebilmek ve tümüyle hukuka uygunluğunu sağlayabilmek için sonraki delillerin de hukuka aykırı sayılıp, yargılamada kullanılmaması gerektiği ifade edilmiştir. Bu iki zıt görüşün ortasını bulmaya çalışan karma görüş ise, tümüyle değil, fakat birtakım ölçütler koyarak, sonradan elde edilen ve temeli hukuka aykırı olan delilleri belli durumlarda ayakta tutmaya ve yargılamada kullanılmasını sağlamaya çalışmıştır.

1. Sonradan Elde Edilen Delillerin Yargılamada Kullanılabileceği Teorisi

Bu düşünceye göre, sadece hukuka aykırı şekilde elde edilen ilk delilin yargılamada kullanılması mümkün değildir. Bunun dışında, bu delile dayanarak elde edilen diğer delil veya delillerin yargılamada kullanılması gerekir. Örneğin, kendisine yapılan işkence neticesinde sanık suçunu ikrar eder ve bu esnada suç aletinin yerini gösterir ise, işkence ile sağlanan ikrar yargılamada kullanılamayacak, ancak bu ikrar sayesinde elde edilen suç aleti pekala yargılamada geçerli bir delil olarak değerlendirilebilecektir.[174]

Sanıktan hukuka aykırı olarak alınan ikrar sonucunda çalınan mallara veya mağdurun cesedine ya da suçta kullanılan silaha ulaşılmışsa, ceza muhakemesi

[173] Şahin, Cumhur, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara, 1994, s. 68-70.
[174] Demirbaş, a.g.e., s. 298-300, Şahin, Sanığın Kolluk Tarafından..., s. 230s. 30-31, Tosun, Türk Suç Muhakemesi..., s. 804- Yenisey, Örgütlü Suçluluk..., s. 158.

açısından bu deliller hiç yokmuş gibi davranılamayacağı, aksi halde, suç ve ceza politikası açısından tahammülü imkansız ve adaletsiz neticeler ortaya çıkacağı savunulmaktadır.[175]

Hukuka aykırı deliller vasıtasıyla elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasını savunanlar, sonradan elde edilen delillerin hukuka aykırı olduklarını kabul etmekle birlikte, sadece "adalet", "toplum düzeni", "mağdurun korunması", "sonradan elde edilen deliller zaten elde edilecekti" gibi sübjektif kavram ve ölçütlere yer vermek suretiyle bu delillerin yargılamada kullanılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun yasak sorgu yöntemlerini düzenleyen 136/a maddesinde, geçersiz olarak alınan ifadenin değerlendirilemeyeceği, sadece bu ifadenin geçersiz delil olarak öngörüldüğü, fakat bu delil vasıtasıyla elde edilen diğer delillerin yargılamada kullanılabileceği ileri sürülmüştür. Aksi takdirde, polisin sanıkla işbirliği yaparak hukuka aykırı yöntem uygulayarak, elde edilmesi zaten mümkün olan önemli bir delilin geçersizliğine neden olmasının mümkün olabileceği belirtilmiştir.[176]

Yasak sorgu yöntemleri ile elde edilen ifadeyi değerlendirme dışı tutacak olan hâkim, bu ifade neticesinde elde edilen başka bir delili (örneği, cesedi veya suç aletini) görmemezlikten gelemeyeceği ifade edilmiştir.[177] Buna göre, hukuka aykırı ifade vasıtasıyla elde edilen dolaylı delilden hüküm kurulmasında yararlanılabilecek, fakat bu dolaylı delil tek başına hüküm kurulmasına yetmeyecektir.

CMUK'nun 254/11. maddesinin açık düzenlemesi nedeniyle hukuka aykırı deliller arasında herhangi bir ayırım yapılmadığı ve hukuka aykırı elde edilen tüm delillerin "yok" hükmünde sayılıp, yargılamada kullanılamayacağını belirtilmiştir.[178]

Hukuka aykırı deliller vasıtasıyla elde edilen delillerin de hukuka aykırı elde edilmiş delil olacağı söylenmiştir. Bu düşünceye göre zehirli ağacın meyveleri de zehirli olur. Bunun aksini ileri sürmek, insan hak ve hürriyetlerine yönelik ihlallere

[175] Şahin, Sanığın Kolluk Tarafından.., s. 230, Demirbaş, a.g.e., s. 299.
[176] Demirbaş, a.g.e., s. 299-300.
[177] Savaş, Vural – Mollamahmutoğlu, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, Seçkin Yayınevi, Cilt:1, Ankara, 1995, s. 737-738, İçel, Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları..., s. 124.
[178] Hafızoğulları, Hukuka Aykırı Surette..., s. 642-623.

yol açabilecek muamelelerin dolaylı olarak kabul edilmesi anlamına gelir.[179] Ancak delilin elde edilmesindeki hukuka aykırılığın ayrıca cezalandırılması gerekir.

Bizimde katıldığımız görüşe göre, bir delilin elde edilmesindeki hukuka aykırılığı, o delilden ayrı tutup, delil gerçek diyerek kullanmaya çalışmak hukuken doğru görülemez. Çünkü delil ne kadar gerçekçi olursa olsun, yine de hukuka aykırı elde edilmiş bir delildir. Bu delile yapışık olan hukuka aykırılığı, o delilin gerçek ve doğru olduğu savunmasıyla gidermek mümkün değildir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında, "…Sanığın, evinin damında hint keneviri yetiştirdiği yolunda duyum alınması üzerine, Narkotik Şube görevlilerince eşinin rızasıyla, sanığın konutunda, hâkim kararı olmaksızın arama gerçekleştirilmiştir. Ancak, sanığın, suçlama ve arama işlemi ile ilgisi bulunmayan eşinin aramaya rıza göstermesi, hâkim kararı alınması zorunluluğunu ortadan kaldıracak ve yapılan işleme hukuki geçerlilik kazandıracak bir husus değildir. Öte yandan, kolluk tarafından düzenlenen tutanaklarda gecikmede sakınca bulunduğu belirtilmemiştir. Ayrıca dosya içeriğinde, şehir merkezindeki bir konutta çalışma tarih ve saatleri içinde gerçekleştirilen arama için hâkim kararı alınmasının gecikme yaratacağını ve bunun da sakınca doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken kanuni koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama hukuka aykırı olduğundan ve arama sonucunda elde edilen delil hükme esas alınamaz." denilmiştir.

Somut olaydaki hukuka aykırılığı bu suretle saptadıktan sonra, hukuka aykırı şekilde elde edilen delilin ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılamayacağı sorununu inceleyen Genel Kurul, somut olayda çözümü gereken uyuşmazlığın, hukuka aykırı aramada elde edilen maddi delil dışındaki sair delillerin, bu bağlamda hakkındaki ihbar ile sanığın mevcut ikrarının somut olayda mahkumiyet için yeterli

[179] Öztürk, CMUK'nun 135/a ve çok eleştirdiği 254/11. maddelerinim açık hükümler taşıdığını ve bu nedenle, hukuka aykırı deliller vasıtasıyla elde edilen delillerin de hukuka aykırı elde edilmiş delil olacağını söylemiştir. Müellife göre, hukuka aykırı alman ifadeler vasıtasıyla elde edilen delilleri kapsam dışı tutmak mümkün değildir. 135/a maddesinin uzak etkiyi kabul etmediğini söylemek, "hukuk devleti" ilkesi ile bağdaşmaz. Gerçekten zehirli ağacın meyveleri da zehirli olur. Bunun aksini ileri sürmek, insan hak ve hürriyetlerine yönelik ihlallere yol açabilecek muamelelerin dolaylı olarak kabul edilmesi anlamına gelir. Bkz. Öztürk, CMUK Reformu ve Uygulama…, s. 603-6.04.

olup olmadığı hususu olduğunu belirtmiştir. "Somut olayda sanığın, gerek sulh ceza hâkimince gerekse mahkemece bütün kanuni hakları hatırlatılarak sorguya çekildiğinde; 25 yıldır uyuşturucu kullandığını, esrar elde etmek için olaydan iki ay önce evinin damına hint keneviri bitkisi ekip yetiştirdiğini, bunların yapraklarını kurutarak esrar elde edip içtiğini, bilahare hakkında ihbar vaki olduğunu ikrar etmiş; temyiz dilekçesinde dahi hint keneviri bitkisi yetiştirdiğini, ancak bunların cüz'i miktarda olduğunu belirtmiştir. Sanığın eskiden beri uyuşturucu kullandığı ve hint keneviri bitkisi yetiştirdiği yolundaki bu anlatımları, celbedilen adli sicil kaydıyla da doğrulanmıştır. Öte yandan, başkası adına suç üstlendiği iddia edilmediği gibi, dosya içeriğine göre böyle davranmasını gerektirecek bir neden de bulunmamaktadır. Çok uzun yıllar uyuşturucu kullanması ve uyuşturucuyu yetiştirdiği hint kenevirlerinden elde etmesi karşısında, ektiği bitkinin cinsi ile ilgili muhtemel yanılgısından da söz edilemez. Sanık başlangıçtaki ikrarını aşamalarda istikrarlı şekilde sürdürmüştür. Kaldı ki, ikrardan dönülmüş olsa dahi, bu durum ancak ikrarın gücünü zayıflatacak bir husus olarak görülebilir; ikrarın delil olma özelliğini ortadan kaldırmaz," diyerek sanığın mahkûmiyetini onamıştır.[180]

Yargıtay'ın bu kararına katılmamız mümkün değildir. Çünkü hukuka aykırı biçimde elde edilen delil dolayısı ile ulaşılan deliller ister hukuka aykırı, isterse hukuka uygun yolla elde edilsin, hukuka aykırı deliller olacaktır. Hukukun uygulamasında meşru ve hukuka uygun olmayan bir şeyin üzerine meşru ve hukuka uygun bir şey bina edilemeyeceğinden, son delilin de değerlendirme dışı bir delil olarak kabul edilmesi gerekmektedir.[181] Olayımızda sanığın ikrarı hukuka aykırı arama ile elde edilen delile dayanılarak alınmıştır. Hukuka aykırı arama ile elde edilen delil olan hint kenevirlerinin bulunduğuna dair tutanağın her ifade alınışında kendisine gösterilmesi her ne kadar ceza muhakemesindeki yasak yöntemler arasında bulunmamakla birlikte sanığın hissettiği baskı ve köşeye sıkışmışlıktan kaynaklanmaktadır. Böylece sanıktan, hukuka aykırı elde edilmiş delil sayesinde itiraf delili elde edilmiş, sanığın kendisini suçlaması sağlanmıştır. İtiraf dolaylı yoldan hukuka aykırı olarak elde edildiğinden bu itirafın hükme esas alınmaması gerekirdi.

---

[180] Ceza Genel Kurulu'nun 29.11.2005 ve E.2005-7/144, K.2005-150 sayılı kararı, Parlar-Hatipoğlu, a.g.e., s. 1193-1205.

[181] Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku…, s. 403.

Hangi düşünceyle olursa olsun hukuka aykırı delil sayesinde elde edilen diğer delillerin hukuka uygunluğunu savunmak, kanunu dolanarak hukuka aykırılığa kapı açmaktadır. Bu düşüncenin hukuka uygun olduğunu kabul etmemiz halinde bir soruşturmada delilleri elde etmek için değil, bu deliller vasıtasıyla başka delillere ulaşmak amacıyla bir çok hukuksuz işlemler yapılacaktır. Sırf delilleri elde etmek için değil, bu deliller vasıtasıyla başka delillere ulaşmak amacıyla kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilerek evlerinin, işyerlerinin hâkim kararı olmadan aranması, telefonlarının hukuka aykırı olarak dinlenmesi veya izlenmesi yolu açılacaktır.

2. Sonradan Elde Edilen Delillerin Yargılamada Kullanılamayacağı Teorisi

Bu düşünceye göre zehirli ağacın meyvesi de zehirli olur. Bu görüşü savunanlar hukuka aykırı delillerin uzak etkisi, yani hukuka aykırı elde edilmiş delillerdeki hukuka aykırılığın, bu deliller vasıtasıyla elde edilen delillere de sirayet edeceği ve onları da hukuka aykırı kılacağını kabul etmişlerdir[239]. Örneğin, sanığın ifadesi işkence yapılarak alınmış ve bu ifade sayesinde suç aleti ele geçirilmiştir. Aynen sanıktan alınmış bu ifade gibi, dolaylı olarak bu ifadeden elde edilen delillerin değerlendirmesi de hukuka aykırı olacaktır. Aksi halde, sanığın ifadesinin alınmasında öngörülen yasaklar, kanuna karşı hile yoluyla aşılmayı sağlayan birer yasak durumuna gelirler hatta bu yasaklar, dolaylı olarak delil elde edilmesinin ve bu delillerin yargılamada kullanılmasının teşvik unsuru olurlar.[182]

Sanıktan zorla alınan ifadeyi veya hukuka aykırı olarak yapılan arama sonucunda elde edilen delili yargılamada kullanmamak yeterli değildir. Bu deliller vasıtasıyla elde edilen deliller de hukuka aykırı delil niteliği taşıyacaklarından, yargılamada kullanılmaması gerekir. Eğer bu delillerin yargılamada kullanılmasına izin verilir ise, vahim ve istenmeyen sonuçlar ortaya çıkar. Polis, sanıktan işkence suretiyle ifade almayı veya hukuka aykırı arama yapmayı, başka deliller elde etmek amacıyla gerçekleştirir, çünkü nasıl olsa bu delillerin yargılamada kullanılabileceğini

[182] Şahin, Sanığın Kolluk Tarafından.., s. 230-231.

düşünür. Artık hukuka aykırı uygulama yapan polise ceza verilmesi hukuka aykırı delilleri hukuka uygun hale getirmez. [183]

Sonradan elde edilen delil, elde edilişine kaynak olan hukuka aykırı delilden bağımsız ele alındığında hukuka uygun elde edilmiş denilebilir. Örneğin, sanığın zorla ifadesi alınarak suç aletinin yeri söylettirilebilir ve bunun üzerine hâkimden alınan arama kararı ile bir ev araması yapılmak suretiyle bu suç aletine ulaşılabilir. Unutulmamalıdır ki, bu suç aletinin ele geçirilmesini sağlayan ilk delil (ifade) hukuka uygun değildir. Burada hukuka aykırı bir delil üstüne, hukuka uygun bir delilin bina edilmesi söz konusudur. Hukukun uygulanmasında, meşru ve hukuka uygun olmayan bir şeyin üzerine, meşru ve hukuka uygun bir şey bina edilemeyeceğinden, son delilin de değerlendirme dışı bir delil olarak kabul edilmesi gerekir.[184]

Uygulamada farklı kararlar olmakla birlikte[185] Yargıtay, verdiği bir çok kararda hukuka aykırı elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağını kabul etmektedir.[186]

Yargıtay; sanığın, maktulü öldürmesi için diğer sanık A.'i azmettirdiği telefon dinleme kayıtları ile sabit olmasına rağmen, sanık hakkında iletişimin tespiti kararının bulunmadığından, hükme dayanak yapılan iletişimin tespiti tutanaklarının yasa dışı elde edilmiş delil niteliğinde olduğu, 1982 Anayasasının 20, 38/6, AİHS'nin 6, 8 ve CMK'nın 217/2 maddesi uyarınca, yasa dışı elde edilmiş delillerle mahkumiyet hükmü kurulamayacağına hükmetmiştir.[187]

---

[183] Şen, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda …, s.152.
[184] Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku..., s. 403.
[185] Ceza Genel Kurulu'nun 29.11.2005 ve E.2005-7/144, K.2005-150 sayılı kararı, Parlar-Hatipoğlu, a.g.e., s. 1193-1205.
[186] Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.06.2006 tarih ve, E.2006/5-154, K. 2007/145, 03.07.2007 tarih ve E. 2007/5-23, K.2007/167 sayılı kararları Parlar-Hatipoğlu, a.g.e., s.585-588 ve 22.01.2008 tarih ve, E. 2007/5-101, K.2008/3 sayılı kararları, Tosun- Akkaya, Ceza Muhakemesi Kanunu ve CGİK, 2.Baskı Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 206.
[187] Yargıtay 1. Ceza Dairesi 06.02.2009 tarih ve E.2008/8783, K.2009/437 sayılı kararı, Yayınlanmamış.

Yargıtay başka bir kararında ise, sohbet havası içinde geçen konuşmaların videoya kaydedilmesi olayında, bilgilerin sanığın özgür iradesiyle alınmadığından (CMUK, m.l35/a) bahisle, hükme esas alınamayacağına karar vermiştir.[188]

Ceza Genel Kurulu 2007 yılında verdiği başka bir kararında ise arama kararı alınmadan hukuka aykırı biçimde yapılan arama sonunda elde edilen delillerin ceza muhakemesi hukukunda hükme esas alınamayacağını belirtmiştir.[189]

Zehirli ağacın meyvelerinin zehirsiz olduğu söylenemeyeceğinden hukuka aykırı elde edilen delil vasıtasıyla elde edilen deliller yargılamada kullanılamayacaktır. Bunun aksinin kabulü, "hukuk devleti" ilkesini göz ardı etmek olacaktır.[190]

3. Karma Teori

Hukuka aykırı deliller vasıtasıyla elde edilen delillerin tümünü yargılamada kullanım dışı bırakmanın yerinde olmadığı, bir takım ölçütler koymak suretiyle bu delillerden bazılarının yargılamada kullanılması gerektiği savunulmuştur. Açıkça hukuk düzenine, özellikle temel haklarla ilgili normlara bir aykırılık bulunup bulunmadığına ve ihlalin ağırlığına bakılarak, sonradan elde edilen bir delilin yargılamada kullanılıp kullanılamayacağının ortaya konulması ifade edilmiştir.[191]

Delile "hukuka aykırılık" niteliğini veren ihlal, bir temel hak ve hürriyeti önemli derecede zedelemiş olmadıkça, bu hukuka aykırı delil vasıtasıyla ele geçirilen delillerin yargılamada kullanılmasına izin verilmeli, aksi takdirde bu deliller ne kadar önemli olurlarsa olsunlar yargılamada kullanılmamalıdır.

Buna göre, delilin doğrudan (önceden) veya dolaylı (sonradan) olarak elde edilişine değil, mutlak ya da nispi delil yasağı ihlal edilerek elde edilmiş olup olmadığına bakılmalıdır. Bir delil, örneğin işkencede olduğu gibi, mutlak delil yasağı ihlal edilmek suretiyle elde edilmiş ise, bu delilin yargılamada kullanılmaması

---

[188] Yargıtay 1. Ceza Dairesi 16.02.2004 tarih ve E.2003/3819, K.2004/299 sayılı kararı, Şahbaz, a.g.e, s.252

[189] Ceza Genel Kurulu'nun 29.11.2005 ve E.2005-7/144, K.2005-150 sayılı kararı, Parlar-Hatipoğlu, a.g.e., s. 1193-1205.

[190] Keskin, a.g.e., s. 258.

[191] Şahin, Sanığın Kolluk Tarafından..., s. 231.

gerekir. Buna karşılık, nispi delil yasağının ihlali neticesinde elde edilmiş bir delil söz konusu olduğunda, bu delil yargılamada kullanılabilmelidir.[192]

Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesinde, delilin doğrudan doğruya elde edilmesi ile dolaylı olarak elde edilmesi arasında bir farklılık bulunmadığı ancak, haksız beraat kararlarının önüne geçilebilmesi amacıyla bir ayırım yapılması gerektiği belirtilmiştir. Bu düşünceye göre, mutlak delil yasakları ihlal edilerek, örneğin işkence suretiyle elde edilen dolaylı delillerin yargılamada kullanılmaması, ayrıca hazırlık soruşturmasının başlamasında başlangıç şüphesine de esas teşkil etmemesi doğru olacaktır. Bunun yanında, elde edilmesinde uyulması gerekli kurallara uyulmaması sebebiyle hukuka aykırı nitelik taşıyan deliller vasıtasıyla elde edilen diğer delillerin istisnasız bir şekilde yargılamada kullanım dışı tutulması yanlıştır. Bu delillerin kullanılıp kullanılmayacağının tespitinde, ihlal edilen hakkın niteliği, anayasal bir hak olup olmadığı, sanığın haklarının ne ölçüde etkilendiği, oranlılık ilkesi, suçun ortaya çıkarılmasındaki kamu yararı ile sanığın hukuka aykırılık sebebiyle uğradığı zarar karşılaştırılmalı ve buradan çıkacak sonuca göre bir karar verilmelidir.[193]

Bu düşünceye göre işkence yapılarak sanıktan elde edilen bilgiler ve bu bilgiler vasıtasıyla ulaşılan deliller (işkence yapan aleyhine hariç olmak üzere), mutlak delil yasağı ilkesi gereği hiçbir yargılamada delil olarak değerlendirilmeye alınamazlar.[251]

Bununla birlikte, nispi bir delil yasağının ihlali neticesinde elde olunan delillerin yargılamada kullanılabilmesi gerektiği ileri sürülmüş ise de, bu delillerin, ancak tüm ihtimaller göz önünde tutularak, zaten hukuka uygun yollarla da elde edilebileceği kesin görülmesi halinde yargılamada kullanılabileceği belirtilmiştir. Devlet kendi araç ve imkânları ile ulaşılabilecek durumda ise zehirli ağacın meyvesi zehirli olmaz denmiştir. [194]

---

[192] Öztürk, CMUK Reformu ve Uygulaması..., s. 604-605.
[193] Kaymaz, Ceza Muhakemesinde., s. 274.
[194] Şahin, Sanığın Kolluk Tarafından.., s. 232-233, Yenisey, "zehirli ağacın meyvası da zehirli olur" kuralının istisnasını şu şekilde ifade etmektedir: "Bununla birlikte bu kuralında istisnaları vardır: İşkence dışında kalan hallerde, ilk delil hukuka aykırı olsa bile, bu hukuka aykırı delil vasıtasıyla elde edilen diğer delillere, Devlet kendi araç ve imkanları ile ulaşabilecek durumda ise, zehirli ağacın meyvası zehirli olmaz". Yenisey, Yasak yöntemlerle ve Hukuka aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller, Savaş –Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 1238.

Dolayısıyla alınmış delillerin değerlendirmesi, sadece onlar eğer soruşturmanın o ana kadarki gidişinde çok yüksek bir ihtimalle muhakeme ihlali olmaksızın da elde edilebilecek idi iseler, söz konusu olabilir.[195] Buna göre, "hukuka aykırı elde olunan delile, hukuka aykırılık yapılmamış olsa idi dahi ulaşılabilecek idi ise, bu delil yargılamada kullanılabilir.

Türk hukukundaki düzenlemelerde, hukuka aykırı deliller ve bu deliller vasıtasıyla elde edilen deliller ayırımı yapılmamış, hepsi 'hukuka aykırı deliller' kapsamına alınmak suretiyle yargılamada kullanılamayacağı açıkça belirtilmiştir. 1982 Anayasasının 38. maddesine 4709 sayılı Kanunla 03.10.2001 tarihinde eklenen 6. fıkrada "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez" denmektedir. Yine 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun 206. maddesinin 2.fıkrasının (a) bendinde 'delil kanuna aykırı olarak elde edilmişse reddolunacağı' hükmüne yer verilmiştir. Aynı kanunun 217. maddesinin ikinci fıkrasında ise 'yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir' denmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında usulüne uygun arama kararı bulunmadan sanık üzerinde yapılan arama sonucunda bulunan suç unsuru esrarın delil olarak hükme esas alınmayarak delil yetersizliği nedeniyle beraatına karar verilen sanıkla ilgili olayda, sanığın üzerinde yapılan aramanın hukuka uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, dolayısıyla elde edilen uyuşturucu maddenin delil olarak hükme esas alınıp alınamayacağı, buna bağlı olarak da mevcut deliller karşısında suçun sabit olup olmadığı konusunu değerlendirmiştir. CGK kararında; "..Sanığın, üzerindeki esrarı atmak veya saklamak biçiminde kabul edilebilecek davranışlarda bulunmak suretiyle kuşku uyandırması, olayın pazaryeri gibi kalabalık bir ortamda gelişmesi nedeniyle delillerin yok edilebilmesi olasılığının yüksek olması karşısında CYUY' nın 97. maddesinde belirtilen 'gecikmesinde sakınca bulunan' halin somut olayda gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Öte yandan, aynı Yasa maddesi uyarınca, emniyet amir vekilinin de arama kararı verme yetkisi bulunmaktadır. Yazılı olması gereken bu emrin sözlü verilmesi biçimsel bir eksiklik sayılabilirse de, elkoyma işlemi üzerine aynı gün bu işlem hâkim tarafından onaylanmış bulunmakla mevcut eksiklik bir ölçüde giderilmeye çalışılmıştır. Sanık da,

[195] Demirbaş, a.g.e., s. 301,302.

suçlamayı kabul etmiş, düzenlenen tutanaklara karşı bir diyeceği olmadığını bildirmiştir. Kolluk görevlilerinin ise, başlangıçtan itibaren elde ettikleri tüm bilgileri C.Savcılığına ulaştırıp arama konusunda hâkim kararı alınması için girişimde bulundukları, bu suretle hukuka uygun işlem yapma gayreti içinde oldukları anlaşılmaktadır. Bu nedenle, somut olaydaki arama işleminin, esasen hakkında arama kararı verilmesi için gerekli koşullar oluşmuş ve yetkili merci tarafından da arama emri verilmiş bulunan sanığın haklarını ihlal ettiğinden söz edilemez. O halde, sanığın üzerindeki arama işleminin ve sonucunda elde edilen kanıtların hükümde değerlendirilmesine engel bulunmamaktadır." diyerek sanık üzerinde yapılan aramanın şekil bakımında eksik olduğunu kabul etmekle birlikte bu eksikliğin sanığın haklarını ihlal etmediğinden arama kararı sonucunda bulunan delillerin hükme esas alınması gerektiğini söylemiştir.[196]

Öncelikle şunu belirtmek isteriz ki hukuka aykırı delil ister işkence ile elde edilen ifade sonucu elde edilsin isterse, hukuka aykırı yapılan bir arama veya telefon dinlemesinden elde edilen bilgiler ile elde edilsin bu deliller ile hukuka aykırı ilk deliller arasında bir fark yoktur ve tümü hukuka aykırıdır. Bu nedenle bazı yazarların hukuka aykırı deliller arasında mutlak-nispi, temel hakları ihlal eden, etmeyen veya doğrudan-dolaylı ayırımına hukuka aykırı deliller vasıtasıyla ulaşılan diğer delillerin ceza muhakemesinde kullanılabileceğine ilişkin düşüncelere katılmıyoruz. Hangi gerekçeyle olursa olsun hukuka aykırı deliller vasıtasıyla ulaşılan bazı delillerin ceza muhakemesinde kullanılabileceğini söylemek, hukuka aykırı fiiller işlemeyi ve bu fiiller sayesinde deliller elde etmeyi teşvik etmek demektir. Keyfi, kişiye göre değişebilecek ve istenildiği gibi kullanılabilecek ölçütler, hukuka aykırılıkları gözardı etmekten ve hukuka aykırı delillerin toplanmasına destek vermekten başka bir anlam taşımaz.

İletişimin dinlenmesiyle ilgili olarak gerek 5237 sayılı TCK'da gerekse 5271 sayılı CMK'da düzenleme yapılmadan ve İletişim Başkanlığı kurulmadan önce hukuka aykırı olarak izinsiz ve gizli yapılan telefon dinlenmeleri sonucunda elde edilen ses kayıtlarından bir takım delillere ulaşılmakta, daha sonra bu ses

[196] Ceza Genel Kurulu'nun 15.03.2005 tarih ve E.2005/10-15, K.2005-29 sayılı kararı, Şahbaz, a.g.e, s. 252.

kayıtlarından hiç söz edilmeyerek bu ses kayıtları ile ulaşılan deliller yargılama makamının önüne hukuka uygun elde edilmiş delil gibi getirilmekteydi. Hukuka aykırı olarak yapılan telefon dinlenmesine izinsiz ve gizli başvurulduğu için, yargı makamı ve telefonu dinlenen kişi de dahil hiç kimsenin bu dinlemeden haberi olmamaktadır. Telefon dinlenmesi gizli yapılmakta, bu dinlemeden elde edilen ses kayıtlarından birtakım delillere ulaşılmakta, sonra bu ses kayıtlarından hiç söz edilmemekte ve bu ses kayıtları ile ulaşılan deliller yargılama makamının önüne hukuka uygun elde edilmiş delil gibi getirilmektedir. Örneğin bir cinayet suçunda, gerçekte hukuka aykırı bir telefon dinlemesi sonucu elde edilen bir suç aleti sanki polise yapılmış bir ihbar sonucu elde edilmiş gibi gösterilebilmektedir. Yine bir rüşvet suçunda hâkim kararı bulunmadan yapılan dinleme sonucu gerekli bilgiler elde edilmekte daha sonra bu bilgilerin ihbar sonucu alındığı ileri sürülerek şüphelilerin daha önce tespit edilen telefonların dinlenmesi için bu sefer hâkimde hukuka uygun dinleme kararı alınarak yasal olarak dinlenerek hukuka uygun elde edilmiş bir delilin varlığından bahsedilmekte ve gerçekte hukuka aykırı olan bu delil yargılamada kullanılabilmektedir.

Hukuka aykırı uygulamaların önünü açmamak ve hukuka uygunluğu sağlamak amaç olduğuna göre, bu amaçtan "deliller" konusunda da sapmamak gerekir. Bunun yanında, hukuka aykırı delili sadece önceki delille, yani sanıktan işkence ile alınan ifade veya bir evde hukuka aykırı yapılan arama neticesinde elde edilen belge ile sınırlamak, fakat bu deliller sayesinde ulaşılan delilleri "hukuka aykırı delil" nitelendirmesinin dışında tutmak, bir kötü niyet ifadesidir.[197]

C. ÖZEL KİŞİLERCE ELDE EDİLEN HUKUKA AYKIRI DELİLLER

Özel kişilerce elde edilen hukuka aykırı delil, işlendiği iddia olunan bir suçla ilgili soruşturma ve kovuşturma yetkisine sahip olmayan kişiler tarafından hukuk kuralları ihlal edilerek elde edilen deliller demektir.[198]

Özel kişilerce elde edilmiş hukuka uygun deliller de olabilir. Örneğin bir kişi, evinde işyerinde veya sokakta tesadüfen işlenmiş bir suçun kanıtlarını veya suç

[197] Şen, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda …, s.160.
[198] Şen, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda …, s.163.

aletini bulabilir. Kişi bulduğu kanıtları adli makamlara teslim etmesi halinde, bu deliller tabi ki yargılamada kullanılabilecektir.

Özel kişilerce elde edilen hukuka aykırı delillerin değeri ve yargılamada kullanılması konusunda iki görüş vardır. Özel kişilerce elde edilen hukuka aykırı deliller belli istisnalar dışında yargılamada kullanılabileceğini savunan görüşe göre, hukuka aykırı delil toplama engeli sadece adli makamları ilgilendiren bir konudur. Bu düşünceye karşı çıkanlar ise, delilin özel kişi tarafından elde edilip edilmediğine bakılmaksızın, kim tarafından elde edilirse edilsin hukuka aykırı toplanan tüm delillerin ceza muhakemesinde kullanılamayacağını savunmaktadır.

1. Özel Kişilerce Elde Edilen Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılabileceği Teorisi

Mülga 1412 sayılı CMUK'un 234. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz" şeklindeki kural nedeniyle kanun koyucunun, delillerin elde edilmesi konusunda getirdiği usul ve esasların özel kişileri bağlamayacağı ve bu nedenle de özel kişilerin bu düzenlemelere aykırı hareket etmeleri neticesinde elde ettikleri delillerin yargılamada kullanılabileceği savunulmuştur.[199]

Yine İHAS'ne göre, hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesinde yasaklanmasının nedeninin kamu otoritelerinin aşırı muamelesini önlemek olduğu belirtilmiştir. Ceza muhakemesinde yer alan ve konusu bakımından elde edilmesi yasaklanan deliller, devletin soruşturma ve kovuşturma organlarını ilgilendiren ve sınırlayan hükümlerdir. Bu nedenle, özel kişiler tarafından elde edilen delillerin yargılamada kullanılabilmesi gerekir. Bununla birlikte, özel bir şahıs tarafından uygulanan delil elde etme metodu, CMUK'nun 135/a (CMK'nın 147.maddesi) maddesinde öngörülen yasak yöntemlerin kapsamına girip, kişi hak ve özgürlüklerini esaslı şekilde ihlal eder nitelikte ise, o delil yargılamada değerlendirme dışı kalmalıdır.[200]

[199] Şen, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda …, s.163.
[200] Yenisey, "Yasak Yöntemlerle., s. 1238, Yenisey, "Örgütlü Suçluluk.., s. 159.

Özel kişiler tarafından suçun ispatına yönelik olarak elde edilen gizli bilgilerin kural olarak değerlendirilebileceğini iddia edilmiştir.[201]

Bu düşünceye göre özel kişilerin hukuka aykırı yollardan delil elde etmeleri, örneğin bir belgeyi çalmaları ve bunu yetkili makamlara vermeleri durumunda bu deliller, kural olarak kullanılabilecektir. Kanun koyucunun düzenlediği yasak delil yöntemleri, özel kişilerle ilgili olmayıp, kovuşturma makamları için öngörülmüştür. Kamu hukukunda idare bakımından yetkinin istisna, yetkisizliğin kural olduğu, eğer hürriyetçi ve demokratik bir sistem ölçü ise, yasak edilmeyen her şeyin vatandaşlar, yani özel kişiler için serbest olacağı ifade edilmiştir.[202]

Bu istisna, insan haklarına yapılan ağır müdahalelerdir. Özel kişinin sanığa işkence yaparak ikrar elde etmesi halinde, elde edilen hukuka aykırı delil kullanılamayacak, fakat bu ve benzeri ihlal dışında kalan ihlaller yoluyla özel kişilerin elde ettikleri hukuka aykırı deliller yargılamada kullanılabilecektir.[203]

Buna göre, özel kişilerin, suç işlemeden elde ettikleri hukuka aykırı deliller yargılamada kullanılabilir. Böylece, özel kişinin sadece suç işlemek suretiyle elde ettiği delil yasak kapsamında kalacaktır.

2. Özel Kişilerce Elde Edilen Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılamayacağı Teorisi

Bu düşünce, kim olursa olsun, yani özel kişi tarafından elde edilip edilmediğine bakılmaksızın, hukuka aykırı toplanan tüm delillerin yargılama dışı

---

[201] Şen, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda …, s.163.

[202] Öztürk, Delil Yasakları…, s. 113-114 - Öztürk, CMUK Reformu ve Uygulama., s. 606

[203] Özel kişiler tarafından çalınan delillerin elde edilişleri hukuka aykırı olsa dahi, eğer özel kişiler bu delilleri ceza yargılaması organına verirse, bu deliller yargılamada kullanılabilir, çünkü ceza yargılaması kuralları adli makamlar için vardır. Özel kişiler için sözkonusu olabilecek istisna ise, özel kişilerin fiillerinin insan hak ve hürriyetlerini açıkça ihlal etmeleri halinde, bu hukuka aykırı fiiller yoluyla elde edilen delillerin yargılamada kullanılmaması şeklinde söz konusu olabilir. Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku..., s. 296-297. Hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılmasını tümüyle reddeden müellifin böyle bir düşünceye katılmadığını ve sadece bir düşünce olarak yer verdiğini zannediyoruz. Müellif görüşlerine yer verdiği "Değerlendirme" başlığı altında, her nekadar özel kişilerce elde edilen hukuka aykırı delillerden bahsetmese de, bu delilleri ayırmamış ve Türk Ceza Yargılaması Hukuk açısından tüm hukuka aykırı deliller için değerlendirme yasağının gündeme geleceğini belirtmiştir. Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku..., s. 297-298.

kalacağını ve yargılamada kullanılamayacağını, çünkü hukuka aykırı delil toplama engelinin herkesi kapsadığını savunmaktadır.[204]

Devletin koruma görevi bireysel saldırılara karşı da mevcuttur. Özel kişilerden gelebilecek saldırılar da "hukuk devleti" ilkesine zarar vermesi sebebiyle, değerlendirme yasağı bir bütün olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla, özel kişilerce hukuka aykırı surette temin edilen deliller, temel hakkın korunmasının çekirdek alanına dayandığından, onun ihlali üzerine bir hukuk devleti kurulamayacağından, bu gibi delillerin değerlendirilmesi uygun değildir.[205]

Bununla birlikte, ortada bir hukuka uygunluk sebebi var ise, özel kişinin elde ettiği delilin yargılamada kullanılabileceği savunulmuştur. Bu görüşü savunanlara göre çocuk kaçıran failin, telefonla yaptığı şantajın banda kaydedilmesi halinde, bu bandın delil olarak kullanılabilmesi mümkündür.[206]

Ne olursa olsun özel kişilerin hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller ceza muhakemesinde kullanılamaz.[207]

Sadece soruşturma ve kovuşturma organlarına yasak vardır, özel kişileri yönelik bir yasak yoktur diyerek, hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesine sokulmasına kapı açılması hukuku dolanmaktır. Ceza muhakemesinin yetkili makamları, hazırlık tahkikatında cumhuriyet savcısı ile onun emrindeki kolluk kuvveti ve bundan başka sulh ceza hâkimi, son tahkikatta da mahkeme başkanı ve mahkemelerdir. Bu aşamalarda suçu soruşturmak, kovuşturmak ve yargılamak konusunda özel kişilerin hiçbir yetkisi bulunmamaktadır.[208]

Suçla ilgili soruşturma ve kovuşturma yetkilerinin olmadığı anlaşılan özel kişilerin, bu işi görmeye yetkili makamların bile yapamayacağı fiilleri icra edebileceği ve hukuka aykırı şekilde elde edeceği delillerin de yargılamada

---

[204] Erman, Sahir, "Sentez Raporu" Hukuku Aykırı Deliller Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, s.383-390, İstanbul, 1995, s. 386-387- Hasan Tahsin Gökcan, Ceza Muhakemesinde Delil Yasaklarının Hazırlık Soruşturmasına Etkisi", Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 19, s. 12-15, Ankara, Haziran 1997, s. 14.

[205] Demirbaş, a.g.e., s. 277.

[206] Demirbaş, a.g.e., s. 277., Öztürk de aynı örneğe yer vermiş ve usule uymaksızın telefon konuşmalarının banda alınmasını bir meşru müdafaa hali olarak görmüştür. Öztürk, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku…, s. 395, Öztürk, DelilYasakları…, s.114.

[207] Keskin, a.g.e., s. 259.

[208] Keskin, a.g.e., s. 259-260.

kullanılabileceği fikrine katılmanın imkânı yoktur. Özel kişide bulunan delilin elde edilişinin hukuka aykırı olması, o delilin yargılamada kullanılamaması için yeterlidir.[209] Bu nedenle, özel kişinin bir delili elde etmesini sağlayan fiilin sadece hukuka aykırı olup olmadığına bakılmalı, eğer hukuka aykırılığı tespit edilirse yargılama dışı bırakılmalıdır. Bunun dışında, bir delili yargılama dışı bırakmak için, o delilin elde ediliş şeklinin suç teşkil etmesi şartı aranmamalıdır.

Temel hak ve hürriyetler kullanılırken, başkalarının temel hak ve hürriyetlerine "yasak değil" gerekçesiyle çiğneyebilme hürriyeti kimsede yoktur ve olamaz.

Özel kişiler bu normları ihlal ederek, eğer delil elde etmişlerse, zaten o deliller hukuka aykırıdır. Bundan başka, özel kişinin fiili suç olmasa dahi, eğer bir hukuk kuralını ihlal etmiş ise, örneğin, kendisine yetki tanınmadığı halde bir kimsenin evinin içindeki faaliyetlerini gizlice görüntülemiş ise, özel kişinin bu fiili kişilik haklarını zedelediği için, elde ettiği delil hukuka aykırı delil niteliği kazanacak ve yargılama dışı kalacaktır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, bir partinin kapatılması için açtığı davada bu partinin daha önce kapatılan bir partinin yasaklı genel başkanı tarafından yönlendirildiği ve kapatılan bu partinin devamı olduğuna ilişkin iddialarına delil olarak, kimliği açıklanmayan bir kişi tarafından hukuka aykırı bir şekilde elde edilen telefon konuşma kayıtlarının mahkemeye sunması üzerine;

Anayasa Mahkemesi, "Bir hukuk devletinde, devletin tüm organlarının işlemleri, mevcut hukuk kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir. Bu kurala aykırılık, işlemin adil olmasını ve dolayısıyla da dürüst işlem ilkesini ihlal edecektir. Usul hukukumuzun ilkelerinden olan "dürüst işlem ilkesi" de bu şekilde elde edilmiş bir delilin kullanılmasına olanak vermez. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı, kişilerin hukuk devletinin kuralları çerçevesinde yargılanmalarını öngörür. Özel kişilerin başkalarının konuşmalarını kaydetmesi ve devlet organlarının bu kayıtlara itibar etmeleri kamu güvenliğini de tehdit eden bir yöne sahiptir. Bu şekilde elde edilen bir delil demokratik toplum düzeninin gerekleri ile de bağdaşmaz. Böyle bir delilin kabul edilmesi hukukun genel

[209] Keskin, a.g.e., s. 260.

ilkelerine de aykırılık oluşturur" diyerek hukuka aykırı biçimde sağlanan telefon konuşmasının delil olamayacağına karar vermiştir.[210]

Kanaatimizce, kim tarafından yapılmış olursa olsun hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin yargılamada kullanılması hukuka aykırıdır. Bir başka ifadeyle, hukuka aykırı delil elde edenin, özel kişi veya delil toplamaya yetkili kişi sıfatı taşımasının, hukuka aykırı delile yargılamada kullanılabilme gücü vermesinde kıstas olarak görülmesi kabul edilemez. Burada önemli olan, yargılamada kullanılmak istenen delilin hukuka aykırı olarak elde edilmiş olmasıdır. Bu şekilde bir delil yargılamada yine de kullanılacak olursa, mahkemenin verdiği karar hukuka aykırı bir karar niteliğine sahip olacaktır.

Özel kişilerce elde edilen hukuka aykırı delillerin kişi hak ve özgürlüklerini ihlal etmediği sürece ceza muhakemesinde her zaman kullanılabileceğini, hukuka aykırı delil elde etmenin sadece soruşturma ve kovuşturma organları için yasaklandığını savunmak hukuk devleti ilkesini benimseyen bir devlette düşünülemez. Hukuk devletinde kanun önünde herkes eşittir. Delillerin toplanması ile ilgili 1982 Anayasanın 20, 38/6, AİHS'nin 6, 8 ve CMK'nın 217/2 maddesi ile diğer kaynaklarda yer alan kurallara herkes uymaya mecburdur. Görevli ve yetkili makama tanınmayan bir müdahale imkânının, özel kişiye tanınması mümkün değildir.

Ceza muhakemesi normlarının yalnızca adli makamlar için olduğu ve özel kişileri bağlamadığını söylenemez. Hukuk kuralları herkes için vardır. Ceza muhakemesinde görev alanlara, yetkilerin hukuk kurallarıyla verilmiş olmasının esas nedeni, anayasal güvence altındaki insan hak ve hürriyetlerini korumaktır. Aksi halde her özel kişi, ceza muhakemesinde aktif görev alır, delil arar, toplar, arama yapar, eve girerek delile el koyar, telefon dinler, kan numunesi alır ve görüntü tespit eder. Böylelikle resmi makamların delil toplamak için yasadışı mafya benzeri oluşumlara dayanması yolu açılır.

---

[210] Anayasa Mahkemesi'nin 26.06.2001 tarih ve E. 199-2, K.2001-2 sayılı kararı, http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/kararlar/SPK (26.07.2009)

Sonuç olarak özel kişiyi delile götüren davranış, delil elde etmek amacı taşıyor ve hukuka aykırılık sadece bu delilin toplanması ile oluşuyorsa, o delil hukuka aykırı olarak elde edilmiştir. Bu şekilde elde edilmiş delil ceza muhakemesinde kullanılamaz. Ancak, kişinin amacı delil elde etmek olmadığı halde tesadüfen bir suça ait delil ortaya çıkmış ise, bu delil hukuka aykırı delil olarak kabul edilmemelidir. Örneğin kişi işkence ile şüpheliyi konuşturarak aldığı ifade veya ifade sonucu elde ettiği suç aletini resmi kurumlara verse de bu şekilde elde edilen delil hukuka aykırı olduğundan ceza muhakemesinde kullanılmaması gerekir. Ancak, delil elde etmek gibi bir düşüncesi olmayan bir kişin çalıştığı yerde yasa dışı eylemler yapıldığını öğrenmesi üzerine suç işlendiğini ispat edecek şekilde delil elde etmesinde ve bunu adli makamlara vermesinde bizce hukuka aykırılık olmayacaktır. Çünkü burada kişinin amacı delil elde etmek değildir. Kişi sadece vatandaşlık görevi olarak bir suçu veya suçluyu ilgili kurumlara ihbar etmektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNDA İLETİŞİMİN DİNLENMESİ VE ELDE EDİLEN DELİLLERİN HUKUKA UYGUNLUĞU

I. CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNDA İLETİŞİMİN DİNLENMESİNİN KOŞULLARI

A. GENEL OLARAK

Özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyeti, herkese karşı ileri sürülebilen dokunulmaz temel haklardandır. Bu haklar her demokratik toplumda olduğu gibi sınırsız değildir. Bu haklara ve özgürlüklere getirilecek sınırlamalar ancak, kanunla insan haklarını ve demokratik hukuk devleti ilkesini zedelemeyecek şekilde yapılmalıdır. Bu sebeple amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmak olan ceza muhakemesinde telefon ile yapılan görüşmelerin dinlenmesi ve delil elde edilmesi normaldir.[211] Bu tedbire suçlulukla mücadele ederken başvurmak gerekliliği açıktır. Ancak, bu tedbire başvurmak temel hak ve hürriyetlere ağır müdahale teşkil ettiği için sadece zorunlu ve istisnai hallerde ve açıkça kanunun düzenlediği durumlarda bu tedbire başvurulmalıdır. Böylece her olayda bu tedbirin uygulanmasının önüne geçilmiş ve kötüye kullanmalar engellenmiş olur.

Günümüzde, iletişime müdahale ve bu yolla bazı delillere ulaşma olanağı, suçun ispatında önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmakla birlikte, konunun kötüye kullanılabileceği kuşkusu da her zaman göz önünde bulundurulmalıdır.[212] Bu nedenlerle iletişimin denetlenmesi, özel ve sıkı bazı koşulların varlığı halinde başvurulabilecek tedbirler olarak düzenlenmiştir.[213]

---

[211] Kaymaz, Mevcut Yasal Düzenlemeler Karşısında Telefon ile Yapılan Haberleşmenin Denetlenmesi, İBD,S.1-12 Y.6, C.70, s. 6.
[212] Bayram, a.g.e, s. 2.
[213] Taşkın, Adli ve İstihbari..., s. 85.

Kanun koyucu, “kişi güvenliği” kadar önem taşıyan bir kişi hak ve hürriyeti olan “özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ile haberleşme hürriyeti”ne olur olmaz müdahale edilmesini önlemek istediğinden, bu noktada suç delili veya faillerin elde edilmesi maksadıyla haberleşme hürriyetine yapılabilecek müdahalelerde oldukça sınırlı davranmıştır. Böylece, kişi hak ve hürriyetlerine karşı otoriteden gelebilecek ve “kolaycılık” olarak nitelendirilebilecek yöntemlerin tatbikine imkân tanınmamıştır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda delilden sanığa ulaşma ilkesinin bir uzantısı olarak getirilen yeni koruma tedbirlerinden biri de iletişimin denetlenmesidir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ‘Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi’ başlıklı beşinci bölümünde 135 ile 138. maddeler arasında, ‘iletişimin denetlenmesi’ tedbirinin kapsamı ve şartları ayrıntılı şekilde belirlenmiştir.

Kanunda iletişimin denetlenmesi, klasik delil toplama tekniklerinden sonra gelen ikincil tedbir niteliğinde öngörülmüş, böylece kişilerin muhaberat hürriyetine yönelik müdahalelerin geniş tutulmaması hedeflenmiştir.

Bu nedenle adli maksatla kişinin iletişimi, en son çare olarak ve olaya ait delilleri toplayabilmek için denetlenmeli ve bu sırada bir “suç ikrarı” da elde edilmişse, bu ikrarın “kanıt olma gücü” elbette göz ardı edilmemelidir. Sırf şüpheli ve sanıktan ikrar elde etmek amacıyla değil, suç teşkil eden fiille ilgili somut kanıtlara ulaşabilmek için ve istisnai olarak iletişimin denetlemesi tedbirine başvurulmalıdır.

Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesinde yasa koyucu iletişimin denetlenmesinden ne anlaşılması gerektiğini de açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir.

Tespit; iletişimin içeriğine müdahale etmeksizin, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgisinin tespit edilmesine yönelik işlemlerdir.

Dinleme; canlı dinlemedir ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin, bu konuda yetkili kılınan üçüncü kişi tarafından dinlenmesidir.

İletişimin kayda alınması; konuşulanların elektronik ortamda bir üçüncü kişi tarafından kayıt cihazı yardımıyla kaydedilmesi/kayıt altına alınmasıdır.

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi; elde edilen "kişisel veriler" üzerinde araştırma yapmak ve elde edilen verileri analiz etmeyi ifade eder. 10.11.2005 tarihli ve 25989 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Dinleme Yönetmeliği'nin "Tanımlar" başlıklı 3/k maddesi hükmüne göre, bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veri sinyal bilgisi sayılır.

Maddenin birinci fıkrasındaki önlemlerden, iletişimin tespiti işlemine tüm suçlar bakımından başvurulabilirken, 'dinleme, kayda alma ve sinyal bilgileri' için sadece katalog suçlar bakımından başvurulabilecektir. Yasa koyucu bunu, maddenin 6. fıkrasında dile getirmektedir. Bu itibarla iletişimin denetlenmesi hem 'gizli', hem de 'özel' bir korumadır.[214]

Öncelikle Ceza Muhakemesi Kanununa göre iletişimin denetlenmesi tedbirin uygulanabilmesi için bir suç dolayısıyla ceza soruşturması veya kovuşturmasının bulunması gerekir. Bir başka ifade ile delil elde etmek amacıyla yapılan adli iletişimin denetlenmesi için suç işlediği iddia edilen şüpheli veya sanık olması gerekir.[215] Bu ön koşulun bulunması halinde Ceza Muhakemesi Kanunu 135. mddesi uyarınca, iletişimin denetlenmesi ve kayıt altına alınmasına dair koruma tedbirine üç şartın gerçekleşmesi halinde başvurulabilecektir. Bunlar; kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması, başka bir suretle delil elde etmenin mümkün olmaması ve telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kayda alınmasına konu fiilin, 135. maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birisinin kapsamına girmesi olarak sıralanabilir.

[214] Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt.I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.598-599.
[215] Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 06.11.2007 tarih ve E.2007-8700, K.2007/8903 sayılı kararı, Parlar-Hatipoğlu, a.g.e., s. 561.

İletişimin denetlenmesindeki amaç, işlenmiş bir suçun delillerinin elde edilmesi yoluyla aydınlatılmasıdır. Bu nedenle delillerin yasaya uygun olarak elde edilmesi gerekir,

Soruşturma aşamasında hâkim tarafından verilen ancak hukuka aykırı olan bir karara dayanılarak gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgiler kovuşturma aşamasında delil olarak kullanılmayacaktır.[216] Bu nedenle iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen delillerin kullanılabilmesi için, kanunda getirilen koşullara kesin olarak riayet edilmesi gerekmektedir.

Bu koşullardan herhangi birisinin ihlali sonucunda elde edilen delil, "hukuka aykırı delil" niteliği taşıyacak olduğundan, ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır.

B. KİŞİLER YÖNÜNDEN İLETİŞİMİN DİNLENMESİ VE ELDE EDİLEN DELİLLERİN HUKUKA UYGUNLUĞU

CMK'nın 135/1 maddesinde şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespit edilebileceği, dinlenebileceği, kayda alınabileceği ve sinyal bilgilerinin değerlendirilebileceği belirtilmektedir.

Hukukumuzda soruşturmanın başlatılması kararından itibaren şüphelilik ve kovuşturma başladıktan sonra da sanıklık sıfatından söz edilmektedir.[217]

İletişimin tespiti, dinlenilmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kararı, sadece şüpheli veya sanık hakkında verilebilir. Ancak şüpheli veya sanıkla görüşme yapan üçüncü kişilerin iletişimlerinin dolaylı olarak dinlenmesi ve kaydı söz konusu olabilir.[218]

---

[216] Özbek, Ceza Muhakemesi...,s. 424., Ünver - Hakeri**,** Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2006, s. 172

[217] 5271 sayılı Yasanın "tanımlar" başlıklı ikinci maddesinde bu yasanın uygulanması bakımından tanımlamalar yapılmıştır. Buna göre "Soruşturma: Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi" (5271, m.2/1-e) ifade eder."Şüpheli: Soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi" (5271, m.2/l-a) ifade eder."Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi" (5271, m.2/l-f) ifade eder."Sanık: Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi" (5271, m.2/l-b) ifade eder.

[218] Özbek, Ceza Muhakemesi.., s. 424.

Kanunda iletişimin denetlenmesi önlemi için şüpheli veya sanığın görev veya konumu bakımından bir istisnaya yer verilmemiştir. Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesinde iletişimin dinlenmesi tedbiri, özel soruşturma yöntemi dikkate alınmaksızın düzenlenmiştir. Kural olarak iletişiminin denetlenmesi, koşulların varlığı halinde hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmış herkes için mümkündür

Özel soruşturma ve kovuşturmaya tabi kamu görevlileri ile özel yasalarında düzenlemeler bulunan kimseler için doğrudan genel hükümlere göre işlem yapılamayacağından, bunlarla ilgili özel yasalardaki soruşturma ve kovuşturma yönteminin gerektirdiği kuralların uygulanması zorunludur. Soruşturma yöntemindeki farklılık, kamu görevlileri yönünden soruşturma ve kovuşturma yapılmayacağı anlamına gelmez. Usul kanunundaki iletişimin dinlenmesiyle ilgili işlemler, farklı soruşturma yöntemi dikkate alınarak herkes için uygulanacaktır.

1. Şüpheli veya Sanıkların İletişiminin Dinlenmesi

a. Özel Soruşturma Yöntemine Tabi Olmayan Şüpheli veya Sanıklar

Ceza Muhakeme Hukukumuza göre delil elde etmek amacıyla başvurulan adli amaçlı iletişimin denetlenmesi için öncelikle işlendiği iddia edilen katalog bir suç olması, bu suçla ilgili soruşturma veya kovuşturmaya başlanılmış, şüphelinin kimliği ile kullandığı iletişim araçlarının numaraları belirlenmiş ve diğer bilgilerin tespit edilmiş olması gerekmektedir.

İletişimin denetlenmesi kararının ancak şüpheli sıfatını haiz kişiler hakkında verilebilecek olması, aynı zamanda bu kişilerle ilgili bir soruşturmanın açılmış olmasını da zorunlu kılmaktadır.[219]

CMK'nın ilk halinde olmamasına rağmen 5353 sayılı kanunla yapılan değişiklikle kovuşturma evresinde de bu tedbire başvurulabileceği hükme bağlanmıştır.

[219] Taşkın, Adli ve İstihbari a.g.e., s. 86.

Alman hukukunda kendisinden şüphelenilmeyen kişilerin de iletişiminin denetlenmesine imkan tanınmışken[220] CMK'da sadece şüpheli veya sanık için bu tedbirlerin uygulanabileceğini açık şekilde ifade edilmiştir.

Şüpheli ve sanık kavramları CMK'nın 2. maddesinde tanımlanmış olup, söz konusu tedbirin şüpheli ve sanık sıfatını taşımayan üçüncü kişiler hakkında uygulanması hukuka uygun değildir.

Hâkim tarafından hakkında söz konusu tedbire hükmedilen kişi, bu karar verilirken henüz şüpheli statüsüne girmedi ise, yani savcılık makamı tarafından hakkında soruşturma henüz başlatılmadı ise, hâkimin vermiş olduğu tedbir kararı hukuka aykırı bir karar olacağından, elde edilen delil de hukuka aykırı delil sayılacaktır.[221]

Yargıtay verdiği bir kararda, hakkında disiplin veya idari soruşturma yapılan kamu görevlisi yönünden henüz ortada ceza soruşturması ve kovuşturması bulunmadığından, CMK'nın 135. maddesi çerçevesinde telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi kararı verilemeyeceğini belirtmiştir.

Kararda, "Somut olayda hakkında soruşturma izni verilen Cumhuriyet Savcısının suç şüphesi altında bulunduğuna ilişkin bir bulgu ya da belgeye rastlanmadığı gibi, aksine soruşturma fezlekesinde cezai yönden soruşturma aşamasını gerektiren somut bir delilin mevcut olmadığı, sadece eşi ile geçimsizliği, bir bayan avukatla birlikte olduğu ve çevresindeki insanlarla olan ilişkilerinde ölçüyü mesleğinin gerektirdiği şekilde ayarlayamaması gibi, disiplin yönünden kovuşturulmayı gerektiren iddialar bulunduğu anlaşılmaktadır. Yasanın buyurucu hükmüne göre, suç şüphesi altında bulunmayan, yani şüpheli ve sanık sıfatı taşımayan bir kişi hakkında iletişimin tespiti kararı verilmesi olanaklı değildir." denmiştir.[222]

---

[220] Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, a. g. e., s. 699, Yenisey – Altunç, Sinan**,** İletişimin Denetlenmesi Hakkında, Mart 2007, (www.hukukturk.com) ET: 17.10.2007. s.28

[221] Yenisey -Altunç**,** a.g.e. s.11.

[222] Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 06.11.2007 tarih ve E. 2007-8700, K. 2007/8903 sayılı kararı, Parlar-Hatipoğlu, a.g.e., s. 561.

Yargıtay'ın ceza muhakemesi kanununda düzenlenen adli olarak iletişimin denetlenmesi ile ilgili maddelerine uygun olarak verdiği bu karar son derece isabetlidir. Bu karara göre hâkim tarafından hakkında söz konusu tedbire hükmedilen kişi, bu karar verilirken henüz şüpheli statüsüne girmedi ise, yani savcılık makamı tarafından hakkında soruşturma henüz başlatılmadı ise, hâkimin vermiş olduğu tedbir kararı hukuka aykırı bir karar olacağından, elde edilen delil de hukuka aykırı delil sayılacaktır. Çünkü CMK'nın 135 ile 137 maddelerinde ve yönetmelik hükümlerinde ancak şüpheli veya sanığın iletişiminin dinlenebileceği açıkça belirtilmiştir. Şüpheli ve sanık olmayan kişilerin, doğrudan doğruya veya hakkında tedbir uygulanan bir şüpheli ya da sanık üzerinden iletişimlerinin denetlenmesi hukuka uygun değildir. İletişimin denetlenmesi tedbirinin amacı, şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla yapmış olduğu iletişime ve kullandığı iletişim araçlarına yöneliktir. Şüpheli veya sanığın konuştuğu soruşturma kapsamında bulunmayan kişilerin, özel bir gayretle ve dinlemenin kapsamı genişletilmek suretiyle iletişimlerinin denetlenmesine yönelik uygulamalar ve elde edilen deliller, elbette CMK'nın 135. maddesine aykırı olacağından bu yöntemle elde edilen deliller hukuka uygun kabul edilmeyeceklerdir. Ayrıca sorumlular hakkında ceza yaptırımları uygulanabilecektir.

Dinlemeye alınacak iletişim araçları, sadece şüpheliler adına kayıtlı olanlar değil, adına kayıtlı olmasa dahi, kullandıkları iletişim araçlarının hepsidir. Zira genellikle suç işleyenler kendi adlarına kayıtlı olmayan iletişim araçlarını kullanmayı tercih etmektedirler. Hakkında karar verilen kişi ile iletişim aracı sahibinin farklı kişiler olması halinde bu durum talep ve kararda açıkça belirtilir.

Şüpheli veya sanığın kullandığı telefon, bir şirketin, derneğin ya da partinin telefonları ise bunlar da dinleme kapsamına alınabilecektir.[223] İletişim aracının şüpheli veya sanığın üzerinde, işyerinde veya konutunda olmasının önemi yoktur.

Şüpheli veya sanığın telefonu kullanması yeterli olup bu nedenle bir ofiste ortak kullanılan telefon veya kamu görevlisine ait telefon numarası dinlenebilecek,

[223] Dönmezer, Sulhi**,** Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Semineri, EGM, İstanbul, 06.08.1999, s.20.

şüphelinin, ankesörlü telefon gibi aleni telefonu kullanması halinde, bunların da dinlenilmesini hukuka uygun olacaktır.[224]

14.02.2007 tarihli ve 26434 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmeliğin 7. maddesinin birinci fıkrasında, iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirine şüpheli veya sanık bakımından karar verileceği belirtilmiş olup maddenin ikinci fıkrasında da "Birinci fıkrada sayılan tedbirler, hakkında tedbir uygulanacak kişinin üzerine kayıtlı veya kullanmakta olduğu iletişim araçlarının tümü hakkında uygulanabilir. Hakkında karar verilen kişi ile iletişim araç sahibinin farklı kişiler olması hâlinde bu durum talep ve kararda açıkça belirtilir" denmek suretiyle konu biraz daha belirginleştirilmiştir.

Ancak, CMK kapsamında adli amaçlı ve kişiye endeksli olarak, şüphelinin kullandığı veya ilerde kullanacağı tüm telefonların dinlenmesi için genel bir karar verilemez.[225]

Şüphelinin işlediği iddia edilen katalog suç ile ilgili olarak kullandığı telefon hakkında hâkim dinleme kararı verdikten sonra şüpheli, dinleme kararı verilen telefonu kullanmaktan vazgeçerek başka bir telefonu kullanmaya başlarsa, hâkimin, önceki telefon için verdiği dinleme kararı şüphelinin sonradan dinlendiği telefonu kapsamayacaktır.

Bu nedenle şüphelinin kullanmaya başladığı yeni telefon numarası belirlenir belirlenmez hâkimden bu numaralı telefon için yeniden karar alınması veya ek karar alınması gerekmektedir.

Aksi halde kolluk görevlilerinin inisiyatifi ile yeni kullanılmaya başladığı düşünülen telefonun, önceden diğer numaralı telefon için verilen dinleme kararı uyarınca dinlenmesine geçilmesi halinde, ilgisiz bir çok kişinin dinlenmesi söz konusu olabilecektir.[226]

---

[224] Şahbaz, a.g.e., s.116.
[225] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s.93.
[226] Taşkın, Adli ve İstihbari..., s. 92.

Bu durumda kullanımı sıkı şartlara bağlanmış olan bu tedbirin, uygulama alanı son derece genişletilmiş olacaktır. Bu nedenle hiçbir şekilde şüpheli veya sanıkla ilgili delil elde etmek amacıyla üçüncü kişilerin iletişimleri denetlenemez.[227]

Burada "iletişim" sözcüğüne yer verildiğinden, şüpheli veya sanığın sadece kendisine ait değil, kendisinin kullandığı ve başkalarına veya kamuya ait iletişimle ilgili de önlem alınabileceğini kabul etmek gerekir. Merkez kavram, şüpheli veya sanığın iletişimde bulunmasıdır. İletişim kime ait olursa olsun, bunun önemi yoktur. Ancak, başkasına ait telefonu bir kez kullanan kimse hakkında Yönetmelikte belirtildiği gibi, "kullanmakta olduğu" kavramından hareketle dolaylı olarak üçüncü kişilerin telefonunun dinlenilmesine izin verilmemesi gerekir. Böyle bir durumda, iletişim sahibi hakkında önlem kararı olmadığı halde, bir kez başka kimsenin ona ait iletişimden yararlanmış olmasının faturası iletişim sahibine çıkar ki, bu uygulama o kimsenin iletişim ve özel hayat alanına haksız müdahale olur.[228]

b. Özel Soruşturma Yöntemine Tabi Olan Şüpheli Ve Sanıklar

b.1. Milletvekilleri

CMK'da, iletişimin denetlenmesine karar verilecek şüpheli veya sanığın konum veya görevi bakımından bir istisnaya yer verilmemiştir. Hakkında soruşturma başlatılmış olan herkesin, koşullarının varlığı halinde iletişimi denetlenebilir.[229]

Fransız CMK'nın 100-7. maddesinde, milletvekillerinin iletişimlerinin denetlenmesi konusunda özel bir hüküm mevcuttur. Bu düzenlemeye göre, "soruşturma yargıcı tarafından bağlı olduğu meclis başkanına bilgi verilmeden hiçbir biçimde milletvekili veya senatörün hattı üzerinden iletişimi denetlenemez" (Fransa CMK, m. 100/7-1). Fransa'daki uygulamada sadece meclis başkanına bilgi verilmekte ancak, delillerin kaybolması olasılığı gözetilerek, meclisten bir karar alınması yoluna gidilmemektedir.[230]

---

[227] Çolak- Taşkın, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 2. Baskı. Ankara, 2007, s.625.
[228] Şahbaz, a.g.e., s.116.
[229] Öztürk - Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2007. s.605.
[230] Şahbaz, a.g.e., s.120, Taşkın, Adli ve İstihbari…, s.89.

Almanya'da ise, anayasada yer alan dokunulmazlık kurumu nedeniyle milletvekillerinin iletişimlerinin dinlenmesi kabul edilmemektedir.[231]

Türk hukukunda milletvekillerinin iletişimlerinin denetlenemeyeceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır.

Ülkemizde 1982 Anayasasının 83. maddesi uyarınca, milletvekilleri hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılabilmesi için Türkiye Büyük Millet Meclisinin kararı gerekmektedir. Bir milletvekili hakkında suç isnadında bulunulmuşsa, ilgili savcı soruşturma yapabilmek için, TBMM Başkanlığından dokunulmazlığın kaldırılması kararı isteyecektir. TBMM'de dokunulmazlığın kaldırılması süreci alenidir. Bu konuda karar alındıktan sonra, gizlilik kalmayacağından, soruşturma yapılacak suçla ilgili delil elde etmek amacıyla milletvekilinin iletişiminin denetlenmesinin bir anlamı olmayacaktır.[232]

Ancak, milletvekilleri için bir istisnaya yer verilmiştir: "Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla 1982 Anayasasının 14. maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır." Bu koşulların varlığı halinde milletvekili hakkında soruşturma ve dolayısıyla kovuşturma başlatılabileceğinden, Anayasa koyucu bu durumlarda, yetkili makamın durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorunda olduğunu kabul etmiştir. Bu bildirim sadece meclisin konuyu bilmesine yöneliktir. Zira suçun burada belirtildiği gibi işlenmesi halinde dokunulmazlıktan yararlanma söz konusu edilemeyecektir.[233]

Gerek dokunulmazlığın kaldırılması ve gerekse ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla 1982 Anayasasının 14. maddesindeki durumlarda, milletvekili hakkında soruşturma yapılabileceğinden, iletişimin denetlenmesi önlemine de, diğer şüpheli ve sanık hakkında olduğu gibi başvurulabilecektir.

---

[231] Erdem, Özbek, a.g.e., s. 272.
[232] Taşkın, Adli ve İstihbari..., s. 89.
[233] 1982 Anayasının 83. maddesinin gerekçesi

b.2. Diğer Kamu Görevlilerinin Durumu

Milletvekilleri gibi diğer kamu görevlilerinin işlemiş olduğu görevleriyle ilgili suçlarda soruşturmanın başlatılabilmesi için 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun veya diğer özel kanunlar gereğince önceden izin alınması gerekmektedir.

Kamu görevlilerinin işledikleri kişisel ve görev dışı suçlarda soruşturma genel hükümlere göre yapılmaktadır.

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanununun 1. maddesine göre, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için kanunda belirtilmiş yetkili mercilerden izin alınması gerekir.

Ancak, 4483 sayılı yasanın 2. maddesinde, ağır cezayı gerektiren suçüstü halinin genel hükümlere tabi olduğu, disiplin hükümleri ile 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 243 ve 245. (5237 TCK'nın 94., 95., 256.) maddeleri ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 154. (5271 CMK'nın 161.) maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu kanunun uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Hukukumuzda 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun dışındaki özel bazı yasalarda da soruşturma yöntemlerine ilişkin hükümler bulunmaktadır.

2802 sayılı Hâkim ve Savcılar Kanunun 82. maddesi uyarınca, hâkim ve savcıların görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır.

Yine 2797 sayılı Yargıtay Kanunun 46. maddesi uyarınca, Yargıtay Başkanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve üyeleri, 2575 sayılı kanunun 82. maddesi uyarınca Danıştay Başkanı, Başsavcı ve üyelerin görevleriyle ilgili veya kişisel suçlarından dolayı haklarında soruşturma yapılabilmesi Birinci Başkanlık Kurulunun kararına bağlıdır.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünün 24. maddesi uyarınca, Anayasa Mahkemesinin Başkan ve üyelerin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlarla, şahsi suçlarından soruşturma açılması mahkemenin kararına bağlıdır.

4483 sayılı yasa ile bu yasa dışında kalan diğer kamu görevlilerinin kendi özel yasalarından kaynaklanan özel soruşturma işlemleri nedeniyle, bunlar hakkındaki iletişimle ilgili önlemlerden istenilen sonucun alınması, genel hükümlere tabi olanlara oranla daha güçlük arz etmektedir.[234]

Haklarında özel soruşturma yöntemi uygulanacak olan kamu görevlileri bakımından önce izin ve arkasından soruşturmaya başlanılması nedeniyle, kamu görevlisi ve diğer ilgililer, iletişimle ilgili önlemlerden haberdar olacaklarından, gizliliğe uyulmama nedeniyle bu önlemle delil elde edilmesinde güçlük bulunmaktadır.[235]

Bu kişilerle ilgili olarak izin alındıktan ve soruşturma başlatıldıktan sonra iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması mümkündür. Ancak kamu görevlisinin, işlediği iddia edilen suçlarla ilgili hakkında iletişimin dinlenmesi suretiyle hukuka uygun delil elde etmek ancak, izin verecek merciin karar alma sürecindeki gizlilik kuralına uymasına bağlı olacaktır.

Kamu görevlilerinin, işlemiş olduğu görevleriyle ilgili suçların soruşturmasının başlatılabilmesi için 4483 sayılı kanun veya diğer özel kanunlar gereğince önceden izin alınması şartı, bu kişiler hakkında telefon dinleme yoluyla delil elde edilmesini zorlaştırmaktadır.

Cumhuriyet savcısının, soruşturmaya başlayabilmek için şüphelinin amirinden soruşturma izni isteyeceği, bir muhakkikin inceleme yapmak üzere görevlendirileceği, tüm isnat ve iddiaların muhakkik tarafından araştırılacağı, bu aşamada şüphelinin savunmasının da alınacağı düşünülürse, izin sisteminin uygulanacağı soruşturmaların telefon dinleme tedbiri ile delil elde etmeye elverişli olmadığını söylemek yanlış olmaz.

---

[234] Şahbaz, a.g.e, s. 123.
[235] Taşkın, Adli ve İstihbari .., s.87.

2. Şüpheli veya Sanıktan Başka Kimselerin İletişimlerinin Dinlenmesi

a. Suça İştirak, Yardım ve Yataklık Edenler

CMK'nın 135. maddesinde suça iştirak, yardım ve yataklık edenlerle ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

4422 sayılı ÇASÖMK'nın 2. maddesinde düzenlenen iletişimin dinlenmesi ve tespiti işlemlerinin, bu kanunda öngörülen suçları işleme veya bunlara iştirak yahut işlendikten sonra faillere her ne suretle olursa olsun yardım veya aracılık veya yataklık etme kuşkusu altında bulunan kimseler hakkında da uygulanabileceği açıkça vurgulanmıştı.

CMK'nın 135. maddesinde sayılan katalog suçlara iştirak edenler, TCK'nın 37. maddesi uyarınca o suçun şüpheli veya sanığı olacakları için bu kişiler içinde iletişimin dinlenmesi kararı verilebilecektir.

CMK'nın 138/2. maddesinde, iletişimin denetlenmesi sırasında katalog suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edildiğinde bu delilin muhafaza altına alınacağı belirtilmiştir. Telefonu dinlenen şüpheli veya sanık ile konuşan kişinin, dinleme konusu suçun azmettireni veya iştirakçisi olduğu ortaya çıktığı takdirde hakkında soruşturma ve dinleme kararı bulunmayan bu kişi kendiliğinden şüpheli konumuna gelecek ve CMK'nın 138/2. maddesi uyarınca tesadüfen elde edilen bilgi ve kayıtlar aleyhine delil olarak kullanılabilecektir.

Buna karşılık üçüncü kişilerin fiilleri, dinleme konusu suça yardım ve yataklık olarak değerlendirildiğinde veya dinleme konusu suçtan bağımsız başka bir suç oluşturduğu yada katalog suçlar arasında yer almadığının tespiti halinde bu kişilerle ilgili dinleme kararı verilemez. Bu hususun sonradan anlaşılması halinde telefon dinleme sonucu elde edilen deliller hukuka aykırı olduğundan ceza muhakemesinde kullanılamaz.

b. Müşteki Veya Mağdurun İletişiminin dinlenmesi

CMK'nın 135. maddesinde, sadece şüpheli veya sanığın iletişiminin denetlenmesi öngörülmüştür. Kural olarak şüpheli veya sanık dışında üçüncü bir kişinin iletişimi denetlenemez.

Mağdur, CMK'nın l35. maddesinde sayılan süjelerden birisi değildir. Maddenin lâfzî yorumundan hareket edildiğinde, bu maddeye dayanmak suretiyle mağdurun telefonunun dinlenmesi ve kayda alınması mümkün gözükmemektedir.[236]

26434 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan CMK Yönetmeliğinin 10/4. maddesinde, "bir soruşturma sırasında delil toplama kapsamında, somut olayın özelliğine göre maddî gerçekliğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için zorunlu olduğu takdirde, açık rızasının bulunması ve iletişim aracının kendisine ait olması şartıyla şikâyetçinin iletişiminin tespiti Cumhuriyet savcısının yazılı kararıyla Başkanlıktan istenir" düzenlemesine yer verilmiştir.

Yasada açık biçimde yer almamakla beraber, uygulamada şikayetçinin iletişiminin tespiti yapılabildiğinden yönetmelikte de bu konuda bir düzenleme yapılmıştır.

Uygulamada Cumhuriyet savcısının, CMK'nın 160 ve 161. maddeleri kapsamında rıza bulunması halinde mağdur veya müştekinin iletişiminin tespitine veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine karar verebileceği kabul edilmektedir. Ancak mağdur ve müştekinin telefonunun rızayla da olsa dinlenilmesi ve kayda alınması kanunen olanaklı değildir.

Yargıtay da içtihatlarında, CMK'nın 135. maddesinde sayılan tedbirlere karar verilebilmesi için tedbir uygulanacak kişinin şüpheli veya sanık statüsünde olması gerektiğini açıkça ortaya koymuş, şikâyetçi ve mağdurun iletişiminin dinlenmesine rıza olsa dahi karar verilemeyeceğini, Cumhuriyet savcısının, CMK'nın 160. ve 161. maddelerde yer alan genel soruşturma ve kanıt toplama yetkisi çerçevesinde sadece iletişimin tespitine karar verebileceğini ifade etmiştir.

[236] Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme.., s. 74.

Yargıtay, 135. madde ile 160 ve 161. maddeler arasındaki düzenleme ve yetki farkına dikkat çektiği kararlarında, " İletişimin dinlenmesi tedbirine sadece şüpheli veya sanık için başvurulabilir. Yakınan veya suçtan zarar görenin iletişiminin tespiti, sonucu belirlenebilecek şüpheli veya sanık için aleyhe kanıt oluşturacak delile ulaşılsa bile mağdurun ve katılanın iletişiminin tespiti, CMK'nın 135. madde kapsamında değil, CMK'nın 160. ve 161. maddelerde yer alan Cumhuriyet savcısının genel soruşturma ve kanıt toplama yetkisi çerçevesinde değerlendirmek isabetli olacaktır"[237] demiştir.

Buna karşın, Yargıtay, müştekiye ait olan telefonun çalınması halinde bu tarihten sonra yapılan iletişimin müştekiye değil, telefonu çalan şüpheli veya şüphelilere ait olduğunu belirterek, müştekiye ait telefonun çalınması halinde CMK'nın 135. maddesi kapsamında telefonun dinlenebileceğini kabul etmiştir.

Yargıtay bu konuya ilişkin olarak verdiği kararda, "Dosya kapsamına göre, iletişimin tespiti istenilen cep telefonunun 17/10/2006 tarihinde çalındığı, şikayetçinin bu tarihten sonra söz konusu telefon üzerinde herhangi bir egemenliğinin kalmadığı, bu nedenle çalındığı tarihten sonra anılan telefon ile yapılan iletişimin müştekiye ait olmayıp, meçhul şüpheli tarafından yapılan iletişim olduğu ve başka türlü delil elde etme imkanının da bulunmadığı durumlarda, CMK'nın 5353 sayılı Kanun'la değişik 135/1. maddesi uyarınca şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir."[238] demiştir.

Bir görüşe göre hukuka aykırı olan, "rıza dışı" dinlemelerdir. Eğer konuşmanın taraflarından biri önceden dinlemeye rıza gösterirse, fiil hukuka uygun hale geleceği söylenmiştir.[239]

Bu düzenleme şantaj suçlarında veya gizli bilgi veren muhbirlerin konuşmalarının dinlenmesinde hukuka uygunluğu sağlamak açısından önemlidir. Bu düşünceye göre mağdurun iletişiminin dinlenmesinde CMK'nın 135. maddesi

[237] Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 29.11.2006 tarih ve E. 2006/4669, K, 2006-17007 sayılı kararı, Parlar-Hatipoğlu, a.g.e., s. 570 ile Yargıtay 4.Ceza Dairesinin 28.03.2007 tarih ve E. 2007-1398, K. 2007-2879 sayılı kararları, Tosun- Akkaya, a.g.e., s. 233.
[238] Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 12.02.2008 tarih ve E. 2007/2354, K. 2008-1342 sayılı kararı, Parlar-Hatipoğlu, a.g.e., s. 555.
[239] Yenisey -Altunç, a.g.e., s.16.

uygulanmayacak, ancak 'mağdurun rızası' (TCK m.26/2) adlı hukuka uygunluk sebebinden veya genel delil toplama hükümlerinden yararlanılabilecektir.

AİHM'de, Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen hakların, feragat edilebilir haklar olduğunu kabul etmektedir. Ancak, mahkemeye göre bu feragatin açık ve kesin bir dille veya davranışla yapılmış olması gerekir.[240]

CMK'nın 160. ve 161. maddeleri uyarınca rıza ile sadece iletişimin tespiti yapılabilir. Buna rağmen dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin denetlenmesinde rıza olması hukuka aykırılığı gidermeyecektir.[241]

Yakınanın kendisine karşı gerçekleştirilen telefonla tehdit ve hakaret suçlarının faillerinin belirlenebilmesi için ev ve cep telefonuyla yaptığı görüşme kayıtlarının incelenmesini ve telefonunun dinlenmesini istemesi üzerine soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcılığı ile mahkeme arasında çıkan uyuşmazlık sonucunda Yargıtay verdiği kararda, rıza ile sadece iletişimin tespitinin yapılabileceğini, dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin denetlenmesinin rıza bulunsa da hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir.[242]

Ayrıca şikâyetçinin açık rızası alınarak yapılan tespitte, şikâyetçinin aleyhine delil elde edilmesi halinde bu delilin yargılamada kullanılmaması gerekir.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi, iki kişi arasındaki telefon görüşmesinin taraflardan birinin rızası çerçevesinde güvenlik görevlileri tarafından dinlenerek kaydedilmesini diğer tarafın rıza ve haberi olmasa da hukuka uygun bulmuştur.[243]

Alman Federal Yüksek Mahkemesinin bu konudaki kararı tartışmaya açıktır. Çünkü kendi aralarında özel görüşme yapan iki kişiden birinin haberdar olduğu dinleme ve kayda almanın, birinin rızasının varlığından bahisle, rızası olmayanın özel hayatına ve iletişim özgürlüğüne bir saldırı olacağı konusunda kuşku yoktur. Eğer iki kişi arasında gizli kalması gereken konuşmadan, biri diğerinin olurunu

---

[240] Kaya, Abdülkadir, Adalete Erişim İçin Sürekli Mesleki Gelişim: İnsan Hakları, Boğaziçi Üniversitesi Avrupa Çalışmaları Merkezi Proje Yayını, İstanbul, 2006, s.89.
[241] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s.90.
[242] Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 29.11.2006 tarih ve E. 2006/4669, K. 2006-1700 sayılı kararı, Parlar-Hatipoğlu, a.g.e., s.1193-1205.
[243] Ünver, a.g.e., s. 128.

almaksızın güvenlik görevlisinin bu konuşmaya ulaşmasını sağlıyorsa, bu kimsenin güvenlik güçleri ile ortak çalıştığı (veya öyle kabul edilmesi gerektiği) için, iletişimi dinlenen kimse yönünden bu dinleme hukuka aykırı olacaktır. Aynı zamanda iletişimi dinlenen kişinin iradesi yanıltılmıştır. Oysa iradeyi fesada uğratarak alınan ifadeler, elde edilen deliller hükme esas alınamaz. İki kişi arasındaki iletişimin, konuşanlardan birinin kendi konuşmalarına olur vermesi nedeniyle yasaya aykırı bir biçimde dinlenmesi ve karşı tarafın konuşmalarının kayda alınması ile bir kimsenin telefonunun yasaya aykırı dinlenmesi arasında fark yoktur.[244]

Kural olarak hukuka aykırı telefon dinlemeleri rıza dışı dinlemelerdir. Ancak bu rıza dışı dinlemeyi hukuka uygun hale getirebilmek için taraflardan birinin bilgisi dâhilinde telefonu dinlemenin diğer tarafın aleyhine delil olarak kabul edilmesi, kötüye kullanma olur. Kişiler bakımından hakkın kötüye kullanımı olan husus, devlet görevlileri bakımından da yetkiyi kötüye kullanmadır. Eğer uygulamada bu görüş kabul edilirse, devlet yetkilileri iletişime yasal yerine, yasaya aykırı müdahalede bulunmuş olurlar. Bu uygulama şantaj veya gizli bilgi veren muhbirlerin konuşmalarının dinlenmesinde hukuka uygunluğu sağlamada kullanılabilir. Oysa hukukun buna olur vermemesi gerekir. Bir hukuk devletinde bunu savunmak mümkün değildir.[245]

Bu bağlamda Türk hukukundaki düzenlemenin sadece iletişimin tespitine ilişkin olması, belirli amaçlarla hareket edilmesi, müştekinin rızasının bulunması ve iletişim aracının kendisine ait olması gibi önemli ve sınırlayıcı koşullar altında tedbirin uygulanması, keyfi kullanılmayı önleyecek etkinliktedir. Bize göre, rıza halinde iletişimin tespitine ilişkin Yönetmelik hükmü, yeterince sınırlı olup, AİHM kriterlerine uygundur.[246]

Mağdurun iletişiminin denetlenmesi usulünde Ceza Muhakemesi Kanun'unun kuralları çerçevesinde kalmak ve maddi hukuk kuralı olan 'mağdurun rızası' adlı suçun hukuka aykırılık unsuruna ilişkin Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen bir müesseseyi kullanmamak isabetli olacaktır.

---

[244] Şahbaz, a.g.e., s.127.
[245] Şahbaz, a.g.e., s.128.
[246] Taşkın, Adli ve İstihbari.., s. 91.

Çünkü yasayla çerçevesi çizilmiş alanda müdahale edilebilen iletişimin denetlenmesi yerine, çalıyı dolaşma şeklinde iki kişinin iletişimlerinin birinin rızası üzerine dinlenebilmesi, ajan kullanma veya bir kimsenin yakınlık göstererek diğer kimseyle görüşmesinin hile yoluyla delil olarak dinlenmesi sonucunu doğurur ki, bunun iletişimle ilgili olarak getirilen kuralların keyfi biçimde aşılmasından başka bir anlamı olamaz. Hukukumuz bakımından yargılama yasasının 135. maddesinde yer alan şüpheli veya sanığın iletişiminin denetlenebileceğine ilişkin kuralın ihlali olur.[247] Ancak, şüpheli veya sanık tarafında telefonla aranan mağdurun, suça maruz kalması durumunda, örneğin hakaret, tehdit veya şantaj suçlarına muhatap olması halinde mağdur o an konuşmaları kayıt altına aldığında bu "meşru müdafaa" olarak değerlendirilebilecek ve mağdurun elde ettiği bu delil hukuka uygun sayılacaktır.

Yargıtay, dinleme kararı olmadan iki kişi arasında geçen telefon görüşmesinin teybe alınmasıyla elde edilen delilin, CMK'ya göre geçerli delil niteliğinde olmadığı gerekçesiyle yerel mahkemenin sanık hakkında sövme ve tehdit suçlarından kurduğu beraat hükümlerinin temyiz incelenmesinde verdiği kararda; "Soruşturma aşamasında 31.05.2005 tarihli tutanak ile çözümü yapılan ve şikayetçi tarafından kayda alınan teyp kasetine göre, şikayetçi ile görüşen kişinin telefonda şikayetçiye sövme ve tehdit içeren sözler söylemesi karşısında, sanık tarafından inkar edilen bu görüşmedeki şahsın sanık olup olmadığı araştırılıp, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken, dinleme kararı olmadan iki kişi arasında geçen telefon görüşmesinin teybe alınmasıyla elde edilen delilin CMK'ya göre geçerli delil niteliğinde olmadığından bahisle yasal olmayan gerekçe ile atılı suçlardan beraat kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiştir."[248] demiştir.

Buna rağmen, suç mağduru olduğunu iddia eden kişinin, önceden kurduğu düzenek yoluyla telefon görüşmelerini kaydettiğinin anlaşılması halinde, elde edilen bu kayıt hukuka aykırı delil sayılacaktır. Özellikle kişinin telefonuna gelen çağrıyla veya kişinin telefon etmesiyle başlayan ani süreçte yapılan konuşmalarda, mağdura hakaret edilmesi, mağdurun tehdit edilmesi veya mağdurun hak ve hürriyetlerini ilgilendiren konularla ilgili sözler söylenmesi durumunda, mağdurun önceden bu

[247] Şahbaz, a.g.e., s.128.
[248] Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 22.01.2009 tarih ve E. 2008-11929, K, 2009-922 sayılı kararı, Yayınlanmamış.

konuda bir plan yapmaması, karşı tarafı tahrik ederek ve onun bilgisi dışında konuşmaları kaydedip, kullanmaması şartıyla "meşru müdafaa" benzeri bir hukuka uygunluk sebebinin varlığından bahsedilecektir. Aksi halde, elde edilen bulgular hukuka aykırı sayılıp, kullanılamayacağı gibi, tespiti yapan bakımından TCK madde l32'de düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu da gündeme gelebilecektir.[249]

c. Üçüncü Kişilerin İletişiminin Dolaylı Olarak Dinlenmesi

CMK'nın 135. maddesinde sadece şüpheli veya sanığın iletişiminin dinlenmesine ve kaydedilmesine karar verilebileceği belirtilmiş ise de üçüncü kişilerin iletişimlerinin denetlenmeyeceği açıkça belirtmemiştir. Ancak, aynı maddede, şüphelinin veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kimselerle olan iletişiminin kaydedilemeyeceğine yer verilmiştir.

26434 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan CMK Yönetmeliğin 7/4. maddesinde şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişiminin kayda alınamayacağı düzenlenmiştir.

İletişimin denetlenmesi kapsamında başvurulan tedbirlerden en önemlisi telefonların dinlenmesi ve kaydedilmesidir. Telefonla gerçekleştirilen iletişimin, en az iki kişi arasında gerçekleşen bir haberleşme olduğunu göz önünde tutmak gerekir. Bir kişinin iletişimi yasal olarak dinlenirken, bu kişiyle iletişim kuran üçüncü kişilerin de iletişimleri dolaylı olarak dinlenmektedir.

Üçüncü kişilerin iletişimlerinin denetlenmesi konusu CMK'da düzenlenmiş değildir. Ancak, işin doğası gereği, zorunlu olarak, bazı hallerde üçüncü kişilerin şüpheli veya sanıkla kurdukları iletişim denetlenmiş olmaktadır. Üçüncü kişi kapsamında arkadaş, akraba, komşular ve diğer kişiler yer alabilir.

Üçüncü kişilerin, şüpheli veya sanıkla kurdukları iletişimin dolaylı olarak denetlenmesi sonucu elde edilen bilgilerin kullanılmasıyla ilgili güvence ve sınırlamaların çerçevesi CMK'nın 138/2. maddesinde düzenlenmiştir. Şüpheli ve sanıkla iletişim kuran üçüncü kişilerin buna katlanması gerekmektedir.

[249] Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme.., s. 74.

Dinleme kararı verilen suçlarla ilgisi olmayan, şüpheli ve sanık haricindeki üçüncü kişilerin işyeri ve konutu için dinleme kararı verilmesi CMK'nın 135. maddesine aykırıdır. Ancak, şüpheli veya sanık bir başkasına ait iletişimden çok yoğun bir şekilde yararlanıyorsa veya işyeri veya konutunda kalabiliyorsa, şüpheli ile üçüncü kişi arasında suç ortaklığı olduğu karinesinden hareketle, bu kişilerin konut veya işyerindeki iletişim araçları üzerinde dinleme tedbiri uygulanabilecektir. Bunun tek istisnası üçüncü kişinin, tanıklıktan çekinebilecek kişilerden veya şüphelinin müdafisi olmasıdır

Buna karşın suç işlememiş veya işlenmiş bir suçla ortaklığı olmayan kimselerin iletişimleri denetlenemez. Suçla ilgisi olmayan kişilerin iletişimlerinin denetlenmesi suretiyle delil elde edilmesi halinde bu deliller hukuka aykırı olacağından yargılamada kullanılamayacaktır.

3. İletişimi Dinlenemeyecek Kişiler

a. Genel olarak

Ceza Muhakemesi Kanunun 135. maddesinin 7. fıkrasında "Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz" hükmü yer almaktadır.

Bu maddede belirtilen yasak, sadece iletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasıyla ilgilidir. Diğer bir anlatımla iletişimin tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespiti ile ilgili hükümler hariç bırakılmıştır. Yine bu tedbirlerle ilgili koşulların biraz daha esnetildiği ve yumuşatıldığı görülmektedir. Zira bu tedbirler bizzat iletişimin içeriğine müdahale niteliği taşımamaktadır. 135. maddenin son fıkrasında, sadece dinleme ve kayda almaya ilişkin mutlak bir yasak getirilmiştir. [250]

CMK'da öngörülen koşullara uyulmaksızın hiç kimsenin ve hiçbir kamu görevlisinin, bireylerin iletişimini dinleyemeyeceği ve kayda alamayacağı hüküm altına alınmıştır. Buna aykırı davranışların da yaptırımı TCK'da düzenlenmiştir.

[250] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s. 151.

Bu hükmü, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesini de yasaklayacak şekilde yorumlamak doğru olmaz. Zira CMK, işlenmiş bir suçla ilgili olarak uygulanabilecek tedbiri düzenlemekte olup, suç işlenmesinden önceki aşamaya uygulanması söz konusu değildir.[251]

CMK'nın 135. maddesinin son fıkrasında adli amaçlı iletişimin denetlenmesi bakımından genel bir yasak getirilmektedir. Bundan başka iletişimin denetlenmesi yasağı adı verilebilecek iki önemli yasak daha getirilmiştir. Bunlardan birincisi müdafiinin iletişimi, diğeri ise şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan yakınlarıyla gerçekleştirdiği iletişimin denetlemeyeceği ile ilgilidir.

b. Müdafii İle Yapılan İletişimin Dinlenmesine İlişkin Yasak

Müdafii, ceza muhakemesinde, kamu görevi niteliğinde olan savunma makamını temsil etmektedir. Şüpheli ya da sanığın savunmasını özgürce yapılabilmesi için, müdafilere bazı imtiyazlar tanınmıştır.

Ceza Muhakemesi Kanununun 46. maddesinde müdafiinin mesleki uğraşı nedeniyle öğrendiği bilgiler bakımından tanıklık yapmaktan çekinebileceği, ilgilinin muvafakat etmesine rağmen tanıklık yapmak zorunda olmadığı hükme bağlanmıştır.

CMK'nın 154. maddesinde de şüpheli veya sanığın vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebileceği ve bu kişilerin müdafii ile yazışmalarının denetime tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu ayrıcalıklara ilaveten CMK'nın 136. maddesinde "Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafiin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135'inci madde hükmü uygulanamaz" denilmiştir. 4422 sayılı ÇASÖMK'da yer almayan bu düzenleme ile müdafiinin, savunma dokunulmazlığı kapsamında şüpheli ve sanıkla olan iletişiminin denetlenmesi yasaklanmıştır. Böylece müdafiinin şüpheli ve sanıkla denetim ve izleme olmaksızın görüşme ve yazışma yapması sağlanmıştır.

[251] Ünver-Hakeri, a.g.e., s.184.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 25.03.1998 tarihinde İsviçre aleyhine verdiği Kopp kararında, avukat ile müvekkili arasındaki iletişimin AİHS'nin 8. maddesinin koruması altında olduğunu söyleyerek, İsviçre iç hukukunda avukatla müvekkili arasındaki iletişime müdahalenin açık ve anlaşılır şekilde düzenlenmediği, ulusal makamların takdir yetkisinin çerçevesinin ve sınırlarının yeterince belirgin olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.[252]

Fransız hukukunda da avukatların iletişimlerinin denetlenmesi konusunda sınırlamalar bulunmaktadır. Fransız ceza kanunu olan CCP'in 100-7. maddesinde, "İletişimin denetlenmesi, soruşturma hâkimi tarafından Baro başkanı bilgilendirilmedikçe hiç bir halde bir avukatın evi ya da bürosunun bağlı olduğu hat üzerinde gerçekleştirilemez" denilmiştir. Görüldüğü gibi Fransa'da mutlak bir yasak değil, sadece Baro başkanının bilgilendirilmesi zorunluluğu getirilmiştir. CCP'in 100-5 maddesine 2005-1549 sayılı Kanunla, 12 Aralık 2005 tarihinde 3 üncü fıkra eklenmiştir. Eklenen fıkrada bir avukatın, müvekkili ile onun savunma hakkını ilgilendiren konularda yaptığı görüşmelerin kaydedilemeyeceği, kaydedilmişse de geçersiz olduğu belirtilmiştir.[253]

Almanya'da avukatların iletişimlerinin denetlenmesi konusunda yasal bir sınırlama bulunmamaktadır. Alman Anayasa Mahkemesi 1971 yılında avukatın iletişiminin dinlenebileceği ve bunun Anayasa'ya aykırı olmadığına ilişkin bir karar vermişse de[254], daha sonra bu görüş yerini dinlemeyi yapan görevlinin telefon görüşmesinin müdafii ile yapıldığını fark ettiği anda dinlemeyi sona erdirmesi gerekeceği görüşüne bırakmıştır.[255] Bugün Almanya'da şüpheli veya sanıkla müdafii arasındaki iletişim dinlemez ve kaydedilemez. Dinleme sırasında müdafii olduğu anlaşılırsa dinlemeye derhal son verilir.[256] Ancak, müdafiin, suça iştirak ettiği şüphesi varsa veya kendisi şüpheli konumunda ise, hakkında dinleme tedbiri uygulanması mümkündür.[257] Müdafii dışında kalan avukatlar, mali denetçiler, hekimler

[252] Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan - Sancaktar, Oğuz,Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2004, s.239.
[253] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s.154.
[254] Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, a.g.e., s. 699.
[255] Çoksezen, a.g.e, s.11.
[256] Ünver, Federal Almanya'da Terör ve Organize Suçluluk İle İlgili Düzenlemeler, Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998. s. 403.
[257] Çoksezen, a.g.e, s.11, Erdem-Özbek, a.g.e, s.270-271.

veya gazeteciler bakımından bir yasak söz konusu değildir. Yine müdafiin şüpheli veya sanık dışındaki kişilerle kurduğu iletişim denetlenebilir.[258]

Müdafiin iletişiminin denetlenemeyeceğine ilişkin yasak, iletişimin denetlenmesi türlerinden dinleme, kayda alma, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve iletişimin tespitini kapsayan bir yasaktır. Müdafii için bu işlemlerden hiç birisi uygulanamaz.

Türk hukukunda düzenlenen avukatların bazı hallerde iletişimlerinin denetlenemeyeceğine ilişkin yasak mutlak bir yasak olmayıp sadece avukatın müdafiliğini yaptığı şüpheli veya sanığa yüklenen suçla ilgili olarak ve sadece müdafiin bürosu, konutu ve işyerinde bulunan telekomünikasyon araçları bakımından geçerlidir.[259]

Açıkça görülmektedir ki, iletişimin denetlenmesine ilişkin yasak sadece müdafiin büro, konut ve yerleşim yerindeki iletişim araçları için geçerli olacaktır. Bu yerlerde kurulu bulunan iletişim araçları arasında mobil telefon, araç telefonu, uydu telefonu veya ankesörlü telefon yasak kapsamında yer almamaktadır. Şu halde mobil telefonla veya araç telefonuyla kurulan iletişimin dinlenmesine, kaydedilmesine, tespit edilmesine veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine yasal bir engel bulunmamaktadır.[260]

Sabit telefonlarla ilgili olarak getirilen korumanın, başta mobil telefonlar olmak üzere müdafiin kullanacağı diğer iletişim araçlarını kapsamaması yerinde değildir.

Ceza Muhakemesi Kanununun 136. maddesinde açık düzenleme olmasa dahi müdafii ile şüpheli veya sanık konuşmalarının 'savunma dokunulmazlığı' ilkesi uyarınca hiçbir şekilde dinlenemeyeceği ve kayda alınamayacağı belirtilmektedir. Müdafiin de ceza muhakemesi hukukuna göre tanıklıktan çekinme hakkı bulunması sebebiyle, şüpheli veya sanık ile müdafiin iletişimi zaten CMK'nın 135/2 maddesi uyarınca dinlenemeyecek ve kayda alınamayacaktır[261]

Uygulamada şüpheli ile müdafi arasındaki telefon konuşmaları kaydedilip dinlenmektedir. Çünkü konuşulan numaralar ile bu numaraların kime ait olduklarının

[258] Erdem-Özbek, a.g.e, s.270-271.
[259] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s. 156.
[260] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s. 157.
[261] Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme.., s. 92.

önceden tespiti teknik olarak çok zordur. Bu nedenle şüphelinin kiminle ve hangi numaralarla konuştuğu bilinmeksizin dinlenmekte ve kayıt yapılmaktadır.

Müdafii ile şüpheli arasındaki iletişimin denetlenmesi yasağı getirilmesinin amacı, savunma görevinin layıkıyla yerine getirilebilmesinin sağlanmasıdır. Düzenleme, meslek sırrı ve savunma hakkını koruma altına almayı hedeflemektedir.[262]

Burada vurgulanması gereken bir diğer husus da, müdafiin aynı zamanda tanıklıktan çekinebilecek kişilerden olmasıdır. Tanıklıktan çekinebilecek kişilerden olması nedeniyle 135. maddenin 2. fıkrası uyarınca iletişiminin kayda alınması yasaklanmıştır. Ancak, avukat hakkındaki yasak, müdafiin tanıklıktan çekinebilme sıfatından değil, savunma görevini üstlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır.[263]

Şüpheli ve sanığın avukatıyla yapmış olduğu ve müdafii izlenimini veren konuşmalar, CMK'nın 136. maddesi kapsamına gireceğinden dinlenemez ve delil olarak kullanılamaz. Fakat tedbir konusu suç hakkında şüpheli veya sanığın bir avukatla yaptığı ve müdafii izleniminden ziyade suç ortağı anlamı taşıyan konuşmalar CMK'nın 136. maddesi kapsamı dışındadır. Dolayısıyla, bu konuşmalarda şüpheli veya sanığın iletişim kurduğu vekilin suça iştirak ettiği tespit edilirse, söz konusu kayıtlar veya dinleme yapan kolluk memurunun tanıklığı geçerli bir delil olacak ve CMK'nın 136. maddesi uygulama alanı bulamayacaktır.[264]

Yargıtay verdiği kararlarda, iletişimi dinlenen avukat ile müvekkil sanık arasında müdafilik ilişkisi bulunması ve müdafiinin suça iştirak etmemesi halinde avukatın yaptığı iletişiminin denetlenemeyeceğine karar vermiştir. Yargıtay'ın bu konudaki kararında; "Sanık avukat, suç örgütü yöneticisi (...)'in (...) yevmiye nolu vekaletnameye dayalı avukatı olup suç örgütü üyesi olması bakımından, mahkemece kanıt olarak kabul edilen iletişimin tespitine ilişkin tutanaklar incelendiğinde, konuşmaların sanığın avukatlık mesleğinin gereği olarak hukuksal yardım sınırları içerisinde bulunduğunun saptanması karşısında; adı geçenin suç örgütü üyesi olduğuna dair mahkumiyetine yeter, kesin, inandırıcı, somut ve hukuka uygun

[262] Özbek, Ceza Muhakemesi…, s. 427.
[263] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s. 154
[264] Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme.., s. 93.

kanıtlar bulunmadığı ve mevcut kuşkunun sanık yararına yorumlanması gerektiği gözetilmeden, beraatı yerine yazılı biçimde hükümlülüğüne karar verilmez."[265] demiştir.

Müdafii ile şüpheli veya sanık arasındaki iletişimin dinlenilmesi sırasında, müdafiin dinleme konusu suçun iştirakçisi veya azmettirici olduğunun anlaşılması halinde burada müdafii, şüpheli ve sanık konumunda olacağından savunma dokunulmazlığından yararlanamayacaktır.

CMK'nın 136. maddesi ile avukatın bazı hallerde iletişimlerinin denetlenmesine ilişkin olarak bir yasak getirilmiştir. Ancak, bu yasak sadece müdafiliğini yaptığı suçla sınırlıdır. Bu sıfatlarının dışında avukatların, katalog suçlardan birini işledikleri şüphesi ile iletişimlerinin denetlenmesine her zaman karar verilebilir. Esasen bu konuda hiçbir istisna öngörülmemiştir..[266]

CMK'nın 136. maddesi ile getirilen koruma, sadece müdafilik sıfatı bulunduğu sürece geçerlidir. Bilindiği gibi müdafii, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukattır. Şüpheli ile avukat arasındaki ilişki müdafilik ilişkisi değilse, başka bir davada örneğin bir tazminat davasında davacı olan şüpheliyi temsil etmeye dayanan bir vekalet ilişkisi söz konusuysa CMK'nın 136. maddedeki yasak söz konusu olmayacaktır. Diğer bir ifadeyle şüpheli hakkında iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanırken, o suçtan dolayı müdafii olan avukatla kurulan iletişim denetlenemezken, bir hukuk davasında kendisini temsil eden avukatla kurduğu iletişim denetlenebilecektir.[267]

c. Tanıklıktan Çekinme Hakkı Sahipleri ile Gerçekleştirilen İletişimin Dinlenmesine İlişkin Yasak

5271 sayılı CMK'nın 135/2. maddesi tanıklıktan çekinme hakkı sahiplerinin iletişimlerinin denetlenmesi konusunda yasak getirmiştir. Bu düzenlemenin dayanağı, 1982 Anayasasının 38. maddesinin 5. fıkrasında yer alan "hiç kimse

[265] Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 07.04.2008 tarih ve E. 2007-15181, K. 2008-9038 sayılı kararı, Şahbaz, a.g.e.,s. 279
[266] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s.155.
[267] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s.155.

kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz" hükmüdür.

CMK'nın 135. maddesinin 2. fıkrasına göre şüpheli ile tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında kurulan iletişim kayda alınamaz. Şayet tanıklıktan çekinme ilişkisi bilinemediği için kayıt yapılmışsa bu kayıtlar derhal imha edilecektir.[241] Maddenin ilk halinde sanık bulunmadığından 5353 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla CMK'nın 135. maddesinin ikinci fıkrasına "veya sanığın" ibaresi eklenmiştir. Bu tedbirin, hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde uygulanabilmesini sağlamak amacıyla maddeye bu ibare eklenmiştir.

Tanıklıktan çekinme hakkının bir sonucu olarak kanun koyucu, şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişiler arasındaki iletişimin kayda alınmasını yasaklamıştır. Kayda alınma gerçekleştikten sonra bu durum anlaşılırsa, kayıtlar kanun hükmü gereğince derhal yok edilmelidir.[268]

Tanıklıktan çekinebilecek kişiler CMK'da iki şekilde düzenlenmiştir. Birisi CMK'nın 45. maddesinde düzenlenen akrabalık nedeniyle, diğeri ise CMK'nın 46. maddesinde düzenlenen meslek veya sürekli uğraş nedeniyle tanıklıktan çekinmedir.

CMK'da akrabalık nedeniyle tanıklıktan çekinme konusu 45. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, şüpheli veya sanığın; nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu, üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları, şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar, tanıklıktan çekinme hakkına sahiptirler.

CMK'nın 46. maddesinde ise, meslekleri veya sürekli uğraşları nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkı olanlar yer almaktadır.

Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcıları, hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanat mensupları, müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler ile şüpheli

[268] Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme..,s. 93.

veya sanığın kurduğu iletişim kayda alınamayacaktır. Kayda alınmanın söz konusu olduğu durumlarda, bu ilişki tespit edilirse kayıtlar derhal imha edilecektir.

Burada sadece kayıt yasağı getirilmiş, dinleme, tespit ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi bakımından bir sınırlama öngörülmemiştir.[269]

Fransa ve Alman ceza hukuklarında tanıklıktan çekinme hakkı sahiplerinin şüpheli veya sanıkla kurdukları iletişimin denetlenmeyeceğine dair bir sınırlama bulunmamaktadır.

Tanıklıktan çekinme hakkı bulunanlar ile şüpheli ve sanığın iletişiminin dinlenemeyeceğine ilişkin yasağın bir çok Avrupa ülkesinde bulunmaması nedeniyle AİHM ihlal kararları vermektedir. Bu nedenle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunundaki düzenleme AİHM içtihatlarına uygun ve yerinde bir düzenlemedir.

Ancak, ülkemizde organize suç örgütlerinin genel olarak profili değerlendirildiğinde suç örgütü üyesi kişilerin birbirleriyle aralarında yakın akrabalık bağları bulunduğu görülmektedir. Bu kişilerle kurulan iletişimin denetlenmemesinin örgütlü suçlarla mücadelede zafiyete neden olacağı da ileri sürülmektedir.[270]

İletişimin denetlenmesi kararının uygulanmasında, şüpheli veya sanığın kullandığı belirlenen telefonla yapılan konuşmalar dinlemeye ve kayda alınmaktadır. Şüpheli veya sanık kiminle görüşürse görüşsün kayıt devam etmekte, şüpheli veya sanığın iletişim kurduğu kişilerin tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiler olup olmadığı, bu aşamada belirlenememektedir. Bu nedenle yapılan kaydın, tanıklıktan çekinme hakkı sahipleri ile kurulan iletişime ait olduğunun sonradan anlaşılması halinde, bu kayıtların delil olarak kullanılmasının önlenmesi amacıyla imha edilme zorunluluğu getirilmiştir. İmha edilmeksizin dosyaya konulsa bile mahkeme yargılamada bu delilleri kullanamayacaktır.[271]

Bu yasak kapsamında tanıklıktan çekinme hakkı sahipleri ile şüpheli veya sanık arasında kurulan iletişim kayda alınmayacaktır. Alınmışsa da imha edilecektir. Buna karşın diğer tedbirlerin uygulanması konusunda tanıklıktan çekinme hakkına

---

[269] Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme.., s. 91.
[270] Arslan, Feyzullah, CMUK İle İlgili Sorun ve Öneriler, Polis Dergisi, Yıl, 11, Sayı 46, Ekim Kasım-Aralık 2005, s.6
[271] Taşkın, Adli ve İstihbari…a.g.e, s. 160.

ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir. Örneğin iletişimin tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, iletişimin dinlenmesi ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirleri bu kişiler hakkında da uygulanabilecektir.

Şüpheli veya sanığın, tanıklıktan çekinme hakkı sahibi olanlarla kuracağı iletişimin denetlenemeyeceğine ilişkin olarak CMK'nın 135. maddesinde yer almadığı halde 14.01.2007 tarihli Yönetmeliğin 7. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesinde, "... Ceza Muhakemesi Kanununun 135'inci maddesinde belirtilen yasal şartlar varsa, suç işleme şüphesi altındaki tanıklıktan çekinme hakkı olan şahıslar hakkında da hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla bu tedbire başvurulabilir" şeklinde düzenlenme yapılmışsa da; Danıştay 10. Dairesi söz konusu hükümle ilgili 16.10.2007 tarihinde yerinde olarak yürütmeyi durdurma kararı vermiş ve yönetmeliğin söz konusu maddesinin uygulanmasını durdurmuştur. [272]

İletişimin dinlemesi tedbiri kaydetme şeklinde uygulanmaktadır. Bu tedbir uygulanırken genellikle dinleme yapılacak telefon numarası sisteme kaydedilmekte ve bu numara üzerinden yapılan tüm görüşmeler kaydedilmektedir. Görüşme yapılan kişiler arasında akrabalık veya mesleki nedenlerle tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar da bulunabilmektedir. Önceden bunun belirlenmesi mümkün gözükmemektedir. Bu durumda yapılan dinleme kayıtlarının bu kişilerle kurulan iletişime ait olduğunun anlaşılması halinde bu kayıtların yok edilmesi gerekecektir.[273]

Bize göre de tanıklıktan çekinme hakkı sahipleri ile şüpheli veya sanığın kurduğu iletişim kayda alınması hallerinde, bu ilişkinin anlaşılması durumunda, derhal tedbire son verilmesi ve yapılan kayıtların yok edilmesi gerekmektedir.

Hükümde, iletişimin yalnızca "kayda alınamayacağımdan söz edildiği için, CMK'nın 135. maddesinin 1. fıkrası anlamında 'dinleme ve tespit yapılabilmesine' bir engel olmadığı sonucu çıkarılabilir. Kanundaki bu düzenleme eleştirilmektedir.[274]

[272] Danıştay 10. Dairesi'nin 16.10.2007 tarih ve E. 2007-2795 sayılı yürütmeyi durdurma kararı, Şahbaz, a.g.e, s.69
[273] Taşkın, Adli ve İstihbari…,s.164.
[274] Özbek, Ceza Muhakemesi…, s. 426, Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme.., s. 120.

Buna rağmen, şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişiler arasında iletişimin dinlenilebileceğini savunanlar da vardır. Bu görüşlere göre, kanunun sadece kayıt altına alma işlemini sınırladığı, dinleme konusunda bir yasak getirilmediği ifade edilmekte, dinleme neticesinde eğer tanıklıktan çekinebilme hakkı olan kişinin tedbir konusu suçun iştirakçisi olduğu ortaya çıkarsa, dinleme yapan kolluk görevlisinin tanıklığının geçerli olacağı ileri sürülmektedir.[275]

Gerçekten de iletişimin dinlenmesi halinde duyulan konuşmalar mahkemede sadece tanıklık suretiyle delil olarak sunulabilir.[276] Bu bilgilerin daha kuvvetli bir delil olabilmesi için kaydedilmesi ve mahkemeye böylece sunulması daha uygun bir yöntemdir. Bu durumda dinlemeyi yapan görevlilerin ayrıca tanık olarak dinlenmesi de mümkündür.

CMK'nın 135/2. maddesinde şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinme hakkı olan kişi arasında yapılan iletişimin kayda alınamayacağı belirtilmiştir. Tanıklıktan çekinme hakkı sahipleri ile şüpheli veya sanığın arasındaki iletişim kayda alınması hallerinde, elde edilen delil hukuka aykırı delil olacağından ceza muhakemesinde hükme esas alınamayacaktır.

Buna karşın tanıklıktan çekinme hakkı olan kişinin suça katıldığı önceden, başka delillerle belirlenmiş veya dinleme sırasında tespit edilmişse artık CMK'nın 135/2. maddesi çerçevesine giren kayıt yasağından bahsedilemeyecektir. Çünkü konuşması dinlenen kişi, kayıttan önce 'tanıklıktan çekinebilme hakkına sahip kişi' sıfatını kaybetmiştir. Bu sebeple, şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilme hakkına sahip olan kişi arasında kurulan iletişimin kayıt altına alınma anına kadar, eğer tanıklıktan çekinebilecek kişi 'şüpheli' sıfatını kazanmış ve ceza soruşturmasına bu sıfatla dahil edilmişse, elbette yapılan dinleme ve elde edilen suç ikrarını içeren beyanların delil olarak kullanılabilmesi söz konusu olacaktır.

Sonuç olarak tanıklıktan çekinme hakkı sahipleri bakımından getirilen yasak, sadece kayda alma ile sınırlı tutulmuş olup, tanıklıktan çekinebilme hakkına sahip kişi kayıttan önce şüpheli veya sanık sıfatını almışsa dinleme ve elde edilen konuşma

[275] Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme..,s. 92.
[276] Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, a.g.e., s. 700.

kayıtları hukuka uygun delil sayılacak ve aleyhinde delil olarak kullanılabilmesi mümkün olacaktır.

Burada değinmek istediğimiz bir husus da, özellikle iletişimin kayda alınması sonucu elde edilen verilerin, özel hayatı ilgilendiren kısımları konusunda bir düzenlemenin olmadığıdır. Özel hayatı ilgilendiren kayıtların yazılı hale getirilmemesi veya tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlarda olduğu gibi, metinden çıkartılması gerektiği kanaatindeyiz. AİHM'in Craxi (2) kararında belirttiği gibi devletin bu konuda pozitif bir yükümlülüğü bulunduğundan kanunda bu konuda bir düzenleme yapılması gerekir.

Belirtmek isteriz ki, şüpheli veya sanığın suçla ilgisi olmayan özel ve aile hayatına ilişkin konuşmaları dinlenmemeli, en azından kayıt altına alınmamalı, çözümleri soruşturma ve kovuşturma dosyalarına konulmamalıdır. Uygulamada, şüpheli veya sanık ile eşi, nişanlısı, sevgilisi veya arkadaşıyla yapmış olduğu özel ve aile hayatı içerikli konuşmaların kayıt altına alındığı veya kayıt içerisinden çıkarılmadığı, bu konuşmalara aleniyet kazandırıldığı ve böylelikle özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği görülmektedir. Bu hukuka aykırılığın, kamu ve yargı görevlileri bakımından görevin ihmali, görevin kötüye kullanılması ve hatta özel hayatın gizliliğinin ihlali suçları kapsamında olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir.[277]

C. İletişimin Dinlenmesine Karar Verilebilecek Suçlar

1. Genel Olarak

Haberleşme özgürlüğüne müdahale her suç için mümkün değildir. AİHM kararlarında telekomünikasyon araçlarıyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine ancak, demokratik kurumları korumak bakımından mutlak zorunluluk bulunması halinde başvurulacağı belirtilmektedir. Bunun sonucu olarak da tedbirin uygulama alanına girecek suçların sınırlı tutulması zorunludur.[278]

---

[277] Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme.., s. 91.

[278] Erdem, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri Ankara 2001,s.98.- Karayazgan, a.g.e, s.54.

Önemi nedeniyle iletişimin dinlenmesine istisna olarak başvurulduğundan, tedbirinin uygulanabileceği suçların belirlenmesinde, ülkelere göre farklı yaklaşımların, farklı sistemlerin kabul edildiği görülmektedir.[279]

Avrupa ülkelerinde bu tedbire başvurmak için belirli suç grupları veya fiilin ağırlığı veya işlenme biçimi bakımından belirli koşullar aranmak suretiyle tedbirin uygulanacağı suçlarla ilgili bir sınırlama yapıldığı görülmektedir. Orantılılık ilkesinin bir uzantısı olarak sınırlama, ya bir suç katalogu oluşturmak suretiyle ya da fiilin ağırlığına göre belirlenmektedir. Tedbirin uygulanacağı suçlar Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 108. maddesinde liste halinde belirlenirken, Fransız Ceza Muhakeme Kanunun 100. maddesinde ise, iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için o suç için öngörülen cezanın 2 yıl ve daha fazla hapis olması gerektiği hükme bağlanmıştır.[280]

Ülkemizde de iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması öngörülen suçların sınırlandırılması yöntemi tercih edilmiş ve CMK'nın 135. maddesinin 6. fıkrasında katalog halinde suçlar sayılmıştır. Katalog suçlar belirlenirken, sadece organize suç örgütleri tarafından işlenen suçlarla sınırlı tutulmamış ve bazı ağır suçlar da katalog içine alınmıştır.

İletişimin denetlenmesi tedbirlerinin ilk defa düzenlendiği 4422 sayılı ÇASÖMK'da, hakkında gizli dinleme tedbirlerine başvurulacak suçlar açısından, karşılaştırmalı hukukta olduğunun aksine, ne katalog tarzı bir çözüm yolu öngörülmüş, ne de suçların ağırlığına göre bir ayrıma gidilmişti. Anılan Kanunun 2. maddesinde düzenlenen iletişimin dinlenmesi ve tespiti tedbirinin uygulanması, o

---

[279] Sözüer, a.g.e., s.81.

[280] 1999 CMK Tasarısında suçun ağırlığı dikkate alınarak, "iki yıl veya daha fazla şahsi hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren cürümler" (m. 103/1) için iletişimin dinlenmesi öngörülmüştü. Fransızlar da, iletişimin denetlenmesine karar verilebilmesi için, yasada o suç için öngörülen cezanın 2 yıl ve daha fazla hapis olması gerektiğini kabul etmişlerdir (Fransız Ceza yargılama Yasası, m. 100/1).Avusturya'da cezanın ağırlığı dikkate alınmıştır. Bu ülkedeki düzenlemeye göre, kasten işlenen ve bir yıldan fazla hapis cezası verilmesi olasılığı bulunan suçlarda iletişim dinlenebilir (Avusturya Yasası, m. 149a); Almanya'da CMK'nun 100a maddesinde sayılan suçlarda iletişim dinlenebilir; Polonya'da 1997 tarihli CMK'nun 237 nci maddesinde onsekiz başlık altında gösterilen şu suçlarda iletişim dinlenebilir: insan öldürme, genel güvenlik açısından tehlikeye veya felakete sebebiyet verme, insan ticareti, şantaj, yağma, casusluk gibi suçlarda iletişim dinlenebilmektedir; Centel, Nur - Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası,İstanbul, 2006. s.361.

kanunda öngörülen bir suçun olması koşuluna bağlı tutulmakta, 16. maddede ise bazı suçlar ayrıca gösterilmiş bulunmaktaydı.[281]

Ceza Muhakemesi Kanunun 135/6 maddesinde "Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler sadece aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a. Türk Ceza Kanununda yer alan;

Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),

Kasten öldürme (madde 81,82,83),

İşkence (madde 94, 95),

Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),

Çocukların cinsel istismarı (madde 103),

Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), Parada sahtecilik (madde 197),

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

Fuhuş (madde 227, fıkra 3),

İhaleye fesat karıştırma (madde 235),

Rüşvet (madde 252),

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),

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

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

[281] Erdem, Ceza Muhakemesi…, s.98.

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

c. Bankalar Kanununun 22'nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu. (Bu suç, 5411 sayılı yeni Bankacılık Kanununun 160. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmektedir. 166. maddesinin birinci fıkrasının b bendinde ise bu suçun soruşturulması için CMK'nın 135-138. maddelerinin uygulanabileceği ayrıca belirtilmiştir.)

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

e. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74'üncü maddelerinde tanımlanan suçlardır." denmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu, gerek mukayeseli hukuk, gerekse AİHM içtihatlarını göz önüne alarak, çok net bir uygulama alanı oluşturabilmek amacıyla katalog halinde sayma yöntemini benimsemiştir. CMK'da sayılan yukarıda belirttiğimiz suçlara bakıldığında, bu suçların çıkar amaçlı ya da örgütlü suç olmasının aranmadığı, bireysel olarak işlenen suçlarla ilgili olarak da gerektiğinde bu tedbirlere başvurulabileceğinin benimsendiği görülmektedir.[282]

CMK'nın 135/6'da 5353 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 17. maddesi ile yapılan değişiklikle, iletişimin tespiti usulü de katalog suçlar kapsamından çıkarılıp, tüm suçlar bakımından tatbiki mümkün hale getirilmiştir. Bu düzenlemeden sonra her türlü suç için iletişimin tespitine ve mobil telefonun yerinin belirlenmesine karar verilebilmektedir.

5353 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile maddede sayılan katalog suçlar arasına, Türk Ceza Kanununun 227. maddesinde düzenlenen fuhuş (madde 227/3) suçu da eklenmiştir. Bu düzenleme ile fuhuş amaçlı insan ticareti suçlarına ilişkin delillerin elde edilmesinde iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecektir.

5353 sayılı Kanunla eklenen bir diğer suç da, Bankalar Kanununun 22. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında düzenlenen zimmet suçudur. Bu suçların delillerinin

[282] Özbek, Ceza Muhakemesi…, s.424.

tespiti amacıyla diğer koşulların varlığı halinde iletişimin denetlenmesi yoluna başvurulabilecektir. Ancak, Bankalar Yasasıyla ilgili olan bu düzenleme, yasa değişikliği ile farklı yasa ve madde biçimini almıştır.[283]

Eski Yasanın 22. maddesinin 3 ve 4. fıkralarındaki zimmet suçu, 5411 sayılı Bankacılık Kanunun 160. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Yeni Bankacılık Yasasının l66/b maddesinde; "bu suçların soruşturma ve kovuşturmasında, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135 ile 138 inci maddeleri uygulanır." denmiştir. Yine aynı kanunun 169. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemeye göre, diğer kanunlarda mülga 3182 sayılı Bankalar Kanunu ve bu kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununa yapılan atıflar bu kanunun ilgili maddelerine yapılmış sayılır.

29.06.2006 tarihli ve 5532 sayılı Terörle Mücadele Kanun'unun 10. maddesinin f bendi uyarınca, TCK'nın 220. maddesinin 2, 7 ve 8. fıkralarında öngörülen suçlar için de iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabileceği hükme bağlanmıştır. Bu fıkralarda öngörülen suçlarla ilgili iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için bu suçların, terör suçları veya terör amacıyla işlenen suçlar olması gerekmektedir.[284]

Burada sayılan suçlar, belirli ağırlıkta olan ve işleniş şekilleri itibariyle iletişimin denetlenmesi tedbirine en çok ihtiyaç duyulacak suçlar olarak belirlenmiştir. Buna karşılık maddi unsur ve diğer koşullar itibariyle telekomünikasyon yoluyla işlenebilme olasılığı yüksek olan veya iletişim aletlerinin araç olarak kullanıldığı ve koruduğu hukuki yararlar ile ağırlığı sebebiyle katalogda yer alması gereken birçok suç 135/6. madde hükmünde yer almamaktadır. [285] Örneğin, tehdit, şantaj gibi suçlar sıklıkla telekomünikasyon araçlarıyla işlenmekte olduğundan, bu suçlar ile faillerinin tespitinde iletişimin denetlenmesi önem taşımaktadır. Ayrıca, yağma, nitelikli dolandırıcılık, hizmet sebebiyle emniyeti suiistimal, resmi belgede sahtecilik, TCK m. l70'de yer alan genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması, TCK m. 172'de yer

[283] 5411 sayılı Bankalar Kanunu, K.T,19.10.2005, R.G.,1.11.2005, sayı 25983
[284] Taşkın, Adli ve İstihbari…,s. 97.
[285] Özbek, Ceza Muhakemesi…, s. 424., Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme..,s. 110.

alan radyasyon yayma, TCK m. 173'te düzenlenen atom enerjisiyle patlamaya sebebiyet verme suçlarının da kataloga dahil edilmeleri gerektiği söylenmiştir.[286]

Bununla birlikte CMK'daki sayma yönteminin zamanla değişen suç stratejilerine uyum sağlayamayacağı için bu hükmün daha esnek biçimde formüle edilmesi gerektiği belirtilmiş, suçların tek tek sayılmasının sakıncalı olacağı dile getirilmiştir. [287]

İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması, sadece maddede sınırlı olarak sayılan suçlar için kullanılabilir. Örneğin suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu (TCK m. 220) veya silahlı örgüt suçu (TCK m. 314) için bu tedbire başvurulabildiği halde, bu örgütler bünyesinde işlenen amaç suçlar, CMK'nın 135/6'da sayılan katalog suçlar arasında yer almadıkça, bu tedbire başvurulamayacaktır.[288]

Örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suç kavramının belirgin ölçütlerinin olmadığı, bu nitelikteki suçlarla ilgili iletişimin denetlenmesine başvurulabilmesinin keyfiliğe yol açacağı ve bu tedbirin uygulama alanının son derece genişleteceği belirtilerek bu durum eleştirilmiştir.[289]

Buna karşılık, örgüt bünyesinde işlenen suçlarla ilgili elde edilen delillerin kullanılması konusunda açılan davanın esas alınması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşe göre kamu davası, amaç suçun örgütlü işlenmesiyle ilgili olarak açılmışsa, denetlemenin hukuka uygun olduğu, davanın örgütlü suç olarak açılmaması halinde denetleme sonucu elde edilen bilgiler hukuka aykırı elde edildiği için yargılamada delil olarak kullanılamayacağı belirtilmektedir.[290]

Bize göre kanun koyucu açık şekilde tedbirin uygulanmasını uygun gördüğü suçları saymıştır. Örgüt bünyesinde işlenen suçlarla ilgili olarak hangi hallerde tedbir uygulanmasına izin verileceği konusunda ise açık bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle basit bir hırsızlık suçunda dahi örgüt bünyesinde işlendiği gerekçesiyle tedbire başvurulması söz konusu olabilecektir. Bu nedenlerle katalogda sayılmayan

[286] Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme..,s. 63.
[287] Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 708-709, Erdem-Özbek, a.g.e.,s. 256.
[288] Erdem, Ceza Muhakemesi., s.98.
[289] Sevük, Handan Yokuş, Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 69, Yıl 2007, s. 111, Nuhoğlu, a.g.e., s. 10,- Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 708-709.
[290] Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme.., s. 111.

bazı suçların örgüt bünyesinde işlendiği gerekçesiyle denetleme kapsamına alınması tehlikesi bulunmaktadır. Kovuşturma aşamasında tedbir başvurulan eylemin katalog dışı bir suç oluşturduğunun anlaşılması halinde telefon dinleme tedbiri vasıtasıyla elde edilen deliller hukuka aykırı hale geleceğinden hâkimin bu delilleri dosyadan çıkarması ve hükme esas almaması gerekir.

2. Suç Vasfının Değişmesi

Ceza Muhakemesi Kanunun 135/6. maddesinde belirtilen suçlardan biri olarak nitelendirilerek, iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verilen suçun, sonradan vasıf değiştirmesi halinde denetleme sonucu elde edilen kayıtların yargılamada delil olarak kullanılması konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Örneğin, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak fiilinden iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmakla birlikte, neticede bu fiilin icra edilmediği anlaşılmış ise, bir düşünceye göre, dinleme kapsamına giren suçların CMK m.135/6'da sayılan katalog suçlardan olup olmadığı incelenmeli, katalog kapsamına girenler yönünden iletişimin denetlenmesi hukuka uygun sayılmalı, kataloga girmeyen suçlar yönünden yapılan bu tespit delil niteliğinde değil, bir ceza soruşturmasının başlatılmasına dayanak olarak görülebilecek ihbar kabul edilmelidir.[291]

Bu düşüncenin aksini savunanlar ise, iletişimin denetlenmesi hangi suçtan dolayı yapılmışsa sadece o suçun delili olarak kullanılabileceğini, katalog kapsamında olsun veya olmasın başka suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda bu verilerin dikkate alınmayacağını söylemektedirler.[292]

Suç ne kadar ağır olursa olsun, 135. maddenin altıncı fıkrasında sayılanlar dışındaki suçlarda iletişimin denetlenmesi yoluna gidilemeyecektir. Aksi halde, elde edilen telefon konuşma ve kayıtları, hukuka aykırı sayılacak ve yargılamada delil sıfatıyla kullanılamayacaktır. Örneğin, sigara ve içki kaçakçılığı suçunu işlediğinden şüphelenilen kişilerin telefonla yaptıkları görüşmelerin dinlenmesi ve kayda alınması, şüpheliler hakkında soruşturmanın bu suçtan dolayı açılmış olmasıyla

[291] Özbek, Ceza Muhakemesi…, s.582-583; Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme..,s. 66.
[292] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s.178.

mümkündür. Koruma tedbiri kararı hangi suç hakkında verilmişse, sadece o suçtan dolayı ve karara konu telefon numaraları dinleme ve kayıt altına alınabilir.[293]

Bize göre kötü niyetli yapılmayan, yani amacı bir başka suçun deliline ulaşmak olmayan iletişimin denetlenmesinde, tedbire hangi suçtan dolayı başvurulmuşsa elde edilen delilin katalog kapsamında olsun veya olmasın sadece o suçun delili olarak kullanılabileceğini savunmak CMK'nın l38. maddesinde düzenlenen 'tesadüfen elde edilen deliller' kavramına ters düşecektir. Çünkü usule uygun yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucunda, soruşturma konusu suç dışında CMK'nın 135/6 kapsamına giren bir suça ilişkin delil elde edilmişse, CMK'nın 138. maddesinin açık hükmü nedeniyle bu kayıtlar delil olarak kullanılabilecektedir. Bu nedenle kötü niyetli olmamak kaydıyla soruşturma konusu suçun vasıf değiştirerek CMK'nın 135/6 sayılan katalog suçlardan başka bir suça dönüşmesi halinde elde edilen delillerin kullanılması gerekir.

Ancak, suç konusu fiilin, soruşturma aşamasında katalog suç olarak nitelendirilerek, iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanarak bazı deliller elde edildikten sonra, eylemin katalog harici suçlardan olduğunun anlaşılması halinde, denetleme sonucu elde edilen bilgiler kovuşturma aşamasında delil olarak kullanılamayacaktır.

Ayrıca iletişimin denetlenmesine ilişkin olarak verilen kararın uygulanması sırasında, suç vasfı değiştiğinde, yeni suç, katalog harici bir suça dönüşmüş ise, tedbirin derhal sonlandırılması gerekir. Suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama suçundan dolayı iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanırken, bu suçun hırsızlık suçu olduğunun anlaşılması halinde, iletişimin denetlenmesine devam edilecek olursa hırsızlık suçunun soruşturulmasında ve kovuşturulmasında bu tedbire başvurulması mümkün olmadığından elde edilen deliler zaten değerlendirilmeyecektir.[294]

Başka bir suçun işlendiğini öğrenen kolluğun bu şekilde katalogda yer almayan bir başka suça ilişkin olarak elde ettiği delile duyarsız kalması da zor görünmektedir.

---

[293] Şen, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller ve Ceza Muhakemesi Kanununun 135. Maddesinin Değerlendirilmesi, Yargı Dünyası Dergisi, Sayı:127, s.9-22, İstanbul, Temmuz 2006, s.14

[294] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s. 97.

Çünkü CMK'nın 160. maddesi uyarınca suçu haber alan savcılık derhal harekete geçmekle yükümlüdür. Maddeye göre bu şekilde elde edilen delil muhafaza edilmemeli ancak, durum ihbar kabul edilmeli ve başka delil elde etmek amacıyla diğer soruşturma araçları kullanılarak derhal soruşturmaya başlanabilmelidir.

Vasıf değişikliği sonunda, yeni suçun katalog dâhilinde bir suça dönüşmesi halinde de bize göre yine tedbire derhal son verilmesi gerekir. Yeni suça göre iletişimin denetlenmesi koşullarının tekrar irdelenmesi, koşulları varsa yeni suç için yeni bir karar alınmalıdır. Aksi bir yaklaşım, kanunda getirilen sıkı koşulların dolanılması anlamına gelir.

Uygulamada belirli bir suçtan soruşturma yürütülüp dava açıldığı hâlde, kovuşturma safhasında suçun niteliğinin değişmesine sıklıkla rastlanmaktadır. Bu tür durumlarda yargılamaya konu eylemin mahkeme tarafından nasıl değerlendirildiği büyük önem kazanmaktadır. Zira denetleme sonucu elde edilen delilin hukuka uygun bir delil olarak kabul edilebilmesi için, eylemin mahkemece nitelendirildiği şeklinin de bu tedbirin uygulanmasına imkân vermesi ve katalog suçlardan birisi olması gerekir. Başka bir anlatımla soruşturma aşamasında katalog suç olarak nitelendirilerek iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanan ve bazı deliller elde edilen suç, kovuşturma aşamasında nitelik değiştirerek katalog harici suçlardan birisine dönüşürse, denetleme sonucu elde edilen bilgiler de kovuşturma aşamasında delil olarak kullanılamayacaktır.[295]

Bu konuda Yargıtay bazı suçların nitelik olarak başka bir suçu kapsayabileceğini, birbirine yakın bu suçların her zaman benzer suçlara dönüşme ihtimali bulunduğunu belirtmiştir. Bu gerekçeyle Yargıtay'ın, suçun vasıf değiştirmesiyle katalog suçlar dışında ama katalog suçun kapsadığı başka bir suça dönüşmesi halinde elde edilen delilin bu yeni suç için yargılamada kullanılabileceğine ilişkin kararları bulunmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu somut olayda, "Sanık hakkındaki soruşturma izni, iddianame ve son soruşturmanın açılması kararına konu olan suçlar birden fazla rüşvet ve görevde yetkiyi kötüye kullanma suçlarıdır. Rüşvet suçu 5271 sayılı

[295] Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme.., s. 131.

CMK'nın 135/6. fıkrasında yer aldığından, bu suç yönünden iletişimin tespiti suretiyle elde edilen kanıt, CMK'nın 138/2. maddesi fıkrası uyarınca, hakkında iletişimin tespiti kararı bulunmayan kişi için de kanıt olarak değerlendirilir. Özel Dairece isnat edilen eylemlerden rüşvet suçunun, niteliğinin değişmesi suretiyle görevi kötüye kullanma suçundan mahkûmiyet kararı tesis edilmiş ise de, başlangıçtaki iddia rüşvet suçuna yönelik olup, görevi kötüye kullanma suçunun özel bir biçimi olan rüşvet suçunun da çoğu zaman görevi kötüye kullanma suçuna dönüşmesi olanağı bulunduğundan, nitelik değiştirmesi olanağı bulunan suçlar yönünden de, elde edilen kanıtlar hukuka uygun delil olarak değerlendirilmelidir."[296] şeklinde karar vermiştir.

Yargıtay'ın bu kararına katılmamız mümkün değildir. Ceza Muhakemesi Kanunun l35. maddesinin altıncı fıkrasında sayılan suçlar içinde daha hafif suçları barındıran ve geçişli suç özellikleri taşıyan suçlar bulunmaktadır. Örneğin, CMK'nın 135/1. maddesinde düzenlenen göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçunun, hürriyeti tahdit ve Pasaport Kanununa muhalefet suçlarına, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak ve bulundurmak suçlarına, rüşvet suçunun, görevi kötüye kullanma suçlarına, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun, hırsızlık suçlarına, 6136 Sayılı Ateşli Silahlar Ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Kanunun 12. maddesinde tanımlanan silah kaçakçılığı suçlarının, yine aynı kanunun 12 ve 13. maddesinde düzenlenen vahim nitelikte olan veya olmayan ruhsatsız silah taşımak veya bulundurmak suçlarına, kaçakçılıkla mücadele kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçların, hapis cezasını gerektirmeyen diğer suçlara her zaman dönüşme ihtimali vardır.

Aynı durum örgüt kapsamındaki suçlar için de geçerlidir. Suç işlemek amacıyla örgüt kurmak suçunu düzenleyen TCK 220. maddesi CMK'nın l35/6. fıkrasının a-8. alt bendi kapsamına alınmış, fakat 220. maddenin örgüt üyeliği suçunu düzenleyen ikinci fıkrası, örgüte üye olmamakla birlikte, suç örgütüne bilerek ve isteyerek yardım etmeyi düzenleyen yedinci fıkrası ve örgütün veya amacının

[296] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 12.06.2007 tarih ve E. 2006/5.MD-154 ve K.2007/145 sayılı kararı, Parlar-Hatipoğlu, a.g.e., s. 588.

propagandasının yapılması fiilini suç olarak düzenleyen sekizinci fıkrası CMK'nın l35/6. maddesindeki suç katalogunun dışında bırakılmıştır.

Amaç suçun örgütlü olarak işlenmesi sebebiyle kamu davası açılmışsa, elde edilen deliller amaç suç için de kullanılabilecektir. Eğer açılan davada amaç suçun örgütlü işlenmediği tespit edildi ise elde edilen delil yargılamada kullanılamayacaktır. Aynı sonuç, kamu davasının örgütlü suç dolayısıyla açılmadığı, yani sırf kişinin dinlenilmesini sağlamak amacıyla suçun örgütlü işlendiği iddiasının var olduğu haller için de geçerlidir.[297]

Aynı şekilde suç işlendikten sonra faillere yardım veya aracılık veya yataklık eden kimselerin iletişimi, bunların fiili suçtan önceki bir iştirak ilişkisi çerçevesinde olmadığı sürece denetlenemeyecektir. Zira suç delillerini yok etme, gizleme, değiştirme (TCK m.281) ile suçluyu kayırma (TCK m.283) suçları maddedeki katalogda sayılmamıştır.[298]

Delil elde edilmişken suçlar ve suçlular cezasız kalmamalı düşüncesiyle hareket edilerek, katalog dışı suçlar için telefon dinleme kayıtlarının delil kabul edilmesi halinde sınırlı suçlar için kabul edilmiş telefon dinleme tedbiri kanun koyucunun iradesine aykırı olarak genişletilmiş olacaktır. Böylelikle çok sıkı şartlara bağlanmış telefon dinleme tedbirinin kapsamı genişletilerek bir çok önemsiz suç için başvurulan bir tedbir haline gelebilecektir.

Bu nedenle, soruşturma aşamasında katalog suç olarak nitelendirilerek, iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanan ve bazı deliller elde edilen suç, nitelik değiştirerek katalog harici suçlardan birisine dönüşürse, telefon dinleme sonucu elde edilen deliller hukuka aykırı delil olacağından yargılamada hiçbir şekilde kullanılmaması gerekir.

Bu durum ilk bakışta adil olmayan bir sonuç şeklinde yorumlanabilse de, bunu temel hak ve hürriyetlere müdahalenin istisnai özelliği ve delil yasaklarının doğal bir sonucu olarak kabul etmek gerekir.

[297] Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme.., s. 68.
[298] Ünver-Hakeri, a.g.e, s.176.

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin olay ile ilgili oyçokluğu ile vermiş olduğu karar ve bu kararda iletişimin denetlenmesi tedbiri yönünden zikredilen muhalefet şerhi son derece dikkat çekicidir. Yerel Mahkeme, 4422 sayılı ÇASÖMK uyarınca yasadışı PKK/KONGRA-GEL terör örgütüyle mücadele kapsamında alınan iletişimin denetlenmesi tedbiri kararları sonucunda elde edilen delilleri göçmen kaçakçılığı suçu yönünden hukuka uygun kabul etmek suretiyle sanıklara mahkûmiyet kararı vermiş ve Yargıtay 8. Ceza Dairesi de bu kararı onamıştır.

Bu karara katılmayan üye muhalefet gerekçesinde, "4422 sayılı Yasanın yürürlükte olduğu dönemde dinleme kararlarının verilmiş olması karşısında, söz konusu yasanın 2. ve 16. maddelerine göre değerlendirme yapıldığında, göçmen kaçakçılığı suçunun dinlemeye elverişli suç kapsamında olmadığı ortaya çıkmaktadır. Kaldı ki, dinlemeye elverişli olmayan göçmen kaçakçılığı suçunu ortaya çıkarabilmek için önce terör suçu kapsamında soruşturma yapılacakmış gibi bir izlenim verip dinleme kararı talep edilmesi ve buna göre de dinleme kararı verilmesi kanuna karşı hile yoluna gitmektir. Ayrıca, görülmektedir ki dosyada, terör suçuna ilişkin hiçbir soruşturma bulunmamaktadır. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda göçmen kaçaklığı suçunun dinlemeye elverişli katalog suç kapsamına alınmış olması da (CMK m. 135/6,a,l) önceki usulsüz dinlemeyi yasal hale getirmez. Kanuna karşı hile kanunla meşru kılınamaz. Elde edilen iletişim tutanaklarından hareketle sorgulama yapılarak, elde edilen ikrar veya dolaylı ikrarların, hukuka aykırı kanıtların uzak etkisi gereği geçerli olmayacağı gözetilmek suretiyle mahkumiyetlerine karar verilen tüm sanıkların beraatlarına, usulsüz dinleme talep eden, bu talebe katılan ve nihayet bu kararları veren kolluk görevlileri, cumhuriyet savcısı ve yargıçlar hakkında yasal işlemler yapılmak üzere suç duyurusu yapılması gerektiği düşüncesiyle mahkum olan sanıklar hakkında atılı suçun kanıtlandığına ilişkin çoğunluk kararına katılmıyorum." demiştir.[299]

Somut olayda sırf başka bir suça veya failine ulaşmak maksadıyla kötü niyetli olarak, ÇASÖMK kapsamındaki terör suçundan dinleme yapıldığı tespit edilmiştir. İyi niyetle yapılsa bile tedbire başvurulan suç, yasal dinleme sonunda bu kanun kapsamı dışındaki başka bir suça dönüşmüştür. Elde edilen telefon kayıtları,

[299] Yargıtay 8. Ceza Dairesi 23.01.2007 tarih ve E: 2006-8117, K. 2007-320 sayılı kararı, Parlar-Hatipoğlu, a.g.e., s. 569

ÇASÖMK kapsamında bulunmayan göçmen kaçakçılığı suçu için hukuka aykırı delil olduğundan hiçbir şekilde mahkûmiyete esas alınamaz. Bu noktada muhalefet gerekçesi son derece isabetli olup yerel mahkemenin kararının bu gerekçeyle bozulması gerektiğini düşünüyoruz.

Suçları önleme, suçluların cezasız kalmaması vs. gibi düşünceler, tarihsel birikimi arkasına almış bulunan günümüz pozitif hukuki düzenlemelerini işlevsiz hale getirir. Ne kadar tehlikeli olursa olsun ve başa çıkılması ne kadar zor olursa olsun bazen korkunç, canice bir terör olayı olarak veya bazen bir ülkenin öz kaynaklarını kurutan boyutlarda yolsuzluk şeklinde ortaya çıkan organize suçluluk ile mücadele, hukuk devleti ilkesinin feda edilmesi ile başarılamaz, Çünkü, bu ilkenin yokluğu bu defa aynı suçluluğun başka boyutlarda türemesine neden olacaktır.[300]

D. İletişimin Dinlenmesine Karar Verilebilmesi İçin Gerekli Şüphe Derecesi

1. Genel Olarak

Ceza Muhakemesi Kanunun 135. maddesi uyarınca adli yönden iletişimin dinlenmesi kararı verilebilmesi için, katalog suçlardan birisinin işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı aranmıştır. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine karar verilebilmesi için ise her hangi bir şüphe derecesi aranmamıştır.

Şüphe, zihnin çeşitli alternatifler arasında seçme yapma konusunda tereddüt etmesi, hangi seçeneğin doğru olduğunu kestirememesi hali,[301] kuşku, kuruntu anlamlarına gelmektedir.[302]

Ceza muhakemesinde şüphe, ‘basit şüphe’ ve ‘yoğun şüphe’ olmak üzere ikiye ayrılır. Basit şüphe, fiilin suç olduğu ve soruşturulabilir nitelik arz ettiği haldir. Yoğun şüphe ise kendi içinde ‘yeterli şüphe’ ve ‘kuvvetli şüphe’ olmak üzere ikiye

[300] Özbek, “Organize Suçlulukta Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları” 9 Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı:2, İzmir, 2002, s. 81.
[301] Öztürk- Erdem, a.g.e., s. 494.
[302] Türk Dil Kurumu Sözlüğü, Ankara, 2005, s.1875.

ayrılır.[303] Yeterli şüphe, eldeki delillere göre yapılacak muhakeme sonunda sanığın mahkûm olması ihtimalinin beraat etme ihtimaline göre daha kuvvetli olması halidir. Kuvvetli şüphe ise, mevcut delillere göre yapılacak muhakeme sonunda mahkûm olma ihtimalinin kuvvetle muhtemel olması halidir.[304]

Mukayeseli hukuka bakıldığında iletişimin denetlenmesine başvurulabilmesi için İsviçre, Almanya ve Avusturya gibi ülkeler "kuvvetli suç şüphesi" ararken bazı ülkeler basit şüpheyi yeterli görmektedirler.

Alman Ceza Muhakemesi Kanununda bu tedbire başvurmak için belirli olguların varlığı ve bu olguların katalog suçun işlendiğine dayanak oluşturması şartı aranmaktadır. Avusturya Ceza Muhakemesi Kanununa göre ise iletişimin dinlenmesi tedbirine ancak belirli ve somut bir fiil işlenmiş olduğu yönünde "kuvvetli suç şüphesi" varsa, başvurulabilecektir.[305] Fransa ve İngiltere'de ise diğer koruma tedbirleri için aranan şüphe derecesi ile yetinilmiş ve özel bir şüphe derecesi aranmamıştır.[306]

İletişimin dinlenmesi tedbirinin mevzuatımızda ilk olarak düzenlendiği 4422 sayılı kanunda iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için haricen algılanabilen kuvvetli belirtilere bağlı müşahhas olgular aranmıştı.[307] Bu kanunda "kuvvetli belirti" ifadesi kullanılmış, "şüphe" ile "belirti" kavramları kesin olarak birbirinden ayrılmıştı.

Buna karşılık CMK'nın 135. maddesinde ÇASÖMK'dan farklı olarak "belirtiden" değil "kuvvetli şüphe sebeplerinden" söz edilmektedir. CMK'nın 100. maddesinin birinci fıkrasında tutuklama kararı verilebilmesi için "kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgu" aranırken iletişimin denetlenmesine ilişkin kararın verilebilmesi için "kuvvetli şüphe sebebi" aranmaktadır. Bu iki şüphe derecesi arasında mutlaka bir fark bulunması gerekmektedir. Zira zaten tutuklama

[303] Erdem, Özbek, a.g.e., s. 276.
[304] Öztürk- Erdem, a.g.e., s. 494.
[305] Erdem, Ceza Muhakemesi.., s. 99.
[306] Erdem, Özbek, a.g.e., s. 276.
[307] Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 702.

kararı verecek kadar kuvvetli suç şüphesi varsa, iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulamaz.[308]

İletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için, katalog suçlardan birisinin işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığının aranması eleştirilmektedir. Kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması koşulunun, tedbirin hukuka uygun olarak uygulanmasını olanaksız hale getirdiği belirtilmekte, kuvvetli şüphe yerine, yalın bir kuşkuyla dahi bu tedbire başvurulabilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.[309]

CMK'da yer alan düzenlemeye göre, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulaması sırasında, katalog suçların işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebepleri ortadan kalkarsa tedbirin Cumhuriyet savcısı tarafından hemen kaldırılması gerekir. Bu gibi hallerde tedbir uygulaması sonucu elde edilen veriler, Cumhuriyet savcısının denetimi altında derhal ve nihayet on gün içinde yok edilir ve durum bir tutanakla belirlenir. Görüldüğü gibi kuvvetli şüphe sebebi unsuruna özel sonuçlar bağlanmıştır.

İletişimin denetlenmesi tedbirine karar verilebilmesi için kuvvetli şüphe şartının aranmasının, hak ve özgürlüklerin keyfi olarak çiğnenmesinin önlenmesi adına yapılmış bir yanlışlık olduğu, esasen bu işlemlerin, fail olarak yakalanması gereken kişilerin kimliklerinin tespite yarayan, yakalama öncesi başvurulan tedbirler olduğu, bu tedbirlere başvurabilmek için yakalamanın da ön şartı olan kuvvetli şüphe standardına ulaştıracak iz, belirti, emare veya delil, kolluğun elinde olsa, zaten bu tedbirlere başvurmaya gerek olmayacağı, bu nedenlerle iletişimin denetlenmesinde yakalama ve tutuklama standardında kuvvetli şüphe aranmasının yanlış olduğu, makul şüphenin yeterli kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.[310]

Ayrıca suçun kim tarafından işlendiğine dair kuvvetli şüphenin varlığı için, mutlaka güçlü delil ve emareleri somut biçimde elde etmeye zorlamak, iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurmayı imkânsız veya anlamsız hale getirebileceği söylenmiştir. Bu nedenle, tutuklama tedbirinin tatbiki bakımından gerçekleşmesi

[308] Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 708-709.

[309] Eryılmaz, Mesut Bedri Suçla Mücadele Politikası Açısından Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı 1, Eylül 2006, s.205-229, Ünver-Hakeri,a.g.e., s. 173, Ünver, Ceza Muhakemesinde..., s. 147.

[310] Eryılmaz, a.g.e., s. 224.

aranan "kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular" koşulu ile 135. maddede gösterilen bu koşulun birbirinden farklı değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.[311]

Ayrıca kuvvetli şüphe sebebinin bulunmasını aramanın, dava açmak için yeterli delilin bulunmasını aramakla eşdeğer olduğu ve çok defa bu tedbire ancak kovuşturma evresinde başvurulabileceği, bu halde ise delillerin karartılmasının söz konusu olabileceği de ileri sürülmüştür.[312]

Bu görüşlere göre telefon dinleme tedbirine başvurulması için kuvvetli şüphe sebebinin aranması tedbirin hukuka uygun biçimde uygulanmasını engelleyecektir.

Dedikodular, test edilmemiş söylentiler veya tahminler denetleme kararı verilmesi için yeterli değildir. Hâkimin denetleme kararı verebilmesi için objektif olarak tespit edilmiş olaylar, vakalar ve haricen algılanabilen basit belirtiler bulunmalıdır. Şüphe sebeplerinin fiili olgulara dayanması ve hayat akışı içerisinde basit şüpheyi ortaya çıkarmaya yetecek şekilde somutlaşması ve müşahhaslaşması gerekir. Bulunan bu belirtilerin de hayatın olağan akışı ve kriminalistik tecrübelere göre suç işlendiği yönünde kanaat oluşturması gerekir.[313]

Buradaki 'kuvvetli şüphe sebebi' kavramı, ne 'kuvvetli şüphe derecesi', ne de basit bir 'başlangıç şüphe derecesi' olarak anlaşılmalıdır. Kuvvetli şüphe sebepleri, teriminden, basit bir başlangıç şüphesinden daha yoğun, ama yeterli ya da kuvvetli şüphe derecesine ulaşmayan şüphe seviyesi anlaşılmalıdır. Tedbire başvurulabilmesi için suçun işlendiğine dair somut olayların varlığı gerekir.[314]

Bir başka anlatımla iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabilmesi için faillik olasılığının yüksek olması anlamında "kuvvetli şüphe" bulunması gerekmediği gibi, kamu davasının açılması için gerekli olan ve soruşturma sonunda şüphelinin mahkûm olmasının beraat etmesine göre daha yüksek bir olasılık oluşturması anlamında yeterli şüphenin mevcudiyeti de gerekli görülmemektedir.[315] Bu yaklaşıma göre denetleme kararı verilebilmesi için basit şüphenin üzerinde ama yeterli şüphenin de aşağısından bir şüphe derecesi gerekmektedir.

---

[311] Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme.., s. 59.
[312] Ünver, Ceza Muhakemesinde.., s. 147.
[313] Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, a. g. e., s. 703.
[314] Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 424.
[315] Erdem, Ceza Muakemesi.., a.g.e., s. 100.

Bizi bu sonuca götüren bir diğer neden de, CMK'nın 137. maddesinin 3. fıkrasında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi halinde tedbire son verilmesinin düzenlenmiş olmasıdır.

Kuvvetli şüphe sebebinin, hakkında tedbire başvurulacak kişinin suçu işlemesi bakımından değil, soruşturmaya konu suçun herhangi bir kişi tarafından işlenmesi bakımından aranması gerekeceği ileri sürülmüştür.[316]

Maddedeki düzenlemede, bir kimseden söz edilmeksizin, "yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı" ve "başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda" iletişimle ilgili önlemden söz edilmesi karşısında, suçu işleyen kimsenin değil, suçun merkez alındığı söylenebilir. Ancak iletişimin denetlenmesine ilişkin kararlarda şüpheli veya sanığın kimlik bilgilerinin yer alması zorunluluktur.

Hakkında iletişimle ilgili karar alınan kimsenin iletişim önlemine muhatap olabilmesi için, o kimsenin söz konusu suçla bir şekilde ilgili ve bu suçu işlemiş olma olasılığı yüksek olmalıdır. Aksi takdirde işlendiği kuşkusu olan bir suç nedeniyle, o suçu işlemiş olma olasılığı hiç olmayan kimsenin iletişimi ihlal edilir.[317] Böylelikle sıkı koşulara bağlanan tedbirin, çok geniş bir kitle üzerinde deneme yanılma suretiyle uygulanması söz konusu olabilecektir.[318] Bir hukuk devletinde keyfîlik olarak kabul edilecek böyle bir uygulamanın tasvip görmesi mümkün değildir.

Maddede "kuvvetli şüphe sebebinden söz edilmekteyse de, tedbirin uygulanması için "kuvvetli şüphe" gerekmemekte ama "basit şüphe" de yetmemektedir. Kovuşturma organlarının somut bir tutanak noktası olmaksızın bu tedbire başvurmaları yasak olup kriminalistik varsayımlar, olayın istatistik sıklığı veya genel yaşam deneyimleri, bu tedbire başvurmak için yeterli değildir.[319]

Bize göre şüphe derecelerini basit şüphe, yeterli şüphe ve kuvvetli şüphe olmak üzere aşağıdan yukarıya doğru sıraladığımızda, "kuvvetli şüphe sebebi" kavramının

[316] Keklik, Ramazan, Ceza Yargılamasında İletişimin Denetlenmesi, Adalet Dergisi, Sayı 25. s. 3.
[317] Şahbaz, a.g.e, s.23.
[318] Taşkın, Adli ve İstihbari…,s.106.
[319] Öztürk- Erdem, a.g.e., s.602, Erdem, Ceza Muhakemesi.., s. 100.

basit şüphenin biraz üzerinde ama kuvvetli şüphe ve yeterli şüphenin de biraz aşağısında yer aldığını söyleyebiliriz. Eldeki deliller yeterli şüphe oluşturuyorsa zaten kamu davası açılabilecektir. Kuvvetli şüphe derecesine ulaşıyorsa da tutuklama dahil her türlü tedbire başvurulacak kadar delil elde edilmiş demektir. Her iki halde de iletişimin denetlenmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Basit şüphe ile yeterli şüphe arasında yer alan bazı sebepler veya somut belirtilerin oluşması halinde bu tedbirin uygulanmasına başvurulabilecektir.

Kanun koyucu, 135. maddenin aşırı kullanımının önüne geçmek maksadıyla "kuvvetli suç şüphesi" şartını aramış, fakat iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasında, şüpheli tarafından suçun işlendiği şüphesini kuvvetli bir şekilde ortaya koyacak delil ve emarelerin öncelikle elde edilmesi şeklinde nitelendirilebilecek derece ve zorlukta bir şart öngörmemiştir. Elbette bu tedbire başvurabilmek için elde kuvvetli delil olması daha isabetli olacaktır, fakat bu hususu zorunlu bir koşul biçiminde de değerlendirmemek gerekir. Aksinin kabulü, iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasını neredeyse imkansız veya kuvvetli deliller zaten elde edildiğinden anlamsız hale getirecek ve belki bu tedbire, sadece şüpheli veya sanığın duruşma dışı ikrarına ulaşılması işlevini verecektir.[320]

Sonuç olarak maddede yer alan "suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı" ibaresinin diğer hükümlerle birlikte değerlendirilmesi ve kuvvetli şüphe sebebinin katalog suçu işlediği düşünülen şüpheli bakımından aranması gerektiğini söyleyebiliriz.

E. İletişimin Dinlenmesi Dışında Başka Yolla Delil Elde Edilememesi (Son Çare)

1. Genel Olarak

Ceza muhakemesi kanunun 135. maddesinde; "Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda,

[320] Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme.., s. 60.

hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir." denmiştir.

Başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması hâli, 26434 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan yönetmelikte, 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 tedbirlerle ulaşılabilecek olması olarak tanımlanmıştır.

Gizlice uygulanması yüzünden kötüye kullanılma tehlikesi yaratan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ile arama, elkoyma, tutuklama gibi diğer geleneksel koruma tedbirleri arasında öncelik-sonralık ilişkisi vardır ve aynı ölçüde olayı aydınlatma şansı bulunan diğer koruma tedbirleri, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine göre bir önceliğe sahiptir.[321]

İletişimin denetlenmesi, en son çare (ultima ratio) olarak başvurulacak tedbirlerdendir. Başka bir ifade ile iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması, ikincil ve son çare niteliğinde bir tedbirdir. Başka tedbirlerle failin belirlenmesi veya suç delillerinin elde edilmesi mümkün ise, iletişimin denetlenmesine karar verilemez. Ancak, burada diğer tedbirlerin uygulanması ve delil elde edilememiş olması gerekmez. Bu tedbirlere başvurulsa dahi sonuç alınamayacağı konusunda bir beklentinin varlığı yeterlidir.[322]

Ceza muhakemesi hukukundaki arama, elkoyma, tutuklama veya adli kontrol gibi tedbirlerinden birisinin veya birkaçının uygulanması halinde delil elde edilebilecekse, öncelikle bu koruma tedbirleri uygulanacaktır.

Kanun koyucu, iletişimin denetlenmesinin kişinin özel hayatına ve haberleşme özgürlüğüne yönelik ağır ve derin bir müdahale olması nedeniyle, suçu ve failini

[321] Öztürk- Erdem, a.g.e., s. 603, Erdem, Ceza Muhakemesi.., a.g.e., s.100.
[322] Erdem, Ceza Muhakemesi.., s. 100.

aydınlığa kavuşturmakla görevli ve yetkili makamların kolaya kaçacak şekilde her olayda iletişimin denetlenmesi yoluyla delil elde etmesini önlemek istemiştir.[323]

Yargıtay da kararlarında başka suretle delil elde edilme imkânının bulunması hâlinde iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulamayacağını belirtmektedir.

Yargıtay verdiği bir kararda; "…hakkında disiplin veya idari soruşturma yapılan kamu görevlisi yönünden henüz ortada ceza soruşturması ve kovuşturması bulunmadığı, kaldı ki, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 82. maddesinin yollamasıyla 101. madde ile verilen yetki gereğince soruşturma yapan Söke Başsavcısının, gereken bilgileri tüm daire ve kuruluşlardan doğrudan doğruya toplaması mümkün olduğundan CMK 135. maddesi çerçevesinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine karar verilemez" diyerek iletişimin dinlemesinin en son çare olduğunu vurgulamıştır.[324]

Başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması koşulunun gerçekleşmiş sayılabilmesi için, soruşturmanın başında veya soruşturma sürerken, başka bir tedbire başvurulması durumunda, olayın aydınlatılmasını olanaksız kılan bir engel ile karşılaşılacak olmalıdır.[325] İletişimin dinlemesine başvurulmaması durumunda yeterli delil elde etme imkânının zorlaşacak olması, tek başına bu tedbire başvurulabilmesi için yeterli değildir.[326] Başka suretle delil elde edilmesi güç de olsa, bu yollar denenmelidir.

Burada en önemli nokta, başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumudur. Bununla anlatılmak istenen şey, başka suretle delil elde edilmesinin beklenmemesi halidir. Diğer koruma tedbirleri kullanılmak suretiyle delil elde edilebilmesi durumunda bu tedbir uygulanamayacaktır.[327]

Kanundaki "başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması" ifadesini mutlak olarak yorumlamamak gerekir. Zira her şeyden önce, elde edilen delil, her zaman için suçu kanıtlamaya yetmeyebilir. Dolayısıyla bu koşul, iletişimin

[323] Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme.., s. 60.
[324] Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 06.11.2007 tarih ve E., 2007-8700, K. 2007-8903 sayılı kararı, Tosun-Akkaya, a.g.e., s. 237.
[325] Öztürk- Erdem, a.g.e., s.603.
[326] Keklik, a.g.e., s. 3.
[327] Çoksezen, a.g.e, s.8.

denetlenmesi tedbirine başvurulmaması halinde, suçla ilgili hiçbir delil elde edilemeyecek olması değil, ilgilinin mahkûmiyetine yeter derecede delil elde edilemeyecek olması şeklinde anlaşılmalıdır.[328]

Başka bir ifadeyle, klasik ceza muhakemesi tedbirleri ile mahkûmiyete dayanak oluşturacak güçte delil veya deliller elde edilebiliyorsa, iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanamaz. Klasik yöntemlerle de bazı deliller elde edilecek, ancak, bu deliller mahkûmiyet kararı verilebilmesine dayanak teşkil etmeyecek nitelikte zayıf deliller olacaksa, iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecektir.[329]

İşlenen katalog suçlarla ilgili, başka suretle delil elde etme imkânı varsa, tedbire zaten başlanmayacaktır. Buna karşılık başlangıçta, başka suretle delil elde etme imkânı olmamasına rağmen sonradan bu imkân oluşmuşsa, tedbire derhal son verilmelidir. Nasıl olsa iletişimin denetlenmesi konusunda hâkim kararı alınmıştır, süre bitinceye kadar iletişimin denetlenmesine devam edilsin denilemez. Koşulların ortadan kalkması halinde tedbire son verilmelidir.[330]

Başka suretle delil elde etme imkânı bulunmaması şartının denetimi, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkeme tarafından yapılacaktır.

Ceza muhakemesi tedbirler ile delil elde edilmesi olanaklı iken, iletişimin dinlenmesi tedbirinin uygulanması suretiyle elde edilen deliller hukuka aykırı olduğundan hükme esas alınamayacaktır. Mahkeme, yargılamanın her aşamasında iletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen delillerin, kanuna uygun olarak elde edilip edilmediğini denetlemek zorundadır. Eğer kararın verilmesi veya uygulanması sırasında CMK'nın 135. maddesinde belirtilen şartlara aykırılık varsa, tedbir vasıtasıyla elde edilen deliller hukuka uygun olmayacaktır.

İletişimin denetlenmesi tedbiri yönünden en önemli koşul, başka suretle delil elde edilebilmesi imkânının somut olayda bulunmaması ve bu durumun gerçekliğinin soruşturma ve kovuşturma makamlarınca ortaya konulması veya kanıtlanması olarak

[328] Keklik, a.g.e., s. 4.
[329] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s.108.
[330] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s.108.

aranmalıdır. Dinlemeye ilişkin talep ve kararlarda, sadece kanun maddesinin tekrarı şeklinde soyut beyan ve hukuki nitelendirmeler içeren, kısa gerekçeler yerine, "haberleşme hürriyeti" gibi son derece önemli bir hak ve hürriyete yakışan ve müdahalenin haklılığını, bu tedbire müracaattaki zorunluluğu gösteren ve somut olgulara dayanan tespit ve açıklamalara yer verilmelidir.

Başka yolla delil elde edilmesinin mümkün olması koşuluna aykırı olarak tedbire karar verildiğinin tespit edilmesi halinde elde edilen delil hukuka aykırı olacağından delillerin mahkemece değerlendirilmemesi gereklidir.

F. İletişimin Dinlenmesinde Talep ve Karar

1. Genel Olarak

CMK'nın 135. maddesi uyarınca dinleme ve tespite hâkim karar verir. Gecikmesinde somut olarak sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da dinleme ve tespit kararı verebilir. Cumhuriyet savcısı, vermiş olduğu kararı derhal hâkim onayına sunar ve hâkim kararını en geç 24 saat içerisinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde, tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır.

Cumhuriyet savcısı, koşulların varlığı halinde, evrakı soruşturma defterine kaydettirip, numara verdikten sonra, adlî kolluk görevlileri tarafından kendisine bildirilen veya resen kendisinin tespit ettiği bilgi ve belgeleri de ekleyerek iletişimin denetlenmesine karar vermesi için hâkimden talepte bulunur.[331]

Sistemimizde soruşturma evresinde iletişimin dinlenmesine Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi karar verir.

Hâkim, savcılık makamının kararını onaylamadığı takdirde, savcılık makamı bu karara karşı itirazda bulunamaz.[332]

---

[331] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s.109.
[332] Doğan,Yusuf Hakkı, http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/145doc Erişim tarihi:10.07.2009.

2. Hâkim Kararı

Yasa koyucu, CMK'nın 135. maddesinde düzenlenen telefon dinleme kararını kural olarak hâkim kararına bağlamış, fakat acil halleri dikkate alarak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla da tedbire karar verilebileceğine yer vermiştir. Ancak, Cumhuriyet savcısının verdiği kararı derhâl hâkimin onayına sunması ve hâkimin de, bu karar hakkında en geç yirmi dört saat içinde karar vermesi şartını getirmekle Cumhuriyet savcısının kararı bakımından hâkim denetimi oluşturulmuştur.

İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasına, soruşturma evresinde hâkim, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine karar verilebilir. Bu aşamada hâkim ya da mahkeme kendiliğinden bu tedbirlerden birisinin uygulanmasına karar veremez.

Ceza Muhakemesi Hukukunun 135. maddesinde 25/05/2005 tarihinde 5353 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce kovuşturma evresinde iletişimin denetlenmesine karar verilemeyeceği savunulmaktaydı.[333] Bu düşünceye göre kamu davası açılması için yeterli delil elde edilmiş olduğundan bu tedbire başvurulamayacağı söylenmiştir.

5353 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla yapılan değişiklikten sonra, kovuşturma aşamasında da iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabileceği hükme bağlanmıştır. Bu halde kovuşturma evresinde hâkim veya mahkeme gerek savcının talebi üzerine ve gerekse resen bu tedbire karar verebilir.[334] Bu evrede iletişimin denetlenmesine karar verilebilmesi için Cumhuriyet savcısının talepte bulunması şart değildir.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, iletişimin denetlenmesi kararları, İngiltere hariç olmak üzere genellikle yargı organları tarafından yazılı olarak verilmektedir.[335]

Ülkemizde de iletişimin denetlenmesine ilişkin kararlar kural olarak hâkim tarafından verilir. Kararı vermeye yetkili ve görevli hâkim, soruşturmanın yapıldığı yerdeki sulh ceza hâkimidir. Ancak, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar

[333] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s.109.
[334] Keklik, a.g.e. s. 6.
[335] Erdem, Özbek, a.g.e., s.284.

bakımından karar alma yetkisi bu suçlara bakmakla görevli Cumhuriyet savcısı, özel yetkili yargıç veya özel yetkili mahkemenindir. İletişimin denetlenmesi kararları yazılılık esasına tabidir. Hâkimin veya savcının vereceği iletişimin denetlenmesi kararlarının yazılı olması zorunludur.[336]

Verilen kararların uygulanması tek merkezden TİB üzerinden gerçekleştirilmektedir.

Hâkimin, iletişimin denetlenmesine ilişkin olarak vereceği kararlar 1982 Anayasasının 141. maddesi uyarınca gerekçeli olmak zorundadır. Gerekçede CMK'nın 135. maddesinde belirtilen tüm koşulların varlığının açıkça belirtilmesi gerekir.[337]

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 1982 Anayasasının 21. 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 sürece, hukuk hâkimlerinin veya mahkemelerinin ne iletişimin tespitine ne de iletişimin denetlenmesine karar vermesi doğru değildir. [338]

Hukuk mahkemeleri tarafından iletişimin tespitine yönelik olarak verilen kararların CMK kapsamında verilmiş olmadığı ve hukuk davalarında iletişimin denetlenmesi konusu ile ilgili yasal düzenlemenin 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yer almadığı dikkate alındığında Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın hukuk mahkemelerinden iletişimin denetlenmesi konusunda gelen talepleri yetki ve usul açısından inceleyerek yerine getirmemesi hukuka uygun olacaktır. Çünkü TİB sadece CMK kapsamında ceza soruşturması veya kovuşturması ile 5397 sayılı Kanun kapsamında önleme amaçlı olarak yapılacak işlemlerde görevli ve yetkilidir. Her ne kadar Başkanlık, mahkemelerden gelen kararın içeriği ve esasını

[336] Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 711.-Öztürk-Erdem, a.g.e., s. 607.
[337] Şen, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda …, s.117.
[338] Şen, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda …, s.126.

inceleyemese de, karar veren ve talebi yapan makamın yetkili olup olmadığını usul yönünden inceleyebilme yetki ve imkânına sahiptir. Ayrıca, bir merkezde toplanan önleme ve adli maksatlı iletişim denetlemelerine ilişkin kararların yetkili kişi ve makamlar tarafından verilip verilmediğinin incelenmesi doğal olarak Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının yetkisinde görülmelidir. Başkanlığın bu denetim yetkisi elbette esasa ilişkin olmayıp, yetki ve usulle sınırlıdır.

3. Cumhuriyet Savcısının Kararı

Daha önce belirttiğimiz gibi kural iletişimin denetlenmesine hâkimin karar vermesidir. İstisna olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da iletişimin denetlenmesine karar verebilir.

Cumhuriyet savcısının iletişimin denetlenmesine karar verebileceği evre, soruşturma evresidir. Kovuşturma evresinde Cumhuriyet savcısı gecikmesinde sakınca bulunduğu gerekçesiyle iletişimin denetlenmesine karar veremez.[339]

Cumhuriyet savcısının bu kararı verebilmesi için, diğer koşulların yanında gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı da gerekmektedir. 25989 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan TİB Yönetmeliğinin 3. maddesinin f fıkrasında, gecikmesinde sakınca bulunan hal, "derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması olasılığının ortaya çıkması hali" olarak tanımlanmıştır.

Cumhuriyet savcısının verdiği kararların denetlenmesinde, gecikmesinde sakınca bulunan halin var olup olmadığı da irdelenecektir. Cumhuriyet savcısının vereceği iletişimin denetlenmesi kararlarının yazılı olması esastır. Ayrıca gerekçeli olması ve gerekçede gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığının somut olgularla açıkça ortaya konması gerekir.[340]Aksi halde elde edilen delillerin hukuka aykırı sayılması ve yargılamada kullanılamaması gibi bir tehlike ile karşı karşıya kalınabilir.

[339] Keklik, a.g.e., s. 6
[340] Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e.s. 711, Şen, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda...s.117.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının verdiği iletişimin denetlenmesine ilişkin kararlar, değerlendirilmek üzere derhal, nöbetçi sulh ceza hâkimine gönderilecektir.

Cumhuriyet savcısının telefon dinleme konusundaki tedbir kararının hâkim onayına sunulmasından sonra 24 saat içinde karar verilmezse (sürenin dolması), veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır.

Soruşturma organlarından sadece Cumhuriyet savcısının yetkili olduğu tedbir kararında bir de hâkim denetimi getirilmesi, şüpheli için etkin bir güvence sağlanması istenildiğini göstermektedir.

Bu düzenlemenin Anayasa hükmü ile uygunluğunun tartışmalı olduğu ifade edilmiştir.[341]

1982 Anayasasının haberleşme özgürlüğünü düzenleyen 22. maddesinde "yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar" hükmü yer almaktadır. CMK'nın 135. maddesinin birinci fıkrasında, Anayasada yer alan söz konusu süreler kısaltılmıştır. Buna göre Cumhuriyet savcısının kararının hâkim onayına sunulması için 24 saatlik bir süre dahi verilmemiş ve derhal onaya sunulması hükme bağlanmıştır. Yine onay talebini alan hâkim, en geç 24 saat içinde savcının verdiği kararı ya onaylayacak ya da iptal edecektir. Burada da 1982 Anayasasında belirtilen sürenin kısaltıldığı görülmektedir.[342]

"Derhâl" ifadesinin, 1982 Anayasasının 22. maddesinde yetkili merciin kararının 24 saatlik süre içinde yetkili hâkim onayına sunulmasının öngörülmesine göre, bu süreyi daha da kısaltmaya matuf olarak yasaya girdiğini kabul etmek gerekir.[343]

---

[341] Yiğit, Nuri, Arama, Elkoyma ve Gizli Koruma Tedbirleri, Adalet Bakanlığı Seminer Notları, Ankara 2005, s.24.
[342] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s.113.
[343] Keklik, a.g.e. s. 6.

Bize göre, 1982 Anayasasında yer alan süreler, azami sürelerdir. Bu süreler aşılması Anayasaya aykırılık oluşturur. Ancak, kısaltılması, hak ve özgürlükler bakımından lehe bir durum olduğundan Anayasa aykırılık oluşturmayacaktır.

Kanunda iletişimin denetlenmesi için derhal ifadesi kullanılmasının nedeni, haberleşme özgürlüğü ile özel hayata saygı hakkına ağır bir müdahale oluşturan bu tedbirlerin uygulanmasının mümkün olan en kısa sürede hâkim kararına bağlanmasının istenilmesidir. Savcılık ve mahkeme teşkilatlarının aynı binalar içinde bulunduğu da göz önüne alınırsa, çok defa Cumhuriyet savcısı, kararı verdikten sonraki birkaç saatlik süre içinde bu kararı hâkim onayına sunabilir. Bu süre hiçbir zaman 24 saati geçemez.[344]

Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından verilen dinleme kararına ilişkin yazı, hâkim tarafından saat de belirtilmek suretiyle havale edilir. Havale üzerine onay talebi, istemin içeriği gösterilmeksizin, hâkim havalesinde belirtilen saat de işlenmek suretiyle, bu iş için görevlendirilen ilgili zabıt kâtibi tarafından mahkemenin değişik iş defterine kaydedilir.

Uygulamada Cumhuriyet savcısının verdiği kararın hâkim tarafından onaylanması talebi, havale edildiği saatten itibaren 24 saat içerisinde hâkim tarafından değerlendirilerek karara bağlanır. Yukarıda da belirtildiği gibi 24 saatlik süre içinde karar verilmemesi, kararın onaylanmaması anlamına gelir ve tedbire derhal son verilir.

Telefon dinleme konusunda Cumhuriyet savcısının talebini incelemeye yetkili ve görevli hâkim, talepte bulunan savcının bulunduğu yer itibariyle yetkili olan sulh ceza hâkimidir.

Cumhuriyet savcısının verdiği kararın onaylama talebi, hangi nöbetçi mahkemenin değişik iş defterine kaydedilmişse, o mahkemenin hâkimi tarafından sonuçlandırılır. Söz konusu mahkemenin nöbeti sona erse dahi, teslim alınan ve havale edilen onay talebi, nöbeti başlayan diğer hâkim veya mahkemeye gönderilmeksizin, aynı mahkeme tarafından sonuçlandırılır. Verilen karar, tutanakla Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilir.

[344] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s.112.

4. Cumhuriyet Savcısı Tarafından Verilen Tedbir Kararında Hâkimin Denetleyeceği Hususlar

Hâkim, kural olarak Cumhuriyet savcılığınca verilen kararın 135. maddede belirtilen koşullara uygun olup olmadığını denetleyecektir. Verilen kararın katalog suçlara ilişkin olup olmadığı, kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunup bulunmadığı, başka yollarla delil elde edilip edilmeyeceği ve hakkında tedbir uygulanan kişinin şüpheli olup olmadığı gibi konular hâkim tarafından denetlenecektir.

Bundan başka hâkim, savcı tarafından verilen iletişimin denetlenmesi kararının, gerçekten gecikmesinde sakınca bulunan bir halde verilip verilmediğini de denetlemek zorundadır.

Hâkimin denetleme yetkisinin, yalnızca tedbirin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup olmadığı, hâkimin yerindelik denetimi yapıp yapamayacağı tartışmalıdır.

Hâkim verilen dinleme kararının CMK'daki koşullara uygun olup olmadığını denetleyecektir. Ancak, burada, iletişimin dinlenmesi tedbirine başvurabilmek için "başka suretle delil elde edilmesi olanağının bulunmaması" koşulu da arandığından, hâkim, bu yönde de bir değerlendirme yapmak zorundadır. Başka suretle delil elde edilmesi olanağının bulunup bulunmadığının denetlenmesi ise, tedbirin amaca uygunluğu ya da yerindeliği konusunda da bir değerlendirme yapılmasını gerekli kılmaktadır. Şu halde Cumhuriyet savcısının kararını onaya sunduğu hâkim, tedbirin hukuka uygun olarak verilip verilmediği yanında, tedbirin ikinci derecede uygulanabilirliği ve orantılığı konusunda yerindelik yönünden de değerlendirme yapabilecektir.[345]

5. Kararın Onaylanmaması Halinde Tedbirin Uygulanmasına Son Verilmesi

Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın, hâkim tarafından onaylanmaması ya da 24 saatlik sürenin geçirilmesi nedeniyle onaylanmamış sayılması hallerinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılacaktır.

---

[345] Öztürk- Erdem, a.g.e., s. 604.- Erdem, Ceza Muhakemesi..,s.100.

Cumhuriyet savcısının kararı verdiği andan başlayarak, hâkimin bu kararı iptal ettiği ana kadar geçen süre içinde tedbir uygulanacaktır. Bu süre zarfında tedbirin uygulanması suretiyle elde edilen bilgilerin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağı konusunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. CMK'nın 135. maddesinin birinci fıkrasında "sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır" denilmiş olmasına rağmen bu süre içinde elde edilen bilgilerin delil olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda bir düzenleme yapılmamıştır.

Bu konuda farklı düşünceler bulunmaktadır. Bu kapsamdaki bir dinleme sonucu elde edilen bilgiler yok edilse dahi, dinlemeyi gerçekleştiren memurun tanık olarak dinlenmesi ve bu bilgilerin yargılamada değerlendirilmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir.[346]

Savcılık makamının yazılı emriyle yapılan dinlemelerin bu süre zarfında hukuken geçerli ve hüküm aşamasında değerlendirilebilecek nitelikte olmasına rağmen, kanun koyucunun kişi hak ve özgürlüklerine vermiş olduğu büyük önemden dolayı, savcılık makamı emrinin hâkim tarafından onaylanmaması halinde, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtların savcının denetimi altında en geç 10 gün içerisinde yok edilmesi gerekmektedir. Bu tespit ve kayıtların delil olma kabiliyeti bulunmamaktadır.[347]

Hâkimin verdiği iptal kararı, Cumhuriyet savcısının verdiği karar doğrultusunda yapılan denetleme işleminin kanuna aykırı olduğunun tespiti anlamına gelmektedir. Bu şekilde elde edilen bilgiler hiçbir şekilde yargılamada kullanılamaz.[348]

Aksi yönde yapılacak bir yorum, zaman içinde hâkim onayı zorunluluğunun dolaşılması sonucuna yol açacağından, bu süre içinde elde edilmiş olan bilgilerin hiçbir şekilde değerlendirilmemesi gerekir.[349]

Savcılık makamının verdiği tedbir kararı sonucu elde edilen bilgiler, soruşturma açısından hayati öneme sahip olsalar da hiçbir şekilde kullanılmaması

[346] Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 705.
[347] Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme.., s. 71.
[348] Ünver- Hakeri, a.g.e., s. 215
[349] Öztürk- Erdem, a.g.e., s. 604, Erdem, Ceza Muakemesi, s.102.

gerekir. Delillerin soruşturma dosyasında hemen çıkartılması ve yargılamada değerlendirmeye alınmaması gerekmektedir. Yoksa hâkim kararı olmadan kısa sürelerle iletişime müdahale edilmesinin önü açılmış olacaktır.

Hâkim onayı olmaması nedeniyle hukuken bir geçerlilik ifade etmeyen canlı dinlemeye dayanılarak yapılan tanıklık da hukuka aykırı delil kapsamındadır. Bu husus, hukuka aykırı delillerin uzak etkisi olarak dahi nitelendirilmeksizin, iletişim denetlenmesi tedbirinin hukuka aykırı olmasının doğal bir neticesi olarak kabul edilmelidir.[350]

İletişimin denetlenmesi kararının verilmesinden sonra uygulanan tedbir neticesinde, hiçbir delil elde edilemez ve takipsizlik kararı verilirse, aynı soruşturma konusu suça ilişkin tekrar aynı tedbire başvurulamaz. Bununla birlikte, aynı soruşturma kapsamında başka suçlar açısından yeni bir tedbir kararı verilebilir.[351]

6. Hâkim veya Cumhuriyet Savcısı Kararlarında Bulunması Gereken Bilgiler ve Bu Bilgilerdeki Eksikliklerin Sonucu

Yasada çerçevesi çizilen tedbire ilişkin kararlarda bulunması gereken hususların, yasa yerine yönetmelikte düzenlendiği görülmektedir.

26434 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ceza Muhakemesi Yönetmeliğinin "talep ve kararda belirtilecek hususlar" başlıklı 6. maddesinde, iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin talepler ile hâkim ve Cumhuriyet savcısı kararlarında, olması gereken hususlar tek tek belirtilmiştir.

Yönetmeliğinin 6. maddesi uyarınca Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından verilen iletişimin denetlenmesi kararları yazılı olmalı ve şu hususları içermelidir.

a. Soruşturma numarası veya kovuşturmaya geçilmişse mahkeme esas numarası,
b. Kararın hangi suçun soruşturulması için istendiği, bu suça ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin neler olduğu,

[350] Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme.., s. 71.
[351] Doğan, a.g.e., s3

c. Başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmadığı hakkındaki açıklama, bilgi veya belgeler,
d. Hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği,
e. İletişim aracının türü ile numarası veya iletişim bağlantısının tespitine imkân veren kodu,
f. Tedbirin türü,
g. Tedbirin kapsamı,
h. Tedbirin süresi.

Maddede sayılanlar dışında, şüpheli veya sanığa yüklenen fiilin CMK'nın 135. maddesinin 6. fıkrasında sayılan suç tanımlarından birisine uyduğunu ve suçun aydınlatılmasının başka türlü mümkün olmadığını gösteren olguların da kararda bulunması gerekir. Ayrıca şüpheli veya sanığın söz konusu fiili işlediği veya buna iştirak ettiğine dayanak oluşturan şüphe nedenleri ile tedbire savcı tarafından karar verilmesi durumunda gecikmesinde sakınca bulunduğunu gösteren olguların, tedbire başlama ve sona erme tarihi ve saatinin mutlaka kararda gösterilmesi gerekir.[352]

Bazen hakkında iletişimin denetlenmesi kararı verilen kişi ile iletişim aracının sahibinin farklı kişiler olması mümkündür. Bu durumda iletişim aracını kullanan kişi ile sahibinin farklı kişiler olduğu talep ve kararda açıkça belirtilmelidir.[353]

İletişimin dinlenmesi, tedbirlerinin süresinin bir kez daha uzatılmasına ilişkin talep ve kararlarda, yukarıda belirtilen unsurlarla birlikte, ilk kararı veren mahkemenin adı ile karar tarihi ve numarasının da belirtilmesinde yarar vardır.

Kararda yer alması gereken bilgilerin bazen bu tedbirleri uygulanamaz hale getireceği, sözgelimi, şüphelinin kod adı kullanması sebebiyle gerçek kimliğini tespit etmenin mümkün olmayabileceğini ya da şüphelinin kullandığı telefon numarasının bilinmesine rağmen kimliğinin bilinemeyeceği belirtilerek, bu tür durumlarda tedbirin uygulanma alanının anlamsız şekilde sınırlanacağı söylenmiştir. Bunun önüne geçmek için de, kararda bu unsurların bulunması koşulunun mutlak olarak

[352] Yiğit, a.g.e., s.26.
[353] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s.116.

düşünülmemesi, bu unsurların tedbirin istismarını önleyecek ölçüde yer almasının yeterli olması gerektiği savunulmaktadır.[354]

Tedbirin çok geniş bir kitle üzerinde uygulanmasına neden olabileceği ve Anayasada koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklerin özünün yok olmasına yol açabileceği gerekçesiyle bu düşünceye karşı çıkılmıştır.[355]

İletişimin dinlenmesine ilişkin hâkim kararlarında bulunması zorunlu olan bilgilerin yer almaması halinde yaptırımının ne olacağı konusunda gerek Kanunda gerekse yönetmeliklerde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Uygulamada tedbir kararlarında bulunması zorunlu olan bilgilerin yer almaması halinde Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın mahkemeye itiraz ettiği görülmektedir. Bizce TİB'in itirazı yerinde bir uygulamadır. Kararda yer alması gereken bazı bilgilerin bulunmaması halinde zaten bu kararın uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Başkanlığın itiraz yetkisinin dışında herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır. Örneğin tedbirin türünün belirtilmemesi, yani uygulanacak tedbir türünün dinleme, tespit, kaydetme yada sinyal bilgilerini değerlendirme şeklindeki seçeneklerden hangisi olduğunun anlaşılamaması durumunda karar Başkanlıkça uygulanamayacaktır. Yine tedbirin uygulanacağı telefon numarasının belirtilmemesi halinde de Başkanlık kararı uygulayamayacaktır.

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, sadece iletişimin denetlenmesi karar ve uygulamalarının bir merkezde düzenli bir şekilde toplanması, takip edilmesi için değil bu yöndeki kararların usule uygun şekilde alınıp alınmadıklarının kontrol edilmesi amacıyla da kurulmuştur.

Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi kararında, denetlemenin hangi süre için verildiğinin belirtilmiş olması gerekir. Sürenin belirtilmemiş olması halinde, nasılsa kanunda 3 aylık bir süre öngörüldüğü ve kararın da üç aylık bir süre için verilmiş olduğu varsayılarak tedbirin 3 ay süreyle uygulaması mümkün değildir. Zira hâkim somut olaya göre sadece 1 ay veya 1 hafta için dinleme kararı verebilir. Dolayısıyla karardaki bu eksikliğin de giderilmesi için ek karar alma yoluna gidilmelidir. Ancak,

---

354 Keklik, a.g.e., s. 6
355 Taşkın, Adli ve İstihbari…, s.116.

bu halde karar uygulanmaya başlanarak derhal süre konusundaki belirsizliğin giderilmesi amacıyla kararı veren hâkimden görüş sorulması gerekir. Uygulamada TİB'in kararı uygulamaya koyarak kararı veren mahkemede itiraz yoluna başvurduğu görülmektedir.

Buna karşın açıkça kanuna aykırılık olması durumunda bu karar hâkim tarafından verilmiş olsa bile TİB bu kararı uygulamaksızın somut olaya göre görüş sormalı veya hatanın düzeltilmesini mahkemeden istemelidir. Örneğin şüpheli hakkında, aile efradına karşı kötü muamelede bulunduğu şüphesiyle iletişimin dinlenmesi talep edildiği ve hâkimin de hatayla buna kararı verdiğini varsayalım. Açıkça katalog şeklinde sayılan suçlar arasında yer almayan bir suç için iletişimin dinlenilmesi kararı verilmişse, yukarıda belirtildiği gibi infazda tereddüt müessesesinden kıyasen yararlanmak suretiyle TİB bu kararı uygulamamalı ve ilgili hâkimden karamı düzeltilmesini istemelidir.[356]

Bize göre CMK'nın 135. maddesinde yer almamasına rağmen 14.01.2007 tarihli Yönetmelikte, iletişimin denetlenmesine ilişkin kararlarda soruşturma numarası veya mahkeme esas numarasının da yer alması gerektiğinin belirtilmesi son derece önemlidir. Kanunda açıkça soruşturma veya esas numarası sayılmamışsa da, şüpheli veya sanığın iletişiminin denetlenebileceği açıkça belirtilmiştir. Kişinin şüpheli statüsünü alması için hakkında bir ceza soruşturmasının başlatılmış olması zorunludur. Hakkında tedbir istenen kişi hakkında ceza soruşturması olmayıp sadece idari soruşturma bulunması halinde dinleme kararı verilemez. Bu nedenle TİB'in kararı uygulamaya başlamadan mahkemeden kararın düzeltilmesini istemesi gerekir.

Kararda bulunması gereken bilgilerin bulunmaması halinde Başkanlık karara itiraz ederek kararın düzeltilmesini istemek zorundadır. Bazı bilgi eksikliklerinde mesela kimlik bilgisi eksiklikleri, soruşturma numarası eksikliği, sürenin belirtilmemesi gibi durumlarda tedbiri uygulamaya başlayarak, tedbirin türünün belirtilmemesi, telefon numarasının belirtilmemesi, katalog dışı bir suç için dinleme kararı verilmesi gibi hallerde ise tedbiri uygulamaya başlamaksızın itiraz ederek kararın düzeltilmesini istemesi gerekir.[357]

---

[356] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s.118.
[357] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s.118.

7. İtiraz

Fransız Ceza Muhakemesi Kanunun 100 üncü maddesinde "İletişimin denetlenmesi kararı yazılı olur. Bu karar yargısal bir karar değildir ve itiraz edilemez" hükmü yer almaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunun da ise iletişimin denetlenmesine ilişkin hükümler arasında, verilen karara itiraz esas ve usulüyle ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık itiraz konusu CMK' da bir kanun yolu olarak ayrıca düzenlenmiştir. Sorun iletişimin denetlenmesine ilişkin kararların itiraz tabi olup olmadığıdır.[358]

Türk hukuk sisteminde, hâkim tarafından verilen iletişimin denetlenmesi kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulamayacağı belirtilmiştir.[359]

Bize göre CMK'da açıkça "itiraz edilebilir" şeklinde bir hüküm bulunmamasına karşın, sistem bir bütün olarak değerlendirildiğinde bu kararlara karşı da itiraz yoluna başvurulmasına bir engel yoktur. Hâkim tarafından verilen iletişimin denetlenmesi kararlarına karşı CMK'nın 267. maddesi uyarınca itiraz edilebilir. Türk hukukunda itiraz başvuruları kural olarak hâkim kararlarına karşı yapılabilir. Son kararlara itiraz edilemez. İletişimin denetlenmesine ilişkin olarak hâkim tarafından verilecek kararlara karşı itiraz edilebilir. 26434 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 14.01.2007 tarihli yönetmeliğin 10. maddesinde açıkça iletişimin denetlenmesine ilişkin kararlara itiraz edilebileceği hükme bağlanmıştır.

Yönetmeliğin 10. maddesinde iletişimin denetlenmesi kararlarına itiraz edecekler sayılmıştır. Buna göre "Ceza Muhakemesi Kanununun 135'inci maddesindeki hükümlere aykırı olarak verilen kararlar ile bu Yönetmelikte sayılan ve tanımlanan iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemleri dışındaki talepleri içerdiği açıkça anlaşılan kararlara karşı Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık, katılan, suçtan zarar gören, müdafi, vekil, şüpheli veya sanığın yasal temsilcisi ve eşi ile Başkanlık tarafından itiraz edilebilir".

---

[358] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s.120.

[359] Koyuncu, Tuğçe, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Hukuk Gündemi, Ankara, 2005, s. 79

Hakkında iletişimin denetlenmesi kararı verilen şüpheli veya sanık ile katılan, suçtan zarar gören, müdafi, vekil, şüpheli veya sanığın yasal temsilcisi ve eşi tarafından itiraz kanun yolunun işletilebilmesi pek mümkün değildir. Çünkü iletişimin denetlenmesine ilişkin tedbirler gizlilik ilkesi içinde uygulanmakta, çok defa böyle bir tedbirin uygulandığından ilgililerin haberi olmamaktadır.[360]

CMK'nın 137. maddesi uyarınca tedbirin uygulandığı, ilgiliye daha sonradan haber verilecektir. Ancak, tedbirin uygulandığının ilgiliye bildirilmesi, tedbire son verildikten sonra yapılacağından, bu aşamada yapılacak itirazın anlamı olmayacaktır.

Yine Cumhuriyet savcısının, kendi talebi üzerine hâkim tarafından verilen iletişimin denetlenmesi kararlarına karşı itirazda bulunması istisnalar haricinde pek mümkün değildir.

Cumhuriyet savcısının itiraz hakkı, iletişimin denetlenmesine karar verilmesine ilişkin talebinin ret edilmesi halinde doğar. Buna karşın gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının verdiği kararın hâkim onayına sunulması durumunda, hâkimin bu kararın iptaline ilişkin kararına itiraz edemez ve tedbire derhal son verilir. Bu kararlar kesindir.[361]

Başkanlığa, işlemlerin tarafı olmamasına rağmen hukuka uygunluğu sağlamak bakımından itiraz etme hakkı tanınmıştır.

Başkanlığa verilen itiraz etme hakkı son derece önemlidir. Tedbiri uygulayacak makam Başkanlıktır. Başkanlığın kurulma amaçlarından birisi de iletişime yapılacak müdahalelerin tek elden yürütülmesi, yeknesaklığın sağlanması ve keyfi uygulamasın önüne geçilmesidir. Bu amaçların elde edilebilmesi için Başkanlığın kararlara itiraz edebilmesi önemlidir.[362]

CMK'nın 269. maddesinin birinci fıkrası uyarınca yapılacak itiraz, dinleme kararının uygulanmasını durdurmaz. Bu nedenle yetkili kişi veya kurumlar tarafından yapılan itiraz üzerine itirazı inceleyecek mercii kararın uygulanmasının tedbiren durdurulmasına veya geri bırakılmasına karar verebilir.

---

[360] Centel-Zafer, a.g.e, s.364.
[361] Yiğit, a.g.e, s.23.
[362] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s.121.

Hâkim tarafından verilen iletişimin denetlenmesi kararlarına karşı ilgililer, kararı öğrendikleri tarihten itibaren 7 gün içinde itiraz edebilirler.

Kararına itiraz edilen hâkim, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir.

İletişimin denetlenmesine kovuşturma aşamasında ve mahkeme tarafından karar verilmesi halinde, bu karara karşı itiraz mümkün değildir. Bu kararların hukuka uygunluğunun denetimi, temyiz merciince yapılacaktır.

G. İletişimin Dinlenmesinde Süre

1. Genel Olarak

Ceza Muhakemesi Kanun'un 135/3 maddesinde, "Birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespite imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir." şeklindedir. Bu fıkraya 25/05/2005 tarihinde 5353 sayılı kanunun 17. maddesiyle eklenen ek cümlede, "Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir." denmektedir.

Yasa koyucu iletişimin denetlenmesinde, örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenmeyen ve örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlar yönünden süre bakımından farklı düzenleme getirmiştir.

Kanuna göre örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenmeyen katalog suçlara ilişkin iletişimin denetlenmesine ilişkin kararlar en çok üç ay için verilebilir. ÇASÖMK'da dinleme ve tespit kararları en çok üç ay için verilebiliyor, bu süre en çok iki defa üçer aydan fazla olmamak üzere uzatılabiliyordu. Bu kanuna göre en çok 9 ay süre ile bu tedbire başvurulabiliyordu. Buna karşılık CMK bu tedbirin süresinin 3 ay olduğunu ve bu sürenin en fazla bir kez daha uzatılabileceğini hükme bağlamaktadır. Bu durumda en fazla 6 ay süre ile bu tedbir uygulanabilecektir.

Son derece katı koşullara bağlanan bu tedbirin uygulanmasının belirli bir zamanla sınırlandırılmasının, zaten zor ve uzun zaman alan delil elde etmeyi daha da güçleştireceği ifade edilmektedir.[363]

İletişimin denetlenmesi kararının devamlı olmasının ve kötüye kullanılmasının önlenmesi amacıyla süre öngörülmüştür. Kanuna göre, tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir. Bu süre sadece bir defa daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılabileceğinden bu suçlarda süre sınırlaması yoktur.

Mukayeseli hukukta iletişimin denetlenmesi süreleri bir ay ile altı ay arasında değişmektedir. [364]

Fransız Ceza Muhakemesi Kanun'un 100/2. maddesine göre tedbir kararları en fazla 4 aylık süre için alınır. Ancak, aynı şartlarda süre yenilenebilir.[365] Alman ceza hukukunda da sürenin üç ay olması benimsenmiş, azami bir süre öngörülmemiştir.[366]

Tedbire belirli bir süreyle karar verilmiş olması, bu sürenin sonuna kadar tedbirin uygulanabileceği anlamına gelmez. Henüz süre sona ermeden, tedbirin uygulanmasına ilişkin koşullardan birisi ortadan kalkmış ise, tedbirin uygulanmasına derhal son verilmesi gerekir. Söz gelimi tedbire başvurulmasını gerektiren suçun, CMK'nın 135. maddesinin 6. fıkrasında sayılan suçlardan olmadığının anlaşılması, başka yolla da tedbirden beklenen sonuca ulaşılabilme olanağının ortaya çıkması, şüpheli veya sanığın suçu işlediği veya iştirak ettiğine ilişkin şüphenin ortadan kalkması hallerinde, tedbirin gecikmeksizin sona erdirilmesi gerekir.[367]

Denetleme için kural olarak yargıç kararının bulunması (veya savcının kararının yargıç tarafından onaylanması) şartı olduğu halde, son verme kararı için yargıç kararı veya onayı şartı yoktur.[368]

---

[363] Koyuncu, a.g.e, s.79.
[364] Öztürk-Erdem, a.g.e., s. 606.
[365] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s. 122.
[366] Kunter-Yenisey-Nuhoğlu,a.g.e., s. 714
[367] Erdem, Ceza Muakemesi.., s.104.
[368] Şahbaz, a.g.e, s.100.

Uygulamada tüm tedbir taleplerinin kanundaki azami süre olan üç ay olarak verildiği görülmektedir. Sürenin, somut olayın özelliği ve tedbirin amacına göre belirlenmesi gerekir. Burada ölçülülük ilkesinin göz önünde bulundurulması zorunludur. Yasada üç aylık süreden söz edilmesi nedeniyle tüm denetleme ve uzatma kararlarında üçer aylık süreler otomatik olarak uygulanmamalıdır. Sürelerin belirlenmesinde, hâkimler, tıpkı cezaların belirlenmesindeki gibi titiz davranmalı ve sürenin amaca ulaşmaya yetebilecek orantıda olmasına özen göstermelidir. Hâkim, süreyi en azdan başlayarak somut olayın özelliğine göre en fazla üç aya kadar takdir edebilir. Hâkimin tedbir süresini yukarı sınırdan belirlemesi halinde bunu denetime elverişli bir şekilde objektif olarak gerekçelendirmesi gerekir.

2. Sürenin Başlangıcı

CMK'nın 135. maddesinde belirtilen şartların oluşması halinde, hâkim tarafından belirlenen süre sınırları ile bağlı kalınmak suretiyle iletişim denetlenebilecek, sürenin aşılması halinde ise telefon dinleme ile elde edilen deliller hukuka aykırı sayılacaktır.

Bu nedenle sürenin başlangıç anının belirlenmesi iletişimin denetlenmesi ile elde edilen delillerin hukuka uygunluğu açısından önemlidir. Kararın uygulanmaya başlayacağı tarih ve saatin kararda yazılmasının gerekli olduğu belirtilmektedir.[369] Tedbir kararının uygulanmasında sürenin başlangıcı konusunda açık bir düzenleme yoktur. Bir görüşe göre, kararın alındığı tarihten itibaren süreyi başlatmak gerekir.[370] Bu yaklaşım biçimi şüpheli veya sanığın lehinedir. İkinci yaklaşıma göre sürenin, kararın sisteme tanıtıldığı an başlatılması gerekir.[371] Üçüncü yaklaşıma göre kararın başkanlığa ulaştığı anda sürenin başlaması gerekir.

a. Kararın Verildiği An Görüşü

Sürenin işlemeye başlayacağı zamanın, kararın verildiği an olduğu savunulmaktadır. Bu görüşe göre sürenin, kararın verildiği andan itibaren işlemeye başlamasının, tedbiri uygulama durumunda olan görevlilerin, tedbirin süresini

[369] Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme.., s. 114.
[370] Erdem, Ceza Muhakemesi…, s. 9.
[371] Şahbaz, a.g.e, s.102.

istediği andan itibaren başlatabilmesi ve böylece tedbirin kötüye kullanılmasına engel olacaktır.[372]

İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin kararlar Cumhuriyet savcısınca yerine getirilmek üzere soruşturma ve kovuşturmanın yürütüldüğü yer dikkate alınarak ilgili kolluk birimine gönderilmektedir. Talebi alan kolluğun da bu işlemleri yürütecek personel bakımından bir hazırlık yapması gerekmektedir. Kolluk birimi, bu tedbirlere ilişkin karar ile işlemi yapmakla görevlendirilen kolluk personelinin aidiyet numarasını Başkanlığa bildirmekte ve işlemler bildirilen aidiyet numaralı personel tarafından yerine getirilmektedir. Bu işlemler nedeniyle tedbirin uygulanmasına derhal başlanabileceği gibi birkaç günlük bir zaman dilimi içerisinde de başlanabilir. Bu nedenlerle sürenin kararın verildiği andan itibaren başlamasının uygun olmayacağı savunulmuştur.[373]

Bu durumda, karar bugün verilmiş olmasına rağmen kolluk bu kararın uygulanmasına birkaç gün sonra başlayabilir.

b. Kararın Sisteme Tanıtıldığı An Görüşü

Uygulamada kararın Başkanlığa ulaştığı an ile sisteme kaydedildiği an farklı olacaktır. Bu iki an arasında TİB uzmanlarının kararı incelemeleri, doğrulatmaları, bazen itiraz etmeleri, yazılı emirlerin düzeltilmesini istemeleri gibi işlemler yapılabilmektedir. Bu nedenle iki başlangıç anı arasında önemli bir süre farkı bulunmaktadır.[374]

26434 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 14.01.2007 tarihli Yönetmeliğin 12. maddesinin 4. fıkrasında " Dinleme veya mobil telefonun yerinin tespiti kararlarında süre, kararın Başkanlıkta sisteme tanıtıldığı andan itibaren başlar" denmiş, aynı Yönetmeliğin 5. maddesinin 3. fıkrasında ise "Talep veya karar, hâkim veya Başkanlığa ulaştığı anda süreler başlar" hükmüne yer verilmiştir. Yönetmeliğin 12. maddesinin 4. fıkrası ile 5. maddesinin 3. fıkrası arasında çelişki bulunmaktadır. Birisinde sürenin başlaması kararın Başkanlığa ulaştığı an olarak belirlenirken,

[372] Yiğit, a.g.e, s.29, Öztürk-Erdem, a.g.e, s.607, Özbek, a.g.e, s.429
[373] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s.123.
[374] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s.124.

diğerinde kararın sisteme tanıtıldığı an olarak belirtilmiştir. Yine CMK'nın 137. maddesinin birinci fıkrasında "işlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat bir tutanakla saptanır" hükmüne yer verilmiştir. Yönetmeliğin 14. maddesinin 2. fıkrasında ise "işlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır" düzenlemesi yer almaktadır.

Bu düzenlemelere göre, önlem kararının alındığı tarih değil, bu yönetmeliğe göre, iletişimle ilgili önlem kararının ilgili başkanlığa iletilmesinden sonra bu başkanlık tarafından "işleme başlandığı" tarihin sürenin başlama tarihi olacağını savunulmuştur.[375]

Danıştay[376] Yönetmeliğin 12. maddesinin 4. fıkrası hükmünün yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Bu karar gereğince iletişimin denetlenmesi kararlarının süresinin başlangıç anı, kararların sisteme kaydedildiği an olamayacaktır.

c. Kararın Başkanlığa Ulaştığı An Görüşü

Yukarıda yapılan açıklamalardan, sürenin kararın verildiği andan itibaren işlemeye başlamasının bazı sakıncaları veya elverişsizlikleri içerdiğine değinilmiştir. Yine sürenin, kararın sisteme kaydedildiği andan itibaren başlaması da, Danıştay tarafından verilen yürütmeyi durdurma kararı gereğince mümkün olmayacaktır.

İletişimin denetlenmesi ile ilgili olarak verilen kararlarda süre, 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.[377]

Danıştay[378] Yönetmeliğin 12. maddesinin 4. fıkrası hükmünün yürütmesinin durdurulmasına karar vermesine rağmen Yönetmeliğinin 5. maddesi halen yürürlüktedir. Yönetmeliğinin 5. maddesinde iletişimin denetlenmesi süresinin

[375] Şahbaz, a.g.e., s.102.
[376] Danıştay 10. Dairesi 16.10.2007 tarih ve E. 2007-2795 sayılı yürütmeyi durdurma kararı, Şahbaz, a.g.e., s. 69.
[377] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s.124.
[378] Danıştay 10. Dairesi'nin 16.10.2007 tarih ve E. 2007-2795 sayılı yürütmeyi durdurma kararı, Şahbaz, a.g.e., s. 69.

başlama anıyla ilgili olarak "...karar, ... Başkanlığa ulaştığı anda süreler başlar" hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının vereceği iletişimin denetlenmesine ilişkin kararın, TİB'e ulaştığı andan itibaren süreler işlemeye başlayacaktır.

Bu konuda kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Her ne kadar yönetmelikte sürenin başlangıç anıyla ilgili hüküm bulunsa da bize göre sürenin hâkim kararının verildiği tarihten itibaren işlemeye başlaması gerekir. Çünkü kanunda belirlenen şartların varlığı hâkim tarafından o zaman dilimi için ve o andaki duruma göre tespit edilmiştir. Hâkim tarafından verilen ve süresi belirtilen iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmaya başlanacağı sürenin, tedbiri uygulayacak makam tarafından da kasıtlı ve keyfi davranılarak uzatılması mümkündür. Hâkim kararı üzerinde başka bir birimin insiyatif kullanması kabul edilemez. Bu nedenle, hâkimin kararı verdiği andan itibaren sürenin başladığını kabul etmek gerekir. Tabiî ki hâkimin kararında tedbirin uygulanmaya başlayacağı ve son bulacağı tarih ve saatlerin belirtmesi bu konudaki tartışmalara son verecektir.

3. Sürenin Uzatılması

Koşulları varsa iletişimin denetlenmesine ilişkin süre kural olarak bir defa uzatılabilir. Uzatma süresi de en fazla üç ay olabilir.

5353 sayılı Kanunla eklenen hüküm 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."

Bu hüküm uyarınca terör suçları ile diğer örgütlü suçlar bakımından iletişimin denetlenmesi süresinin güvencesini hâkim kararı oluşturmaktadır. 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 oluşabilecektir.[379]

[379] Özbek, a.g.e, s. 432.

Alman ceza hukukunda da örgütlü suçlarla mücadele bakımından sürenin gerektikçe uzatılabilmesi imkânı bulunmaktadır.[380]

Tedbirin süresinin uzatılmasına ilişkin kararların hâkim tarafından verilmesi zorunludur. Artık burada gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı ileri sürülemez.[381]

Sürenin uzatılmasına karar verilebilmesi için, tedbire başvurulabilmesi için gerekli koşulların halen mevcut olması ve mevcut olduğunun da uzatma kararında açıkça gösterilmesi gerekir.[382]

Uzatmada, farklı ve ağırlaştırılmış, önlem kararına ilişkin süre uzatımını zorlaştıracak koşullar aramaya gerek olmadığı, ilk önlem kararında aranan koşullar yeterli olduğu savunulmuştur. Bu görüşe göre başka yollarla delil elde edilemediğine ve ilk önlem kararına karşın halen delil elde edilememiş olunmasına göre, işlenmiş suçla ilgili soruşturma veya kovuşturmanın sonuçsuz kalmaması için aynı koşullar yeterlidir.[383]

Bu düşünceye göre tedbir konusu suçların ve sanıklarının ortaya çıkarılmasında diğer suçlara oranla daha fazla toplumsal yarar bulunmaktadır. Bu nedenle, uzatma kararının verilmesinin güçleştirilmemesi gerekir.

Bu düşünceye karşı tedbir süresinin uzatılmasına yönelik taleplerin incelenmesinde, ilk defa karar verilmesi için gerekli olan koşullardan daha ağır koşullar aranması gerektiği savunulmuştur. Bu görüşe göre 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 aranmalıdır.[384]

İletişimin denetlenmesine ilişkin ilk karara rağmen delil elde edilememiş ise, o şüpheli veya sanığın atılı suçla bağlantısının olmadığı veya zayıf olduğu

[380] Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e.s. 705.
[381] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s.125.
[382] Erdem, Ceza Muakemesi.., s.104.
[383] Şahbaz, a.g.e, s.104.
[384] Keklik, a.g.e. s. 7.

anlaşılmıştır. Buna rağmen ilk karardaki koşulları yeterli görerek ikinci (süre uzatma) kararın alınmaması ve uzatma kararı verilebilmesi için daha farklı ve karar almayı güçleştirecek koşulların aranması gerekir. Çünkü tedbir kararı alınmasında amaç delil elde etmektir. Delil elde edilemeyeceğini bile bile bir kimsenin haberleşme özgürlüğüne ve özel hayatın gizliliğine müdahale edilmemelidir.

Şunu da belirtmek gerekir ki aynı kimse hakkında bir başka suç dolayısıyla koşulların varlığı hâlinde yeni bir dinleme kararı verilmesi mümkündür. Çünkü süre uzatımının bir kez olması bir suçla ilgilidir. İki farklı suç varsa, her bir suç için ayrı ayrı önlem kararı verilmesi ve süre uzatımı mümkündür. Ancak, koşulları olmadığı halde, ikinci suçla ilgili önlem kararı birinci suçun önlem kararının süresinin uzatılması şeklinde olamaz. Bir başka deyişle her bir suçun önlem kararı ile, koşulların oluşması halinde süre uzatımı ayrı ayrı değerlendirilmelidir.[385]

Uzatma kararının süresinin ne zaman başlayacağı konusunda kanunda ve yönetmelikte hüküm bulunmamaktadır.

Kanun bu konuda bir sınırlama getirilmediği için uzatma kararının önceki denetleme süresinin sona erdiği andan daha sonraki bir zamanda verilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir.[386]

Bu görüşe karşı çıkanlar ise uzatma kavramı, başlamış olan bir tedbirin kesintiye uğramaması olduğundan daha ilk tedbir süresi bitmeden uzatmaya ilişkin ek kararın verilmesi gerektiğini söylemişlerdir. Uzatma, ilk tedbir süresi bitmeden önce, bitecek ilk tedbir süresinden hemen sonra başlaması gerektiğini savunmuşlardır.[387]

Uzatılmış sürenin, ilk denetleme süresinin bitiminden çok sonraki bir tarihte başlatılması şüpheli veya sanık aleyhine olacağından kabul edilmesi mümkün değildir. Bitmiş olan süreden çok sonra işlemeye başlayan uzatılmış süre, yeni bir denetleme başlatma anlamına gelir ki, aynı suç için ikinci bir denetleme önlemine başvurulamaz. Dolayısıyla, örneğin, ilk denetleme kararında öngörülen sürenin

[385] Şahbaz, a.g.e, s.105.
[386] Şen, İletişimin Denetlenmesi.., s. 116.
[387] Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme.., s. 80.

bitiminden iki ay sonra aynı suçla ilgili uzatma kararı alınması ve bu karara dayalı elde edilen delillerin hükümde esas alınmaması gerekir. [388]

26434 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmeliğin 7. maddesinin 6. fıkrasında belirtildiği gibi iletişimin dinlemesi ve kayda alınması kararının yerine getirilmesi sırasında, şüphelinin başka bir iletişim aracını kullandığı belirlendiğinde, buna ilişkin verilecek karar ya da kararların süresi, önceki tedbir kararında verilen sürenin bitiş tarihini geçemez.

Bu hüküm ile aynı şüpheli hakkında süre koşulunun dolanılması önlenilmek istenmiştir. Aksi halde şüpheli yeni telefon kullanmaya başladığı her seferde 3 aylık süre yeniden işlemeye başlayacak ve süre ile ilgili getirilen düzenleme ihlal edilmiş olacaktır.[389]

Kural olarak iletişimle ilgili önlem kararını hangi makam vermişse, süre uzatım kararını da aynı makamın vermesi gerekir.

Bizim de katıldığımız görüşe göre gecikmesinde sakınca bulunduğu gerekçesiyle Cumhuriyet savcısının süre uzatılmasına karar vermesi hukuka uygun değildir.[390]

Süresi içinde, yani ilk tedbir kararının süresi bitmeden evvel uzatma talebi yapılırsa, uzatma için gerekli şartların oluşup oluşmadığına bakılmalıdır. Bu durumda hâkim, devam eden bir soruşturma ile ilgili verdiği iletişimin denetlenmesi kararının tatbikinden bir kısım delillerin elde edildiğine kanaat getirdiğinde veya iddiayı destekleyen delillerin elde edilebileceğini somut olarak gördüğünde, uzatma talebini kabul etmeli, aksi halde sırf talebin yapıldığından bahisle tedbiri uzatmamalı, o ana kadar sonuçsuz kalan veya yeterli sonucun elde edildiği anlaşılan tedbirle ilgili uzatma talebini reddetmelidir. Bununla birlikte, iletişimin denetlenmesi tedbiri sona erdikten sonra, aynı soruşturma ile ilgili yeni tedbir talebinde bulunulursa, tedbir için gerekli şartların oluşup oluşmadığına CMK 135. madde anlamında tekrar bakılmalıdır. Çünkü bu halde, mevcut bir tedbire ilişkin uzatma talebinin varlığı

[388] Şahbaz, a.g.e, s.104.
[389] Taşkın, Adli ve İstihbari…, s.122.
[390] Kunter, Nurullah- Yenisey, "Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2005, Ekim,s.254.

değil, başlı başına yeni bir tedbir talebinden bahsedilecek ve görevli ve yetkili hâkim tarafından buna ilişkin şartların bulunup bulunmadığı incelenecektir.[391]

Adli kolluk görevlileri, her suçla ilgili bu tedbirlerin uygulanmasını veya daha uzun süre iletişimin dinlenmesini arzu edebilirler. Suçlarla etkin mücadele bahanesiyle koşulların mahkemeler tarafından daha esnek uygulanmasını isteyebilirler. Burada belirtilen koşullara uyulmaksızın iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması halinde çok önemli deliller de elde edilebilir. Mesela birden fazla kişinin iştirak hükümleri çerçevesinde suç işlemeleri halinde daha uzun süre dinleme kararı alabilmek için bu suçları örgütlü suçlar gibi sunarak daha uzun süreli iletişimin dinlemesi kararı alınmış ve delil elde edilmiş de olabilir. Hatta bu kişiler iletişim kayıtlarını ve işledikleri suçları ikrar da edebilirler. Ancak, yargılama sırasında suçun örgütlü suç olmadığı anlaşıldığında elde edilen deliller yargılamada kullanılamayacaktır. Artık normal yolarla elde edilebilecek deliller bile hukuka aykırı şekilde elde edilmiş kabul edilecek ve yeniden delil elde edilmesi de mümkün olmayacaktır. Bu nedenle yargı mercilerinin bu konuda daha hassas davranması ve kanundaki koşullara uyulup uyulmadığını yargılamanın her aşamasında denetlemesi gereklidir.

II. TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER

A. Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu ve Ceza Muhakemesinde Kullanılması

1. Genel Olarak

Ceza Muhakemesi Kanunun 138/2 maddesinde, "Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve 135 inci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhal bildirilir." hükmüne yer verilmiştir.

[391] Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme.., s. 81.

Bu maddeye göre CMK'nın l35. maddesinin altıncı fıkrasında sayılan suçlar arasında yer almak kaydıyla, usule uygun yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri sırasında başka bir suçla ilgili bir delile ulaşılması durumunda, elde edilen bu bulgu, adından da anlaşılacağı üzere "delil" sıfatıyla muhafaza altına alınmalı ve bu husus ilgili Cumhuriyet Savcılığına bildirilmelidir.[392]

Uygulamada yapılan hatalardan biri de, hakkında dinleme kararı bulunmayan kişiler hakkında katalog suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edildiğinde bu delilin muhafaza altına alınarak Cumhuriyet Savcısına bildirilmesi yerine dinlemeye devam edilerek delil elde edilmeye çalışılmasıdır.

Halbuki CMK'ya göre, iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma ve kovuşturmayla ilgisi bulunmayan, ancak, CMK 135/6'da sayılan katalog suçlardan birisinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edildiği takdirde, bu delil muhafaza edilerek durum derhal Cumhuriyet savcılığına bildirilecektir. Yapılan bu bildirimden sonra tesadüfî delil yoluyla ortaya çıkan suç şüphesine ilişkin dinlemenin devam edebilmesi için, 135. maddede öngörülen şartlar dairesinde yeni bir iletişimin denetlenmesi usulüne başvurulmalıdır.[393]

Aksi halde ilk iletişimin denetlenmesi kararından hareketle delil toplamaya devam edilmesi durumunda elde edilen deliller hukuka aykırı olacak ve ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu konuda verdiği kararında "...CMK'nın 138. maddesine göre de bu tutanağa yasal bir kanıt değeri verilmesi olanaksızdır. Zira tesadüfen elde edilen bu kanıt, ilk görüşmenin tespitinden sonra değil, bütün görüşmeler kayıt edildikten sonra durum Cumhuriyet savcısına bildirilmiştir. Sanık hakkında herhangi bir iletişim tespit kararı olmaksızın tespit yapılmış olduğundan, bu tutanaklar yasadışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir Yasadışı elde edilen bir kanıtın ise, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır"[394] demiştir.

---

[392] Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme.., s. 118.
[393] Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme.., s. 114.
[394] Yargıtay Ceza Genel Kurulu 03.07.2007 tarih ve E. 2007/5-23, K. 2007-167 sayılı kararı, Parlar-Hatipoğlu, a.g.e., s. 585.

Yüksek Mahkeme, somut olayda CMK m. 138/2 kapsamına giren tesadüfi bir delil elde edildiğinde, bu aşamadan sonra tesadüfi delile ilişkin suçlama ve fail ile ilgili yeni bir iletişimin denetlenmesi kararının alınması gerektiğini söylemiştir. Aksi halde mevcut iletişimin denetlenmesi kararından hareketle, yeni soruşturmaya konu suçla ilgili yapılan dinleme ve toplanan delillerin hukuka aykırı olacağına hükmetmiştir.

2. Katalog Suçlar Yönünden Kullanılma Sorunu

a. Şüpheli ve Sanık Bakımından

Tesadüfen elde edilen deliller, katalog suçlar kapsamında ise Ceza Muhakemesi Kanunun 138/2. maddesi uyarınca, bu deliller yeni bir ceza soruşturması başlatılmasında kullanılabilecek, kovuşturmada hükme esas alınabilecektir.

Hakkında tedbir uygulanan şüphelinin, soruşturma konusu suç dışında bir başka katalog suç işlediğine dair bilgiler elde edilirse, bu bilgiler de delil olarak kullanılabilecektir.

Örnek vermek gerekirse, uyuşturucu ticareti suçu ile ilgili şüpheli hakkında dinleme kararı alınır ve yapılan dinleme sırasında şüphelinin silah kaçakçılığı veya insan ticareti suçlarını işlediğine ilişkin bilgi ve bulgu elde edilirse, bu kayıtlar Cumhuriyet savcısına verilecektir. Cumhuriyet savcısı eldeki bilgileri dikkate alarak soruşturma açabilecektir.

Bu konu kanunda açık olarak düzenlendiğinden doktrinde ve uygulamada herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Zaten yüksek mahkeme de kararlarında, tesadüfen elde edilen delilin katalog suçlardan birisine ilişkin olması halinde, bu delilin davaya konu suç ve faili hakkında yeni ceza soruşturması başlatılmasında ve yargılanmada kullanılabileceğini belirtmektedir.[395]

---

[395] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 12.06.2007 gün, 2006/5.MD-154 E. ve 2007/145 K. sayılı karara göre, "Sanık hakkındaki soruşturma izni, iddianame ve son soruşturmanın açılmasına konu olan suçlar, rüşvet ve görevde yetkiyi kötüye kullanma suçlarıdır. Rüşvet suçu, 5271 sayılı CMK m. 135/6 hükmünde yer aldığından, hu suç yönünden iletişimin tespiti yönünden elde edilen kanıt, CMK m. 138/2 hükmü uyarınca, hakkında iletişimin tespiti kararı bulunmayan kişi için de kanıt olarak değerlendirilir".

b. Üçüncü Kişiler Bakımından

İletişimin denetlenmesi sırasında hakkında tedbir uygulanan şüpheli ile konuşan üçüncü kişilerin, katalog suçları işlediklerine ilişkin tesadüfen delil elde edilmesi halinde bu deliller CMK'nın 138/2 maddesi uyarınca kullanılabilecektir.

Yargıtay'ın bu konuda farklı kararları da vardır.

Yargıtay'ın konuyla ilgili kararında "Sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulurken, delil olarak kabul edilen sanık ile tanık N. arasında gerçekleşen telefon dinleme kayıtları, tanık N.'in de içinde bulunduğu soruşturma sırasında, Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesinin 08.06.2004 tarih ve 2004/1145 değişik iş numaralı iletişimin dinlenmesi ve tespiti kararı ile elde edilmiştir. Bu dinleme kararı doğrultusunda, olay günü olan 19.08.2004 ve bir gün sonrası 20.08.2004 tarihleri arasında 2 kez tanık N'in sanığı cep telefonundan araması sırasında olayla ilgili görüşmeler tespit edilmiştir. Sanığa ait olan iletişimin tespiti tutanakları tesadüfen elde edilmiş delil niteliğindedir. Sanık hakkında iletişimin tespiti kararı da bulunmadığından, hükme dayanak yapılan iletişimin tespiti tutanaklarının yasa dışı elde edilmiş delil niteliğinde olduğu, yasa dışı elde edilmiş delillerle mahkûmiyet yönünde hüküm kurulamadığı, dosya içeriğine ve oluşa göre, sanık hakkında elde edilen başka delillerin de maktulü öldürmesi için sanığın, diğer sanık A.'i azmettirdiğini ya da fe'ran katıldığını kabule ve mahkûmiyete yeter nitelik ve derecede bulunmadığından sanığın mahkûmiyetine karar verilemez"[396] diyerek mahkûmiyet kararını bozmuştur.

Yüksek mahkemenin bu konudaki kararına katılmadığımızı belirtmek isteriz.

Tanıklıktan çekinme hakkı olanlar ile müdafii dışında, hakkında dinleme ve kayıt altına alma kararı verilen kişinin kiminle konuştuğu önemli olmaksızın yapılan dinleme sonucunda katalog suçlara ilişkin elde edilen kayıtlar hukuka uygun delil kabul edilmelidir.

Örneğin parada sahtecilik suçundan şüpheli hakkında yapılan dinleme sırasında, şüpheliyle telefonla görüşen üçüncü kişilerden birisinin 135. maddede

[396] Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 06.02.2009 tarih ve E.2008/8783, K.2009/437 sayılı kararı, Corpus, a.g.e.

sayılan katalog suçlardan olan suçtan kaynaklanan malvarlığını aklamak suçunu işlediğine dair kayıt elde edilirse, bu bilgi CMK'nın 138/2. maddesi uyarınca yargılamada kullanılabilecektir.

Hâkim kararı ile bir şüphelinin iletişiminin dinlenmesine başlandığında, şüpheli ile iletişim gerçekleştiren kişilerin konuşmaları dinlenip, inceleneceğinden yüzlerce kişinin haberleşme hürriyeti ağır şekilde ihlal edilecektir. Bu şekilde insanların telefon dinlemeye karşı güvencesiz kalacağı söylenebilir. Ancak, üçüncü kişilerden elde edilen tesadüfi deliller, yalnız katalog suçlardan birine ait olmak şartıyla delil olarak kullanılabilecektir. Bu nedenle kanun koyucunun katalog suçlarla ilgili getirdiği sınırlama bir güvence sayılarak, sadece CMK'nın 135/6. maddesinde belirttiği suçlarla ilgili konuşma kayıtlarının delil olarak değerlendirilebileceğini kanunda düzenlenmiştir.

Telefon dinleme kararlarında, hakkında dinleme kararı bulunan kişi ile üzerine kayıtlı telefon numaralarının fiili kullanımı açısından paralellik içermesinin gerekir.

Bu nedenle bir şüpheli veya sanık hakkında, telefon numarası gösterilmek suretiyle verilen iletişimin denetlenmesi kararı olduğu halde, hakkında iletişimin denetlenmesi kararı bulunmayan kişinin bu telefonu kullanarak yaptığı görüşmelerin dinlenmesi ve kayıt altına alınması da hukuka aykırı sayılacaktır. Örnek vermek gerekirse dinleme ve kayıt altına alma kararı (A) ve telefon numarası (X) hakkında olduğu halde, hakkında dinleme karan bulunmayan (B)'nin (X) numaralı telefonla yaptığı görüşme sırasında elde edilen konuşma kayıtlarının hukuka uygunluğundan ve en önemlisi "tesadüfî delil" niteliğinden bahsedilemez.[397]

3. Katalog Dışı Suçlar Yönünden Kullanılma Sorunu

Tesadüfen elde edilen delillerin, katalog suçlar kapsamı dışında olduğunun anlaşılması halinde, bu delillerin yeni bir ceza soruşturması başlatılmasında veya kovuşturmada kullanılması konusunda değişik görüşler bulunmaktadır.

Tesadüfen elde edilen delillerin kullanılmasının sadece katalog suçlarla sınırlandırılmasının hatalı ve yanlış olduğu, tüm suçlarla ilgili olarak bu bilgilerin

[397] Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme.., s. 115.

delil olarak kullanılması gerektiği[398] aksine bir yaklaşımın soruşturma mecburiyeti ilkesi ile bağdaşmayacağı ileri sürülmüştür.[399]

Başka bir görüşe göre ise, tesadüfen elde edilen ve katalog dışında kalan suçlarla ilgili elde edilen bilgilerin, bu suçla ilgili olarak soruşturma açılmasında kullanılabileceği ancak, hiçbir şekilde bu bilgilerin hüküm verilirken kullanılamayacağı söylenmiştir.[400]

Bu düşünceye karşı olanlar ise, iletişimin denetlenmesi sırasında gerek şüpheli veya sanığın gerekse üçüncü kişilerin katalog dışında kalan bir suç işlediğine ilişkin tesadüfî delil elde edilmesi halinde bu delilin, gerek yargılamada gerekse soruşturma ve araştırma başlatılmasında kullanılamayacağını söylemişlerdir. Bu görüşü savunanlara göre tesadüfen elde edilen ve katalog dışında kalan suçlarla ilgili elde edilen bilgilerin soruşturma veya yargılamada kullanılması kabul edilirse, haberleşme özgürlüğünün ve özel hayatın gizliliği haklarının özü yok edilmiş, amaca bağlılık kuralı çiğnenmiş olacaktır. Ayrıca kanun koyucunun bu tedbirin uygulanmasını katalog suçlarla sınırlı tutma iradesi devre dışı bırakılmış olacaktır.[401]

İletişimin tespiti yoluyla elde edilen tesadüfî delillerde ilgili olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu, telefonla haberleşmenin dinlenmesine ilişkin son yasal düzenlemenin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapıldığı belirtilerek, bu yasanın sınırlı olarak sayılan suçlarla ilgili sınırlı hallerde telefon dinlenmesi olanağı getirdiğini ifade etmiştir.[402] Kurul verdiği kararda, "5271 sayılı CMK'nın 138. maddesine göre de bu tutanağa yasal bir kanıt değeri verilmesi olanaksızdır. Zira tesadüfen elde edilen bu kanıt, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ile ilgili olup, bu suç 135. maddede sayılan katalog suçlar arasında yer almadığından, yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Yasa dışı elde edilen bir kanıtın ise soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle dosyada yer alan telefon görüşme tutanağının yasa dışı elde edilen kanıt niteliğinde olduğunun kabulü gerekir." demiştir.

---

[398] Ünver, Ceza Muhakemesi…,s.184
[399] Şahin, a.g.e, s.387
[400] Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, a. g. e., s. 710, Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 435
[401] Öztürk- Erdem, a.g.e., s. 612., Doğan,, a.g.e, s.2.
[402] Yargıtay Ceza Genel Kurulu 13.06.2006 tarih ve E. 2006/4-122, K. 2006-162 sayılı kararı, Parlar-Hatipoğlu, a.g.e., s. 604.

Yüksek mahkeme kararında, tesadüfî delil niteliğindeki telefon görüşme kayıtlarının CMK'nın 135. maddesindeki katalog suçlar arasında yer almayan "görevde yetkiyi kötüye kullanma" suçuna ilişkin olduğunu belirterek bu telefon kayıtlarını yasa dışı elde edilmiş delil olarak nitelendirmiş ve bu delilin "dışlanması" gerektiğini ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi de bir üyesi hakkında tesadüfen elde edilen delillerle soruşturma açılması konusunu tartışmış ve elde edilen delillerin CMK'nın 135. ve 138/2. maddesine uygun olmaması nedeniyle soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına karar vermiştir.[403] Kararda "İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca Anayasa Mahkemesi'ne gönderilen dosya içinde Başkanvekili …'e ait telefon konuşmalarına ilişkin ses kayıtları ve tutanaklardan, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 42. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi müzakereleri ile ilgili gizli kalması gereken bilgileri …..'ün bazı basın mensuplarıyla paylaştığı anlaşılmış olmakla birlikte söz konusu delillerin adı geçen yönünden 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. ve 138. maddelerine uygun nitelikte görülmemesi nedeniyle ... hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına, …..'nin karşıoyu ve oyçokluğuyla karar verildi." denmiştir.

Tesadüfen elde edilen deliller, kullanılamayacak olsa da, bunlara vakıf olan kamu görevlisinin şüphe konusu suçu ilgili makamlara bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu nedenle adi suçlarla ilgili elde edilen bilgiler muhafaza edilmemeli fakat durum Cumhuriyet savcısına bildirilmelidir. Cumhuriyet savcısının da bu bilgileri suç ihbarı kabul ederek araştırma başlatması ve başka delil elde etmek amacıyla diğer soruşturma araçlarını kullanması gerekir.[404]

CMK'nın 135. ve 138. maddesi gösterilen şartlara uygun olarak tesadüfen elde edilen deliller kovuşturma aşamasında sanık aleyhine hükme esas alınması hukuka

[403] Anayasa Mahkemesi'nin 16.7.2009 tarih ve E. 2009/1, K. 2009/1 değişik sayılı kararı, http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/kararlar (12.10.2009)
[404] Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 435

aykırı olsa da ve tedbir sonucu kamu görevlisinin öğrendiği suçu ilgili makamlara bildirmesi suç sayılmamalıdır.[405]

4. 4422 Sayılı ÇASÖMK'ya Göre Elde Edilen Tesadüfî Deliller

Yargıtay'ın farklı kararları[406] bulunsa da istikrarlı olarak verdiği kararlarında ÇASÖMK'ya göre verilen iletişimin denetlenmesi tedbiri uyarınca elde edilen tesadüfî delillerin hükme esas alınamayacağına hükmetmiştir.[407] Yargıtay'a göre tesadüfen elde edilen bilginin suç kanıtı olarak değerlendirilebilmesi için kanunda açık bir hüküm bulunması gerekir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda hangi suçlarla ilgili telefon dinlenmesine izin verildiği açıkça belirtilmesine rağmen 4422 sayılı Yasa'da tesadüfen elde edilen delillerle ilgili herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu nedenle ÇASÖMK kapsamında yapılan dinleme sonucunda tesadüfen elde edilen kayıtlar yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir.

CGK verdiği bir kararda "Dinlemeye konu olan telefon, H.S.Ş. adlı kişi adına kayıtlıdır. İstanbul 6 Nolu DGM'ce 15.03.2004 gün ve 2004/90 sayı ile H.S.Ş.'ye ait cep telefonunun, Alaattin ve yönettiği kabul edilen suç örgütü hakkında yürütülen soruşturma sırasında, 4422 sayılı Yasa'nın 2 ve 16. maddeleri uyarınca 3 ay süreyle dinlenilmesi ve tespitine karar verilmiştir. Ancak, dosyada kanıt olarak kabul edilen 22.03.2004 tarihli konuşmanın tutanakları incelendiğinde, bu görüşmenin haklarında dinleme kararı bulunmayan üçüncü kişiler arasında geçtiği açıktır. Bu konuşmada tesadüfen elde edildiği kabul edilen suç kanıtının değerlendirilebilmesi için 4422 sayılı Yasa'da herhangi bir hüküm yer almadığı gözetildiğinde, bu konuşma tutanağı yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Yasa dışı elde edilen bir kanıtın ise soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır. Bu

---

[405] Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme.., s.113.

[406] Yargıtay Ceza Genel Kurulu 12.06.2007 tarih ve E. 2006/5-154, K. 20067145 sayılı kararında; Organize suç örgütü kurmak, tefecilik, senet yağması ve uyuşturucu madde satmak suçlarından 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri İle Mücadele Kanunu hükümlerine göre 2003 ve 2004 yılları arasında verilen iletişimin tespiti kararlarının icrası esnasında, sanık C.savcısının, adı geçenlerle menfaat ilişkisi içinde olduğu ve birlikte hareket ettiği şüphesini uyandıracak kanıtların elde edilmesi üzerine, sanık hakkında rüşvet ve görevde yetkiyi kötüye kullanma suçlarından dava açılmıştır. Yüksek mahkeme kararında "Rüşvet suçu 5271 sayılı CYY'nın 135/6 fıkrasında yer aldığından, bu suç yönünden iletişimin tespiti suretiyle elde edilen kanıt, CYY'nın 138/2. maddesi fıkrası uyarınca, hakkında iletişimin tespiti kararı bulunmayan kişi için tesadüfen elde edilen kanıt olduğundan hukuka uygun delil olarak değerlendirilmelidir." demiştir.

[407] Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 04.07.2006 tarih ve E. 2006/5-127, K. 2006-180 sayılı kararı, Şahbaz, a.g.e, s. 226 ile 22.01.2008 tarih ve E. 2007/5-101, K. 2008-3 ve 03.07.2007 tarih ve E. 2007/5-23, K. 2007-167 sayılı kararları , Tosun- Akkaya, a.g.e, s. 206-212.

nedenle dosyada yer alan telefon görüşme tutanağının yasa dışı elde edilen kanıt niteliğinde olduğunun kabulü gerekir."[408] demiştir.

Yüksek mahkeme bu kararında kanıt olarak kabul edilen telefon dinleme kayıtlarının, haklarında dinleme kararı bulunmayan üçüncü kişiler arasında geçtiğine dikkat çekmiş, tesadüfen elde edilen suç kanıtının değerlendirilebilmesi için, ÇASÖMK'da herhangi bir hüküm bulunması gerektiği halde, adı geçen yasada bu konuyu düzenleyen hüküm olmadığını belirtmiştir.

ÇASÖMK zamanında yürürlükte bulunan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 100. maddesinde "tesadüfen elde edilen delillerin akıbeti" konusunun düzenlendiği belirtilerek bu karara karşı çıkılmıştır.[409]

[408] Yargıtay Ceza Genel Kurulu 13.06.2006 tarih ve E. 2006/4-122, K. 2006-162 sayılı kararı, Parlar-Hatipoğlu, a.g.e., s. 604.
[409] Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme.., s.114.

SONUÇ

Suçluların cezalandırılması için suçla ilgili yasal delileri ortaya çıkarmaya çalışan kolluk kuvvetlerinin, günümüz şartlarında, klasik ceza muhakemesi yöntemleri ile ele geçirmeleri zor hatta imkânsız olan verileri elde etmek için teknolojiden faydalanmaları gerekmiştir. Böylelikle telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesinin suçla mücadelede kullanılması kaçınılmaz hale gelmiştir.

1982 Anayasasının 20 ve 22. maddeleri ile uluslararası sözleşmelerde özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyeti koruma altına alınmıştır. Buna rağmen gerek 1982 Anayasasının ilgili maddelerinde gerekse uluslararası sözleşmelerde bu hakların bazı durumlarda kısıtlanabileceği açıkça belirtilmiştir. Bu aşamada yapılması gereken ölçülük ilkesi gereğince bireysel hürriyetler ile kamu güvenliği arasında bir denge oluşturmaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olan ve AİHM'in yargılama yetkisini kabul etmiş bulunan ülkemizde iletişim özgürlüğünün kısıtlanmasına ilişkin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Hukukunun 135 ilâ 138. maddelerinde öngörülen adli amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin düzenlemelerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ilgili maddelerine ve Mahkeme içtihatları tarafından ortaya konulan standartlara uygun olduğu ve temel haklar acısından gerekli güvenceleri sağladığı söylenebilir.

Özellikle iletişimin denetlenmesine kişi ve suç bakımından sınırlama getirilerek telefon dinlemenin şüpheli ve sanık için sadece katalog suçlarda uygulanabilmesi, süre sınırlamasının getirilmiş olması, kuvvetli şüphe sebeplerinin aranması, son çare prensibinin geçerli olması, tedbire ancak hâkim tarafından karar verilebilmesi, elde edilen verilerin korunması konusunda gereken önlemlerin alınmış olması, bu bilgilerin kullanılmasıyla ilgili bazı sınırlamaların getirilmiş olması, iletişimi denetlenen ilgili kişiye geri bildirim yapılması, tanıklıktan çekinme hakkı sahipleriyle müdafiiler bakımından iletişimin denetlenmesi yasağının düzenlenmiş olması, iletişimin denetlenmesine ilişkin işlemlerin tek merkezden

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı aracılığıyla gerçekleştirilmesi gibi hususlar mevzuat bazında sözü edilen standartlara uygundur.

Ayrıca kanuna aykırı yapılan iletişim denetlemelerinin hukuken geçersiz sayılacağının kanunda açık ve net şekilde düzenlenmesi AİHM kriterleri bakımından olumlu hükümlerdir.

Ceza Muhakemesi Kanun'unda, savunma dokunulmazlığı ilkesi gereğince müdafii ile şüpheli arasındaki iletişimin denetlenmesinin yasaklanması son derece isabetli bir düzenlemedir. Ancak, bu yasağın sadece müdafiin konutu, işyeri ve yerleşim yerindeki iletişim araçlarıyla sınırlı tutulması ve başta mobil telefonlar olmak üzere müdafiin kullanacağı diğer iletişim araçlarını kapsamaması yerinde olmamıştır. Savunma dokunulmazlığı ilkesi ve maddenin getiriliş amacı göz önünde bulundurulduğunda söz konusu madde hükmünün değiştirilmesi gerekmektedir.

Kural olarak adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri belirli bir süre ile sınırlı olarak uygulanabilecektir. Ancak, örgüt kapsamında işlenen suçlar bakımından sürenin müteaddit defalar uzatılabilmesi imkânı getirilmiştir. Bu durumda ilgilisine geri bildirim yapılmasına ilişkin hüküm uygulanamayacaktır. Bu hükmün keyfiliği önleyici güvenceler bakımından olumsuzluk oluşturduğu ve hak ihlallerine yol açtığı için eleştirilmektedir. Ancak, bu uygulamanın sadece terör ve örgütlü suçla sınırlı bulunması ve uzatma için her defasında hâkim kararının aranacak olması nedeniyle kanunun haberleşme hürriyetine aşırı müdahaleye karşı gerekli güvenceyi sağladığı, organize suçlarla mücadelenin şartları dikkate alındığında düzenlemenin kabul edilebilir olduğunu düşünmekteyiz.

Ceza Muhakemesi Kanununda adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği suçların sayıldığı suç katalogu yetersizdir. İletişim araçları kullanılarak işlenen buna rağmen suçun işlenme şekli nedeniyle delil elde edilmesi zor olan tehdit, şantaj, hakaret, taciz gibi bir çok suça katalogda yer verilmemiştir. Ayrıca koruduğu hukuki yarar dikkate alındığında toplum tarafından tehlikeli bir çok ağır suç da katalogda bulunmamaktadır. Bize göre katalog suçlar yeniden gözden geçirilerek ölçülük ilkesi çerçevesinde katalog dışındaki bazı suçların da kataloga dahil edilmesi gerekmektedir.

Ayrıca örgüt bünyesinde işlenen suçlarla ilgili olarak hangi hallerde tedbir uygulanmasına izin verileceği konusunda kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Torba hüküm konumundaki CMK'nın 135/6-a8 maddesindeki 'suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu' yoruma açık hatta kötüye kullanmaya elverişli bir suçtur. Bu konuda daha açık bir düzenlemenin yapılmasında fayda vardır

Mevcut düzenlemelerde mağdur veya müştekinin rızası olsa dahi iletişimi denetlenememekte, sadece tespit edilebilmektedir. Bu konuda da sıkı bazı koşullar altında, müşteki veya mağdurun rızasıyla kendisine ait veya kendisinin kullandığı iletişim araçlarından gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesine izin verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Hukukumuzda iletişimin denetlenmesi işlemlerinde hukuka aykırılıkları denetleyen ve keyfi uygulamaları önleyen bir sistem bulunmamaktadır. İşlemlerin tarafı olmamasına rağmen hukuka uygunluğu sağlamak bakımından tedbirin uygulayıcısı olan Başkanlığa da itiraz etme hakkı tanınması yerinde bir düzenlemedir. Uygulamada itiraz yoluna en fazla İletişim Başkanlığının başvurduğu görülmektedir.

Bütün bu denetim mekanizmalarına rağmen telefon dinleme ile ilgili kararların verilmesi ve uygulanması sırasında kanuna aykırı işlemlerin yapıldığı da sıklıkla görülmektedir. Uygulamada başka yöntemlere yeterince başvurulmadan ve bu yöntemlerin yetersiz olup olmayacağı değerlendirilmeden kolayca iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasının talep edildiği, hâkimlerin de yeterli inceleme yapmadan tedbire karar verdikleri görülmektedir. Tedbir kararı verilmesi için gerekli şartların oluşup oluşmadığı konusunda hâkim tarafından verilen kararın denetlenmesi uygulamada çok zordur. Çünkü telefon dinleme için CMK'da belirtilen şartların bulunduğunun tespiti ancak dosyanın incelenmesi ile tespit edilebilecektir.

CMK' da belirtilen koşullara aykırı olarak hakim tarafından bir karar verilmiş ve bu hatalı kararın uygulanması sonucu bazı bilgiler elde edilmişse de, kovuşturma aşamasında mahkeme bunu irdeleyecek ve bu bilgilerin delil olarak kullanılıp kullanılmayacağına karar verecektir. İletişimin denetlenmesine ilişkin kararın hâkim tarafından verilmiş olması, elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılması için tek başına yeterli değildir. Hem karar, hem de uygulama evrelerinde kanunda belirtilen

koşullara uyulmuş olması halinde telefon dinleme ile elde edilen bilgiler delil olarak kullanılabilir.

Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgiler öncelikle yürütülmekte olan soruşturma ve kovuşturmada delil olarak kullanılabilecektir. Bu deliller ceza soruşturmasında şüphelinin, katalog suçları işlendiğini kanıtlamak amacıyla kullanılabilir. İletişimin dinlenmesi sonucu elde edilen bilgilerin, hukuk mahkemeleri ve disiplin hukuku gibi ceza muhakemesi dışında kullanılması yasaktır

Adli amaçlı iletişimin denetlenmesinin uygulanması sırasında yapılan kural hataları sonucu elde edilen deliller hukuka aykırı hale gelmekte ve yargılamada da kullanılamamaktadır. Bu hataların en aza indirilmesi amacıyla karar veren ve bu kararı uygulayanlarla ilgili eğitim çalışmalarına ağırlık verilmesinde büyük fayda olacaktır.

Son olarak iletişimin kayda alınması sonucu elde edilen verilerin, özel hayatı ilgilendiren kısımlarının yazılı hale getirilmesi veya soruşturma dosyasına konulmasını önlemeye yönelik bir düzenleme ceza muhakemesi kanununda bulunmamaktadır. AİHM kararlarında da belirtildiği gibi soruşturma dosyasında konmasına gerek olmayan özel hayatı ilgilendiren kayıtların yazılı hale getirilmemesi veya tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlarda olduğu gibi, savcının kontrolü altında metinden çıkartılması, saklanması ve imha edilmesi gereklidir.

Buna rağmen iletişimin denetlenmesi tedbirleri sonucu elde edilen ancak, dinleme konusu suçla veya başka bir katalog suçla ilgisi olmayan, özel hayatı ilgilendiren konuşmaların basında yer aldığı görülmektedir. Bu bilgilerin gizli olduğu kanunda açıkça ifade edilmiştir. Buna rağmen ülkemizde dinleme kayıtlarının muhafazasıyla görevli soruşturma makamlarının gerekli titizliği göstermedikleri görülmektedir. Soruşturma ile ilgisi olmayan özel hayata ilişkin bilgiler içeren konuşma metinlerinin devletin kaydı altına girdikten sonra muhafazasında, devletin gerekli güvenlik tedbirlerini alması, kayıtların sızdırılması konusunda kusurları bulunanları tespit edip gerekli yasal işlemleri yapması gerekir. Ceza muhakemesi kanununda buna yönelik açık bir düzenlemenin yapılmasında da yarar olduğunu düşünüyoruz.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet, Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.

Anayurt, Ömer, Strazbourg İçtihatlarında Türk Ve Fransa Hukuklarında Telefon Dinlemeleri, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Cilt XXI, Ankara.

Araslı, Oya, Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C Anayasasının Düzenlenişi, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi.

Arslan, Feyzullah, CMUK İle İlgili Sorun ve Öneriler, Polis Dergisi, Yıl, 11, Sayı 46, Ekim-Kasım-Aralık 2005, s. 4-8.

Aydın, Vahdettin, 1982 Anayasası Çerçevesinde Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y. 1998.

Batum, Süheyl, İtalya / Bettino Craxi (2) kararı, 17.7.2003, Vatan Gazetesi, 26 Ağustos 2004.

Bayram, Levent, Ses ve Görüntü Kayıtlarının Türk Hukukundaki Yeri, Polis Bilimleri Dergisi, Cilt 6, No:3-4.

Beşe, Ertan, Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları, Ankara 2002.

Centel, Nur - Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası,İstanbul 2006.

Charrier, Jean Loup, Code De La Convention Europeenne Des Droits De L'homme, Edition 2005, Paris. çev. Taşkın, Mustafa, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Ankara, Seçkin, 2008.

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

Çolak, Haluk – Taşkın, Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 2. Baskı. Ankara, 2007.

Corpus İçtihat Programı, Ced Dağıtım Medya Yazılım, Ankara

Çoşkun, Enis, Küresel Gözaltı Elektronik Gizli Dinleme ve Görüntüleme, Cilt I, Ankara, Ümit, 1962.

Demirbaş, Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir, 1996.

Doğan,Yusuf Hakkı http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/145doc Erişim Tarihi:10.07.2009.

Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Rehberi, İstanbul Barosu Yayını, 1999.

Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Cilt 1, İstanbul, 2002.

Dönmezer, Sulhi, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Semineri, EGM, İstanbul, 06.08.1999.

Erdem, Mustafa Ruhan, Özbek, Veli Özer, 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000.

Erdem, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara 2001.

Erem, Faruk, Diyalektik, s. 69, Erol Cihan, Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi, İHFM, C. XXVIII. S. 3-4.,İstanbul, 1963.

Eren, Mehmet Selim, Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Telefon Dinleme, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2002).

Erman, Sahir, "Sentez Raporu" Hukuku Aykırı Deliller Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, s. 383-390, İstanbul, 1995, s. 386-387- Hasan Tahsin

Gökcan, Ceza Muhakemesinde Delil Yasaklarının Hazırlık Soruşturmasına Etkisi", Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 19, s. 12-15, Ankara, Haziran 1997.

Erol, Cihan, Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi, İHFM, C. XXVIII. S. 3-4., İstanbul, 1963.

Eryılmaz, Mesut Bedri, Suçla Mücadele Politikası Açısından Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı 1, Eylül 2006.

Geleri, Aytekin, "Organize Suçlarla Mücadelede Elektronik Takibin Rolü", Asayiş Daire Başkanlığı. Ankara 1998.

Gökcan, Hasan Tahsin, Ceza Muhakemesinde Delil Yasaklarının Hazırlık Soruşturmasına Etkisi", Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 19, s. 12-15, Ankara, Haziran 1997

Gökçen, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El Koyma ve Postada El Koyma (Özelikle Telefonların Gizlice Dinlenmesi), Ankara, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1994.

Hafızoğulları, Zeki, Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi, Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı, Yıl: 2, Sayı: 10, Ankara, Temmuz-Ağustos 1996.

http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/kararlar/SPK, Erişim Tarihi 26.07.2009.

İçel, Kayıhan, Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları, Prof.Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İÜHF Yayını, s. 121-127, İstanbul, 1998.

İnterpol Daire Başkanlığı, "Avrupa Birliğinde Operasyonel Uygulamalar ve Kullanılan Teknikler", EGM, 1998.

Kabaoğlu, İbrahim, Özgürlükler Hukuku, İstanbul, 1994.

Karayazgan, Mehmet, Yeni TCK İle İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması, Polis Dergisi, Sayı 44, Nisan-Mayıs-Haziran 2005.

Kaya, Abdülkadir, Adalete Erişim İçin Sürekli Mesleki Gelişim: İnsan Hakları, Boğaziçi Üniversitesi Avrupa Çalışmaları Merkezi Proje Yayını, İstanbul, 2006.

Kaymaz, Seydi, Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997.

Kaymaz, Seydi, Mevcut Yasal Düzenlemeler Karşısında Telefon ile Yapılan Haberleşmenin Denetlenmesi, İBD,S.1-12 Y.6, C.70.

Keklik, Ramazan, Ceza Yargılamasında İletişimin Denetlenmesi, Adalet Dergisi, Sayı 25.

Keskin, Serap, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, 1996.

Koca, Mahmut, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:l, Sayı:l, Seçkin Yayınevi, Aralık 2006, s.207.

Koca, Mahmut, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IV, Sayı: 1-2, s. 105-146'dan.

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

Kunter, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1989.

Kunter, Nurullah- Yenisey, Feridun,"Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Ekim 2005.

Kunter, Nurullah, Yenisey, Feridun ve Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2006.

Nuhoğlu, Ayşe, Adli Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi ile Teknik Araçlarla İzleme Tedbirine Konu Olan Suçlar, Yargı Dünyası, Sayı 128, Ağustos 2006.

Odman, M.Tevfik, Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Kullanılma Sorunu, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Cilt:3, Sayı:4, Ankara, Kasım 1995.

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

Özbek, Veli Özer, "Organize Suçlulukta Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları" 9 Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı:2, İzmir, 2002.

Özbudun, Ergun, Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, AÜHF, 50.Yıl Armağanı, C. 1, Ankara 1977.

Özdoğan, Ali, Alman ve Fransız Teknik Dinleme Mevzuatları, (www.egm.gov.tr /polis.dergisi.32.şayi.).

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

Özsunay, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İUHF Yayını, İstanbul, 1979.

Öztan, Bilge, Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, Ankara, Turhan Kitapevi, 1.Baskı, 1987.

Öztürk, Bahri, Postada El Koyma, İzmir, 1989, s.13.

Öztürk, Bahri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 1995, s.326.

Öztürk, Bahri, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, AÜSBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 14, Ankara,1995.

Öztürk, Bahri, CMUK Reformu ve Uygulama, Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı, Yıl: 2, Sayı: 10, s.586-612, Temmuz-Ağustos 1996, Ankara, Ağustos 1996.

Öztürk, Bahri, Erdem, M. Ruhan, V.Özer Özbek, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, Seçkin, 2000.

Öztürk, Bahri - Erdem, M. Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2007.

Parlar, Ali - Hatipoğlu, Muzaffer, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu, Cilt:1, Yayın Matbaacılık, Ankara 2008

Şen, Ersan, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Beta Yayını, İstanbul 1998.

Şen, Ersan, Türk Hukukunda Telefonların Gizlice Dinlenmesi Sebebiyle Gündeme Gelen Hukuka Aykırılık Sorunu ve Kişi Haklarına Keyfi Müdahaleler, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999.

Şen, Ersan, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. Maddesinin Değerlendirilmesi, Yargı Dünyası Dergisi, Sayı:127, s.9-22, İstanbul, Temmuz 2006.

Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt.I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

Şen, Ersan, Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.

Şen, Ersan, İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 2, Sayı 4, 2007.

Sözüer, Adem, Türkiye'de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Telefaks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LV, No:3,1997.

Şahbaz, İbrahim, İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.

Şahin, Cumhur, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara, 1994.

Şanlı, Cemal, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması, Türkiye Gönüllü Teşşeküller Vakfı 7. İstişare Toplantısı,

Demokratik Hukuk Devletinde Temel Hak ve Hürriyetler, 8-9 Kasım 1997,İstanbul, Cemal reşit Rey Konser Salonu, İlim Yayma Cemiyeti.

Savaş, Vural –Mollamahmutoğlu, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, Seçkin Yayınevi.

Sevük, Handan Yokuş, Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 69, Yıl 2007.

Taşkın, Mustafa, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Ankara, Seçkin, 2008.

Taşkın, Mustafa, Türk Hukukunda Mafya (Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri) ve Karaparayla Mücadele, Yargı Yayınevi, Ankara 2003.

Taşkın, Mustafa, Türkiye'de Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadelede Kullanılabilecek Yeni Yöntemler, Adalet Dergisi, Sayı 15.

Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan - Sancaktar, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2004.

Tosun, Kerim – Akaya Çetin, Ceza Muhakemesi Kanunu ve CGİK, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2008

Tosun, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul, 1984.

Türk Dil Kurumu Sözlüğü, Ankara, 2005.

Ünver, Yener, "Ceza Yargılaması Hukukunda îspata İlişkin Bir Yargıtay İBK.'nın İncelenmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LV, Sayı: 1-2, İstanbul, 1996.

Ünver, Yener, Federal Almanya'da Terör ve Organize Suçluluk ile İlgili Düzenlemeler, Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998.

Ünver, Yener - Hakan Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2006.

Ünver, Yener, Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl l, Sayı 2, Aralık 2006.

Yenisey, Feridun, Yasak yöntemlerle ve Hukuka aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller, Vural Savaş –Sadık Mollamahmutoğlu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, Cilt: 1,s. 1214-1239, Ankara, 1995.

Yenisey, Feridun, Örgütlü Suçluluk ve Hukuka Aykırı Deliller, Hukuka Aykırı Deliller Semineri ve Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, Ekim 1996.

Yenisey, Feridun, Çıkar Amaçlı Örgüt Suçlarındaki Araştırmalar, Hukuk Kurultayı 2000, Cilt 2, Ankara, 2000.

Yenisey, Feridun - Sinan, Altunç, İletişimin Denetlenmesi Hakkında, Mart 2007, (www.hukukturk.com) ET: 17.10.2007.

Yıldız, Mustafa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, İstanbul 1998,s.l78 vd.; Batum, Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkisi, İstanbul 1993.

Yiğit, Nuri, Arama, Elkoyma ve Gizli Koruma Tedbirleri, Adalet Bakanlığı Seminer Notları, Ankara 2005.

Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul, Alfa Yayınevi, 1996., s. 476-478. -Yurtcan, Erdener, CMUK, E1 Kitabı, İstanbul, 1994.

Yurtcan, Erdener, "Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasağı", Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İÜHF Yayını, s. 519-534, İstanbul, 1998.

ÖZGEÇMİŞ

01.02.1977 yılında Samsun'un Bafra ilçesinde doğmuştur. İlk ve orta öğrenimini Bafra'da tamamlayan yazar 1996 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde lisans eğitimine başlayıp, 2000 yılında mezun olmuştur. 2001 yılında Ankara Barosunda Avukatlık stajını bitirmiştir. Askerlik hizmetini 2002-2003 yılları arasında Ankara Gülhane Askeri Tıp Akademisi Disiplin Mahkemesinde Yedek Subay olarak yapmıştır. 2003 yılında Ankara adli yargı hâkim adayı olarak göreve başlayan yazar sırasıyla Gölova Cumhuriyet Savcılığı, Beşikdüzü Hâkimliği yapmış olup halen Şalpazarı hâkimi olarak görev yapmaktadır. Evli ve bir çocukludur.