

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA USUL HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Yüksek Lisans Tezi

Selahattin Samet BİLGE

Ankara - 2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA USUL HUKUKU)
ANABİLİM DALI

**TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN
DENETLENMESİ**

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

Doç. Dr. Devrim Güngör

Prof. Dr. Muharrem Özen

Prof. Dr. Zeki Hafızoğulları

İmzası

.....

.....

.....

Tez Sınavı Tarihi:

Ankara – 2016

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE**

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmamda bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (...../...../...2016)

**Tezi Hazırlayan Öğrencinin
Adı ve Soyadı**

**Selahattin Samet BİLGE
İmzası**

İÇİNDEKİLER

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER

GİRİŞ	iv
I. GENEL OLARAK KORUMA TEDBİRLERİ	1
II. BİR KORUMA TEDBİRİ OLARAK TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ	6
III. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİNİN İLGİLİ OLDUĞU HUKUKİ DEĞERLER	10
A. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ	10
B. HABERLEŞME HÜRRİYETİ	12
IV. TELEKOMÜNİKASYON KAVRAMI	15
A. GENEL OLARAK	15
B. TÜRK CEZA HUKUKUNDA	18
1. MÜLGA 1412 SAYILI CEZA MUHAKEMELERİ USULU KANUNU	20
2. 5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNU	22
2.1. 5353 SAYILI KANUNLA GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER	23
2.2. 6526 SAYILI KANUNLA GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER	25
2.3. 6572 SAYILI KANUNLA GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER	30
2.4. MEVCUT DÜZENLEME VE İLK DÜZENLEME ARASINDAKİ TEMEL FARKLILIKLAR	31
2.5. 5271 SAYILI CMK'YA DAYANILARAK ÇIKARILAN YÖNETMELİKLER	37
2.5.1. 10.11.2005 TARİHLİ TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN TESPİTİ, DİNLENMESİ, SİNYAL BİLGİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE KAYDA ALINMASINA DAİR USUL VE ESASLAR İLE TELEKOMÜNİKASYON İLETİŞİM BAŞKANLIĞININ KURULUŞ GÖREV VE YETKİLERİ HAKKINDA YÖNETMELİK	39
2.5.2. 14.1.2007 TARİHLİ VE 26434 SAYILI RESMİ GAZETED E YAYINLANAN CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNDA ÖNGÖRÜLEN TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ, GİZLİ SORUŞTURMACI VE TEKNİK ARAÇLARLA İZLEME TEDBİRLERİNİN UYGULANMASINA İLİŞKİN YÖNETMELİK	43
3. DİĞER KANUNLARDAKİ DÜZENLEMELER	47
3.1. POLİS VAZİFE VE SALAHİYET KANUNUNDAKİ VE JANDARMA TEŞKİLAT GÖREV VE YETKİLERİ KANUNDAKİ DÜZENLEMELER	47
3.2. MİLLİ İSTİHBARAT TEŞKİLATI KANUNUNDAKİ DÜZENLEMELER	50
V. MUKAYESELİ HUKUKTA TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ	55
A. BİRLEŞİK DEVLETLER'DE TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ	55
B. AVRUPA ÜLKELERİNDE TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ	61

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KORUMA TEDBİRİ

I.	TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ	71
A.	ÖNLEME TEDBİRİ OLARAK TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ.....	71
B.	ADLİ TEDBİR OLARAK TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ.....	76
II.	TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KORUMA TEDBİRİNİN DİĞER KORUMA TEDBİRLERİNDEN FARKI.....	83
III.	TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KORUMA TEDBİRİNİN ÇEŞİTLERİ	86
A.	İLETİŞİMİN DİNLENİLMESİ KARARI	86
B.	İLETİŞİMİN KAYDA ALINMASI KARARI.....	90
C.	SİNYAL BİLGİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİNE İLİŞKİN KARAR	92
D.	MOBİL TELEFONUN YERİNİN TESPİTİ KARARI.....	97
E.	İLETİŞİMİN TESPİTİ KARARI	101
IV.	TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KORUMA TEDBİRİ KARARI VERİLEBİLMESİ İÇİN GEREKEN KOŞULLAR.....	107
A.	SADECE BELİRLİ SUÇLAR YÖNÜNDEN TEDBİRE BAŞVURMA ZORUNLULUĞU	107
B.	SOMUT DELİLLERE DAYANAN KUVVETLİ SUÇ ŞÜPHEİ.....	113
C.	BAŞKA SURETTE DELİL ELDE EDİLME İMKÂNININ BULUNMAMASI	117
D.	KARARI VERMEYE YETKİLİ MERCİ	120
1.	GEÇİKMESİNDE SAKINCA BULUNAN HALLERDE CUMHURİYET SAVCISININ VERDİĞİ KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	120
2.	AĞIR CEZA MAHKEMESİNİN KARARI	123
V.	TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KARARININ SÜRESİ.....	125
VI.	TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİNİN KARARININ SONA ERMESİ.....	127
VII.	ÖZEL SORUŞTURMA USULLERİ.....	129
A.	4483 SAYILI KANUNLA YAPILAN SORUŞTURMADA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ.....	130
B.	HAKİMLER VE SAVCILAR İLE YARGITAY ÜYELERİNİN SORUŞTURULMASINDA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ	131
C.	MİLLETVEKİLLERİ YÖNÜNDEN VE BAKANLAR İLE BAŞBAKAN YÖNÜNDEN MECLİS SORUŞTURMASINDA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ	134
VIII.	TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ SONUCU ELDE EDİLEN DELİLLERİN DEĞERİ.....	137
A.	HUKUKA UYGUN VE HUKUKA AYKIRI DELİL KAVRAMI	137
B.	TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİL KAVRAMI.....	142
C.	RIZANIN YA DA TALEBİN VARLIĞI HALİNDE ELDE EDİLEN DELİLLER..	149

D. ELDE EDİLEN DELİLİN TEK BAŞINA İSPATA ELVERİŞLİ OLUP OLMAYACAĞI SORUNU.....	151
E. DOĞRUDAN VE DOLAYLI DİNLEME	155
F. SUÇ VASFININ DEĞİŞİKLİĞİ DURUMUNDA ELDE EDİLEN DELİLLERİN DEĞERİ.....	162
SONUÇ.....	167
ÖZET.....	173
ABSTRACT.....	174
KAYNAKÇA.....	175



GİRİŞ

Ceza muhakemesinde amaç, adli yolla maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu ise ancak hukuka uygun delillerin mahkeme huzuruna getirilmesi ve tartışılması sonucunda, muhakeme sūjelerinin kolektif kuracağı hükümle gerçekleştirilebilir. Anayasa'ya göre, hâkim, delilleri vicdani kanaatine göre değerlendirir. Bununla birlikte delillerin muhakkak hukuka uygun olarak elde edilmesi ve suça konu fiille ilgisi olması gerekmektedir.

Teknolojinin gelişmesi ve buna paralel olarak yirminci yüzyılda iletişim çağına geçilmiş olmasıyla birlikte artık telekomünikasyon yoluyla kişilerin arasındaki iletişimin denetlenmesi, suça ilişkin delil elde edilebilmesi açısından önem kazanmıştır.

Tez, iki bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde koruma tedbiri kavramının muhakeme hukukunda neyi ifade ettiği ve özel olarak telekomünikasyon kavramının hukuktaki yeri ile iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin Türk hukuk düzeninde geçirdiği değişiklikler, norm bazında karşılıklı olarak incelenecektir.

Bununla birlikte, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırılabilceği AİHS ve Anayasa normları karşısında, dayanağını 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan aldığı belirtilen iki ayrı yönetmeliğin, özellikle son tarihli yönetmelik düzenlemesinin, kanun hükümleriyle çelişen noktaları birlikte ve karşılaştırmalı olarak değerlendirilecektir.

İkinci bölümde ise kısaca belirli şartlar altında önleme amaçlı da başvurulabilen iletişimin denetlenmesi incelendikten sonra; adli bir tedbir olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tedbiri her bir ayrı türü bakımından, gerek doktrin gerek Yargıtay uygulaması bakımından incelenecektir.

Böylece; dinleme, kayda alma, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, mobil telefonun yerinin tespiti ve iletişimin tespiti ana hatları, yönetmelik hükümleri ile eski ve yeni düzenlemelerdeki normatif tanımlamaları ve Yargıtay ve doktrin görüşleriyle ele alınacaktır. Mülga 4422 sayılı kanuna ilişkin ayrı bir başlık veya bölüm açılmamış olup, bağımsız bölümlerde yeri geldikçe değinilecektir.

Bu bölümde tedbir kararının nasıl alınacağı, hangi halde sona ereceği gibi hususlara da değinilecektir.

İletişim söz konusu olduğunda, dolaylı dinlenen konumunda olan kişi bakımından bu tedbirin nasıl etkisi olduğu, hakkında koruma tedbiri kararı alınmamış üçüncü kişi hakkında bir suç işlendiği şüphesi doğarsa ne yapılması gerektiği gibi hususlar hem doktrindeki görüşlerle hem de Yargıtay'ın bakış açısıyla incelenecektir.

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
BÜHFD	: Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
E.	: Esas
JTGK.	: Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
MITK	: Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu
PVSK.	: Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu

S.	: Sayı
s.	: Sayfa
sk.	: Sayılı Kanun
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TİB	: Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
YK.	: Yargıtay Kanunu

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER

I. GENEL OLARAK KORUMA TEDBİRLERİ

Muhakeme, hukuki uyuşmazlığı çözmek üzere yargılama organlarının yaptıkları faaliyet dolayısıyla meydana gelen hukuki ilişkilerin sükeleri tarafından yapılan işlemlerin tamamıdır¹. Bir muhakemede, maddi ve hukuki sorunun çözümü amaçlanır². Dürüst muhakeme kurallarına uyularak, önce maddi sorun çözülür; gerçek ortaya çıkarılır ve ardından da hukuki sorun çözüme kavuşturulur³.

Ceza muhakemesi, kişi hak ve hürriyetlerini doğrudan ilgilendiren bir alan olduğundan, “kanunilik” ilkesi geçerlidir⁴.

Muhakeme hukuku açısından delile ulaşmada vasıta olan koruma tedbirleri, kaynağını Anayasa⁵ ve Anayasa’ya uygun olarak usulüne göre çıkarılan kanundan alan, yetkili merci kararıyla birlikte kamu gücüyle icra edilen, temel hak ve hürriyetleri konu alan ve belirli süreliğine bu hakların kullanımını kısıtlayan müdahalelerdir⁶. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa’dan

¹ KUNTER, Nurullah: Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1986, s. 5.

² FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002, s. 68.

³ FEYZİOĞLU, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, s. 69.

⁴ FEYZİOĞLU, Metin: Meclis Soruşturması, Ankara 2006, s. 14.

⁵ AY m. 13 “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” AY m. 19/3: “...bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; ... usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.”

⁶ TOSUN, Öztekin: Suç Muhakemesi Hukuku, C. 1, İstanbul 1984, s. 820.; ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SITMA, Özge/KIRIT, Yasemin/ÖZAYDIN,

almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.⁷ Temel hak ve hürriyetlere müdahale niteliğindeki bu koruma tedbirleriyle ilgili *-yani bağımsız mahkemelerce yargılama yetkisinin kullanımı alanına giren bu konuda-* yönetmelikle düzenleme getirilemez⁸.

Koruma tedbirleri, cezai uyuşmazlığın çözümü için uygun karar verilebilmesi ve kararın yerine getirilebilmesini sağlayan tedbirlerdir.⁹ Koruma tedbirlerine karar verilmesi, kural olarak yargılama makamı kararıyla gerçekleştirilir.¹⁰ Yargılama makamı, soruşturma evresinde “hakimlik makamı”, kovuşturma aşamasında “mahkeme makamı”dır¹¹. Koruma tedbirlerine başvurmada

Özdem/**AKCAN**, Esra Alan/**ERDEN**, Efser: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2015, s. 438; **ÖZBEK**, Veli Özer/**KAMBUR**, Mehmet Nihat/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2012, s. 262; **BIÇAK**, Vahit: Suç Muhakemesi Hukuku, Ankara 2011, s. 568.; **SOYASLAN**, Doğan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, s. 270; **CENTEL**, Nur/**ZAFER**: Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2015. s 331.

⁷ **HAFIZOĞULLARI**, Zeki: “24 Mayıs 2003 Tarih ve 25117 Sayılı Resmi Gazetede Yayınlanarak Yürürlüğe Konan ‘Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’ Adli Zabıt ve Aramalar Yönünden Yok Hükmündedir”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2004 S. 3, s. 13-26.; **ACAR**, Bülent Hayri: Kurucu İktidar Olma Eylemi ile Anayasayı İhlal Suçuna Konu Kalkışma Suçuna Konu Hareketlerinin Farklı Nitelikte Eylemler Olması ve Hukuki Sonuçları (Milli Güvenlik Konseyi Başkanı ve Üyesinin Erksiz/Yetkisiz Yargılanmasına İlişkin Esas Hakkında Savunma), Ankara 2014, s. 4; **FEYZİOĞLU**, Meclis Soruşturması, s. 14.

⁸ “Anayasa, Başbakanlık, bakanlıklar ve tüzel kişilere kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunlar ve tüzüklerin uygulanabilmesi için yönetmelikler çıkarma yetkisi vermiştir. CMK’nın yürütücüsü ise bağımsız mahkemelerdir. Bu halde, yönetmelikle getirilen düzenlemeler, devlet yetkisi kullanmak olduğundan; CMK’ya ilişkin hususlarda, yönetmeliklerle düzenleme yapılamaz.” **HAFIZOĞULLARI**, “24 Mayıs 2003 Tarih ve 25117 Sayılı Resmi Gazetede Yayınlanarak Yürürlüğe Konan ‘Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’ Adli Zabıt ve Aramalar Yönünden Yok Hükmündedir”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2004 S. 3, s. 13-26.

⁹ **TOROSLU**, Nevzat/**FEYZİOĞLU**, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2015, s. 216.; **YENİSEY**, Feridun/**NUHOĞLU**, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016, s. 306.

¹⁰ AY m. 19/4: “Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir. Hakim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.”

¹¹ “Yargıç, her çeşit yargılama makamını işgal eden ve yargılama görevini yapan kişidir.”, **TOROSLU/FEYZİOĞLU**, s. 94.

yargılama makamı kararının aranmasının nedeni, yargıçların bağımsız yargı gücünü oluşturmaları ve özgürlüğün teminatı sayılmalarıdır¹².

Bu tedbirler, birer yaptırım¹³ değildir¹⁴.

Tedbirlerin şartlarına uyulmaması veya şartları ortadan kalkmışsa gereğinin yapılmaması, hukuka aykırıdır¹⁵.

Koruma tedbirleri ortak özellikleri itibarıyla birer **vasıtadırlar**¹⁶. Bu tedbirlerle delillere ulaşılmakta ve ulaşılan deliller korunmaktadır.¹⁷ Vasıta olmak, muhakeme açısından bir bütün ifade ettiği içindir ki, tedbirlerden birden fazlasına hükmedilebilmesi¹⁸ veya birinden bir diğerine geçiş yapılabilmesi mümkündür¹⁹. Örneğin bir kimse tutuklanıp evi aramaya tabi tutulmuş, bazı eşyalarına el konulmuş ve sonradan adli kontrol şartıyla serbest bırakılmış olabilir.²⁰ Bu delillerin toplanması sırasında meydana gelen hak ihlalleri Ceza muhakemesi açısından da AİHS açısından da ayrı öneme sahiptir²¹.

¹² **SOYASLAN**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 270.

¹³ “Ceza, topluma karşı yapılan zararlı bir fiilin karşılığı olarak ve toplum adına uygulanan bir müeyyidedir”, **DÖNMEZER**, Sulhi/**ERMAN**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul 1979, s. 8.

¹⁴ “Bu tedbirler yaptırım sayılmadığından, yaptırımlarda uygulanan ‘non bis in idem’ kuralı bunlarda uygulanmaz.” **TOSUN**, s. 823.

¹⁵ “Mahkeme veya yargıcın, Anayasadan kaynaklanmayan bir kısıtlama nedeni getirmesi, tipik bir yetkisiz işlem veya karardır. Yetkisiz kısıtlama işlemi, Anayasadan kaynaklanan yetki kurucu unsurunun mevcut olmaması nedeniyle, hukuken yok hükmündedir. Bu demektir ki, yetkisiz kararlar tutuklama, hukuki tutuklama değil, fiili tutmadır.” **ACAR**, Bülent Hayri: “Birden Çok Tutuklulukta Kişi Özgürlüğünün Kanunsuz, Fiili/Keyfi Kısıtlamaya Dönüşmesi”, (<http://www.turkhukukkurumu.org.tr/sitemizde-yazilar/57-birden-cok-suctan-tutuklulukta-kisi.html>) (Erişim Tarihi: 1 Nisan 2016)

¹⁶ **TOROSLU/FEYZİOĞLU**, s. 171; **YENİSEY/NUHOĞLU**, s. 306; **TOSUN**, s. 823;

¹⁷ **CENTEL/ZAFER**, s. 331.

¹⁸ Son çare prensibi karşısında CMK m. 135, CMK m. 139 ve CMK m. 140’da düzenlenen koruma tedbirleri arasında öncelik, sonralık ilişkisi ilerleyen bahislerde incelenecektir.

¹⁹ **YENİSEY/NUHOĞLU**, s. 306.

²⁰ **TOSUN**, s. 823.

²¹ **CENGİZ**, Serkan/**DEMİRAĞ**, Fahrettin/**ERGÜL**, Teoman/**MCBRIDE**, Jeremy/**TEZCAN**, Durmuş: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s. 76.

Koruma tedbirleri, **geçicidir**. Geçicilik, tedbiri haklı gösteren sebebin kalmaması nedeniyle sona ermeyi ifade eder²². Geçicilik, sürenin açıkça gösterilmesini gerektirmez²³. Koruma tedbiri kararıyla ulaşılmak istenen amaç gerçekleşmekle birlikte ilgili karar kendiliğinden sona erer.²⁴ Bu tedbirler, muhakemenin kendisi tehlikeye girmesi durumlarında başvurulabilen tedbirler olduğundan, böyle bir tehlikenin var olmadığı halde tedbire başvurma imkanından söz etmek mümkün görünmemektedir²⁵.

Koruma tedbirleri **şarta bağlı olarak** başvuru tedbirleridir. Doktrinde bu şartlar “gecikmede tehlike”, “görünüşte haklılık” ve “ölçülülük” olarak sayılmaktadır²⁶.

Koruma tedbirlerine başvurulurken, kimin haklı, kimin haksız olduğu belli olmadığından²⁷ ortada gerçek değil fakat **görünüşte haklılıktan**²⁸ bahsetmek mümkündür. Denmektedir ki, mahkum olacağı düşünülen kimse beraat de edebilecektir, o halde bir riski göze almak gerekeceğinden, bu riskin mümkün olduğunca az göze alınabilmesini sağlayan durum “tedbirin haklı görünmesi”dir²⁹.

Derhal müdahale edilmediği takdirde (koruma tedbirine başvurmak suretiyle) korkulan zararın meydana gelmesi ihtimaline gecikmezlik veya **gecikmede**

²² YENİSEY/NUHOĞLU, s. 306.

²³ KUNTER, s. 471; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 217.

²⁴ KUNTER, s. 471; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 263.

²⁵ TOSUN, s. 824.

²⁶ CENTEL/ZAFER, s. 331.

²⁷ TOSUN, s. 824.

²⁸ Tosun, görünüşte haklılık terimiyle ilgili olarak “davacının görünüşte haklı olması, davacalının görünüşte haksız olması; kısaca davalının aleyhinde kuvvetli şüphe bulunması” ifadesini kullanmıştır; bkz. TOSUN, s. 824.

²⁹ KUNTER, s. 471

tehlike denmektedir³⁰. Muhakemede tehlikenin *onun yapılamaması olasılığı veya yapılsa bile gerçeği yansıtamaması olasılığı* olduğunu düşünen görüşe göre³¹ denmektedir ki, böyle bir tehlike yoksa koruma tedbirine başvurmanın da bir anlamı bulunmamaktadır³². Ayrıca, gecikmede tehlike olmadan başvurulmuş bir tedbir varsa bu tedbir bir muhakeme tedbiri olmakla birlikte –örneğin *sanığın akıl sağlığını araştırmak için başvurulmuş gözlem altına alma tedbiri (CMK m. 74)-* koruma tedbiri değildir.

Koruma tedbirleri uyuşmazlığın çözümü amacıyla başvurulmuş ve temel hak ve hürriyetleri kısıtlayan hakim/mahkeme kararına dayanan tedbirler olduğu içindir ki, tedbir uygulanmamakla doğacak zarar ile gerçekleşmesi ihtimalinin varlığı arasında bir **orantılılık** olmak zorundadır³³. Tehlike hafifse, bedel de az olmalıdır. Buna orantılılık denmektedir³⁴. Koruma tedbirlerinin orantılı olması, daha hafif bir tedbire başvurmakla ulaşılabilecek bir amacın söz konusu olduğu hallerde artık daha ağır bir tedbirin uygulanmaması³⁵ anlamına gelmektedir.

Koruma tedbirleri, zorlayıcı tedbirler³⁶ olduklarından ve kanuna dayanarak gerçekleştirildiklerinden, ilgisinin rızasının aranmadığı tedbirlerdir.³⁷

Hukuk düzenimizde koruma tedbirlerine, CMK’da birinci kitap, dördüncü kısımda “Koruma Tedbirleri” başlığı altında yedi bölüm halinde m. 90 ila m. 144 arasında yer verilmiştir. Konumuzu ilgilendiren koruma tedbiri ise beşinci

³⁰ KUNTER, s. 471

³¹ TOSUN, s. 824.

³² TOSUN, s. 824.

³³ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 216.

³⁴ KUNTER, s. 472

³⁵ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 217.

³⁶ “Koruma tedbirleri hüküm verilmeden temel bir hakkı sınırlar ve çoğu kere tedbire maruz kalan tarafından bir zorlama olarak algılanır” ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 262.

³⁷ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 216.; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 262;

bölümde “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” başlığı altında m. 135 ila m. 139 arasında düzenlenmiştir.

II. BİR KORUMA TEDBİRİ OLARAK TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Devletin kurumları, iletişimin tarafı olan kimsenin telekomünikasyon yoluyla kurduğu iletişime müdahale etmekle birlikte, ilgilisinin haberleşme hürriyetini ihlal etmiş olmaktadır.³⁸ Buradan hareketle, koruma tedbirlerinin, yapıları itibariyle hukuken korunan bir hakkı ihlal etmekte olduğunu söylemeye engel bir hal yoktur. Bu ihlal ise, yapısı ve yöneldiği değer itibariyle, Anayasa’dan kaynağını alan temel hak ve hürriyetlere ilişkindir. Görünüşteki ihlal, kaynağını ancak kanundan alır.³⁹

Hukuk devletinde, yetkisiz iş, işlem, eylem, hukuki değildir.⁴⁰ AY m. 6/son hükmü karşısında, kaynağını Anayasa’dan almayan hiçbir kişi, organ ve kurum yetki kullanamaz; Türk hukuk düzeninde, Anayasa m. 6/son hükmünden kaynaklanan bir yetkiye dayanmayan yetkisiz her işlem “yetkisizlikten” yok hükmündedir.⁴¹

Sözgelimi, tutuklama koruma tedbirine başvurulduğunda hukuka uygun bir karar alınarak icrasına başlanmak şartıyla (CMK m. 100), kişinin hürriyeti belirli bir süreliğine tahdit edilmekte, tedbire muhatap kimsenin hareket kabiliyeti

³⁸ ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2014, s. 432.

³⁹ GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 124, Ekin Yayınları Bursa 2008.

⁴⁰ ACAR, Kurucu İktidar Olma Eylemi ile Anayasayı İhlal Suçuna Konu Kalkışma Suçuna Konu Hareketlerinin Farklı Nitelikte Eylemler Olması ve Hukuki Sonuçları (Milli Güvenlik Konseyi Başkanı ve Üyesinin Erksiz/Yetkisiz Yargılanmasına İlişkin Esas Hakkında Savunma) , s. 6 vd.

⁴¹ ACAR, Kurucu İktidar Olma Eylemi ile Anayasayı İhlal Suçuna Konu Kalkışma Suçuna Konu Hareketlerinin Farklı Nitelikte Eylemler Olması ve Hukuki Sonuçları (Milli Güvenlik Konseyi Başkanı ve Üyesinin Erksiz/Yetkisiz Yargılanmasına İlişkin Esas Hakkında Savunma), s. 6 vd.

sınırlandırılmaktadır. Böylece, tedbiri uygulayanlar, kanun emrini (AY m. 19) icra ettiklerinden “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” suçunun faili olmamakta, dolayısıyla AY m. 19’dan kaynaklanan hallerde hukuka uygun⁴² hareket etmiş olmaktadırlar.

İletişimin denetlenmesi koruma tedbirinde ise, kişinin haberleşme hürriyetine, özel hayatının gizliliğine tedbire konu kararın icrasıyla birlikte müdahale edilmekte ve bu koruma tedbiri neticesinde, tedbire başvurulma bütün şartlarını taşıyorsa, elde edilen delil, hukuken elde edilmiş delil niteliği⁴³ kazanmaktadır.

Konumuzu ilgilendiren “iletişimin denetlenmesi” koruma tedbiri ise beşinci bölümde “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” başlığı altında m. 135 ila m. 139 arasında düzenlenmiştir.

Bununla birlikte, CMK m. 135’de anılan koruma tedbiri, bir önleme tedbiri⁴⁴ değildir. Önleme tedbirleri, suçun işlenmesinden önce başvurulabilen; suçun işlenmesinin önlenmesine⁴⁵ konu tedbirlerdir. Önleme tedbirleri neticesinde elde edilen bulgular delil olarak değerlendirilemez; muhakemede hukuka uygun elde edilmiş delil olarak ya da disiplin soruşturmalarında⁴⁶ veya hukuk davasında⁴⁷ da kullanılamazlar.⁴⁸

⁴² **HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku (Özel Hükümler), Ankara 2015, s. 189.

⁴³ “Ender olsa da, bu deliller hüküm vermede doğrudan delil olarak da kullanılabilir” yönündeki görüş için bkz. **YENİSEY/NUHOĞLU**, s. 464.

⁴⁴ “Bu tedbir yoluyla elde edilen bulgular bir ceza kovuşturmasında delil olarak kullanılamaz. Aksi takdirde ceza muhakemesinin şüpheli veya sanığa sağladığı güvenceler tehlike altına girer”, bkz. **CENTEL/ZAFER**, s. 448.

⁴⁵ **CENTEL/ZAFER**, s. 444.

⁴⁶ Disiplin soruşturmalarında bu tedbirle elde edilen delillerin kullanılabileceğine dair yasal bir engel olmadığı konusundaki görüş için bkz. **KOÇER**, Kenan: “Telekomünikasyon Aracılığıyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Araçlarla İzleme Ya Da Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma Suretiyle Elde Edilen

Koruma tedbiri olarak CMK m. 135 ila m. 138 arasında düzenlenen bu tedbire, “*bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada*” (CMK m. 135/1) başvurulabilmektedir. Dolayısıyla, ortada artık bir suç şüphesiyle birlikte başlayan bir soruşturmanın yürütülüyor olması⁴⁹ mecburiyeti vardır. Soruşturma evresinin başlayabilmesi için, önce bir suçun işlendiği izlenimini veren halin öğrenilmesi gerekir⁵⁰. Bu haller, ihbar, şikayet⁵¹ veya suçun doğrudan doğruya öğrenilmesidir.⁵² Doktrinde bir görüş, henüz suç izlenimini veren halin açık ve net bir şekilde ortaya çıkmamış olması durumunda burada “ön alan araştırmaları”ndan⁵³ bahsedilmesi gerektiğini söylemektedir.

Soruşturma, Cumhuriyet savcısı tarafından suçun haber alınmasıyla⁵⁴ başlar, şüphenin “yeterli” seviyeye ulaşmasıyla Cumhuriyet savcısı bir iddianame düzenler (CMK m. 170), iddianamenin mahkemeye teslimi ve mahkemece kabul edilmesiyle birlikte (CMK m. 175/1) veya onbeş gün içinde iddianamenin

Sesli Veya Görüntülü Verilerin Disiplin Soruşturmasındaki Kıymeti”, Ceza Hukuku Dergisi, Y. 4. S. 10., Ağustos 2009, s. 5 – 41. Aynı yönde bkz. ÇAKMAK, Seyfullah: “İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbiri Çerçevesinde Elede Edilen Tesadüfi Delillerin Disiplin Soruşturmasında Kullanılması”, Terazi Dergisi Y. 5 S.48, Ağustos 2010, s. 71-87. Bu konu çerçevesinde yaptığımız disiplin ve hukuk davalarında kullanılamayacağına ilişkin açıklamalarımız, adli amaçlı başvuru olan tedbir için de aynen geçerlidir.

⁴⁷ İPEK, Ali İhsan: “Hukuk Yargılaması Açısından İletişimin Denetlenmesi Tedbirine Başvurulabilip Başvurulamayacağı Üzerine Bir Değerlendirme”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 6 S. 64, Aralık 2011, s. 37-42.

⁴⁸CGK 17.5.2011, E. 2011/9-83, K. 2011-95 “... 5397 sayılı Yasa uyarınca önleme amaçlı iletişimin tespiti ve denetlenmesine, ancak suç işlenmesinin ve kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi amacıyla başvurulabilecek ve Önleme amacıyla yapılan iletişimin tespiti ve denetlenmesi sonucunda ulaşılan bulgular da, yasanın öngördüğü amaçlar dışında ve bu arada bir ceza soruşturması veya kovuşturmasında delil olarak da kullanılamayacaktır.” YENİSEY/NUHOĞLU, s. 282.

ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 538

⁴⁹ “Söz konusu tedbire sadece soruşturma aşamasında başvurulabilir.” CMK m. 135/1’de bahsedilen tedbirlere sadece soruşturmada başvurulabileceğini düşünen görüş hakkında bkz. CENTEL/ZAFER, s. 436.

⁵⁰ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 564

⁵¹ Şikayet kurumu hakkında detaylı bilgi için bkz. GÜNGÖR, Devrim: 5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikayet Kurumu, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

⁵² ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 585; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 564

⁵³ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 275

⁵⁴ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 585; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 564., ŞAHİN, Cumhur: Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 30.

iadesine mahkemece karar verilmediği halde (CMK m. 174/3) iddianamenin kabul edilmiş sayılmasıyla birlikte kovuşturma evresine geçilir.

Kanunun “şüpheli veya sanık hakkında” ifadesinden, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine kovuşturma evresinde de başvurulabileceği anlaşılmaktadır.⁵⁵ Şüpheli, soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişiyi (CMK m. 2/1-a), sanık ise kovuşturma başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar suç şüphesi altındaki kişiyi ifade eder (CMK m. 2/1-b). Soruşturma ise kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi (CMK m. 2/1-e), kovuşturma da iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi (CMK m. 2/1-f) ifade etmektedir.

Madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler tedbir süresince gizlidir (CMK m. 135/7). Ancak kovuşturmada gizlilik ortadan kalktığından ve bu tedbire kovuşturma evresinde de başvurulabilmesi mümkün olduğundan bu “gizliliğin” nasıl sağlanacağı sorusu akıllara gelmektedir.⁵⁶ Gerçekten de duruşmaların açık olmasının kural olması (AY m. 141, CMK m. 182/1) ve kovuşturmaya geçmekle artık “gizliliğin” sona ermesi ve müdafinin de “iddianamenin kabul edilmesiyle birlikte” dosya içeriğini ve muhafaza altına alınan delilleri inceleme yetkisinin doğması karşısında (m. 153/4) bu gizliliğin nasıl sağlanacağı merak konusudur.

⁵⁵ Dinleme ve kayıt alma tedbirleriyle ilgili sadece soruşturma aşamasında bu yönde kararın uygulanabileceği hakkındaki görüş için bkz. **CENTEL/ZAFER**, s. 436

⁵⁶ “Söz konusu tedbire kovuşturma evresinde mahkeme tarafından başvurulabileceğini ortaya koymakta ise de kanımızca bu durum yasa koyucunun soruşturma ve kovuşturma kavramlarını 1412 sayılı CMUK dönemindeki anlamlarıyla kullanmış olmasından kaynaklanmaktadır” **CENTEL/ZAFER**, s. 436.

III. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİNİN İLGİLİ OLDUĞU HUKUKİ DEĞERLER

A. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, 1954 yılından beri AİHS'in tarafıdır ve AY m. 90 gereği, iç hukukun parçası haline gelen AİHS'e uygun davranmak zorundadır.⁵⁷

AİHS, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku'nun asli kaynağıdır.⁵⁸

Özel hayat, içinde kişiye ait maddi ve manevi değerleri barındırır ve bu değerlerin bir başkası tarafından bilinmesini ve müdahalesini yasaklar.⁵⁹

Özel hayatın gizliliği, AY m. 20'de üç fıkra olarak düzenlenmiştir. Buna göre *“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Herkes, özel hayatına ve aile hayatının gizliliğine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir”*.

Anılan maddenin ikinci fıkrasında ise hakkın hangi hallerde sınırlanabileceği *“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*

⁵⁷ “AİHS., katıldığı 1954 yılından bu yana, Devletler hukukunun kuralı “Ahde vefa ilkesi” gereğince Türkiye Cumhuriyeti Devletini bağlar. Bugün Devletler hukukunun olmadığını ileri sürenlere fazla itibar edilmemektedir. Ortada bir zorunluluk olmadıkça, söz veren, sözünde durur.”, **HAFIZOĞULLARI**, Zeki: “Türk Ceza Hukukunun Seksen Yılı, Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 538, 30-31 Ekim 2005 Sempozyumu, s. 115. vd.; **HAFIZOĞULLARI**, Zeki: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini Sağlamayan Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Düzenlemeleri Ve Uygulamaları”, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Düzenlemeleri ve Uygulamalarına İlişkin Genel Değerlendirmeler Sempozyumu, Ankara 2009.

⁵⁸ **HAFIZOĞULLARI**, Zeki/**AYGÜN EŞİTLİ**, Ezgi/**KÜÇÜKTAŞDEMİR**, Özgür: “AİHS Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunlarının Zaman Yönünden Sınırı”, BÜHFD, Y. 2015 S. 1, s. 505-519.

⁵⁹ **ŞEN**, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, Ceza Hukuku Dergisi Y. 2 S. 4, Ankara 2007, s. 97-135.

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

Üçüncü ve son fıkra ise, 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı kanunla getirilen değişikliktir. Anılan değişiklik, “kişisel verilere” ilişkin olup “*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*” biçiminde düzenlenmiştir. Kişisel veriler⁶⁰ konusu, konumuzun özelinde olmadığından, ayrıca inceleme konusu yapılmamıştır.

Bir önceki başlıkta ifade edildiği gibi, kaynağını Anayasa’dan ve kanundan almayan müdahaleler, hukuka uygun müdahaleler olmaktan çıkmaktadır.

TCK m. 133’de “kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması”, TCK m. 134’de “özel hayatın gizliliğini ihlal” ve TCK m. 135’de kişisel verilerin kaydedilmesi, TCK m. 136’da “verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” suçları düzenlemiştir. Burada suçların hukuki konusu olan “özel hayatın

⁶⁰ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **KÜZECİ**, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010; **GÜLTEKİN**, Nil Melek: Kişisel Verilerin Ceza Hukuku yönünden korunması (Yüksek lisans tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (2012); **AYDIN**, Sedat Erdem: AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (2014).

gizliliği” Anayasa m. 20’de bir temel hak olarak düzenlenmektedir.⁶¹ Burada düzenlenen suçlarla korunması istenen; bireye, kişiliğini geliştirebilmesi için, diğer bireyler, toplum ve devletin müdahale edemeyeceği serbest alandır.⁶²

İletişimin CMK m. 135 hükmüne uygun olarak kayda alınması hali TCK m. 243’de gösterilen bilişim sistemine girilmesi ve sistemde kalmaya devam edilmesi bakımından, TCK m. 24’de gösterilen hukuka uygunluk nedeni kapsamına girer.⁶³ Dolayısıyla, kanuna uygun olmayan “müdahaleler” şartları varsa, yukarıda anılan suçlara vücut verebilir.

B. HABERLEŞME HÜRRİYETİ

Özel hayatın gizliliği ve korunması, haberleşme hürriyetini içine alan bir kavramdır. Bu alan, devletin veya bir başka üçüncü kişinin müdahalesine karşı korunmaya muhtaçtır.⁶⁴ Özel hayatın gizliliği, kişinin özel hayatını ve değerlerini başkalarının bilmediği ve bilmesini istemediği bununla birlikte başkaları tarafından öğrenildiğinde de kişilik hakkına saldırı niteliği taşıyacağı bir anlamı ifade eder.⁶⁵ Haberleşme hürriyeti, aynı zamanda sır hürriyetini de beraberinde getirmektedir.⁶⁶

⁶¹ AKDAĞ, Hale: “Türk Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması İlkeleri”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan s. 27-49, Ankara 2015.

⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. ZAFER, Hamide: Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, İstanbul 2010; KÜZECİ, Kişisel Verilerin Korunması; Özel hukuk alanında kişisel verilerin korunması için bkz. ÖZDEMİR, Hayrünnisa: Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Ankara 2009; AKDAĞ, “Türk Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması İlkeleri”, s. 27-49.

⁶³ CENTEL/ZAFER, s. 437.

⁶⁴ HAFIZOĞULLARI, Zeki: “İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Hakkının Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 46 S. 1 Y. 1997, s. 1-40.

⁶⁵ ŞEN, Ersan: “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, Ceza Hukuku Dergisi Y. 2 S. 4, Ankara 2007, s. 97-135.

⁶⁶ HAFIZOĞULLARI, “İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Hakkının Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 46 S. 1 Y. 1997, s. 1-40.

Haberleşme, bireylerin bilgi, düşünce, duygu ve tutumlarını ortak semboller aracılığıyla birbirleri arasında değiş-tokuş ettikleri süreci ifade eder.⁶⁷ Haberleşme, her türlü iletişim aracıyla gerçekleştirilebilir.⁶⁸

Haberleşme hürriyeti, AİHS m. 8 ve Anayasa m. 22 ile teminat altına alınmıştır.⁶⁹ AİHS, taraf devletlere gerek posta yoluyla gerek diğer iletişim vasıtalarıyla gerçekleştirilen haberleşme hürriyetine karşı korumanın kanunla getirilmesi gerektiği yönünde yükümlülük getirmektedir.⁷⁰

AİHS m. 8/1’de “*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*” denildikten sonra AİHS m. 8/2’de “*bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzeni korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.*” denilerek bu hakkın hangi şartlar altında sınırlandırılabilirliği belirtilmiştir.

Anayasa m. 22’de “Haberleşme hürriyeti” başlığı altında düzenlenen norm, herkesin haberleşme hürriyetine sahip olduğunu ve haberleşmenin gizli olduğunu ifade ettikten sonra, ikinci fıkrasında bu hakkın “hangi şartlar altında” sınırlandırılabilirliğini yukarıda da ifade ettiğimiz şekliyle düzenlemiştir.

⁶⁷ CENTEL/ZAFER, s. 430.

⁶⁸ ŞEN, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, Ceza Hukuku Dergisi Y. 2 S. 4, Ankara 2007, s. 97-135.

⁶⁹ “Haberleşme hürriyeti ve haberleşmenin gizliliği esası Kanun-u Esasının 1909 değişiklikleriyle kabul edilmiştir”, GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 178.

⁷⁰ YOKUŞ SEVÜK, Handan: “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, TBB Dergisi, Sayı 69, Yıl 2007. S. 97-124.

Anılan hükme göre, haberleşme hürriyetinin sınırlandırılması sadece *milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması* nedenlerinden birine veya birkaçına dayanabilir.

Haberleşme hürriyetine ancak hakim kararıyla karar verilebileceği için, kararı verecek hakimin bağımsız (AY m. 138), teminatlı (AY m. 139) olması; hürriyeti sınırlandırılacak kişi yönünden ise kanuni hakim güvencesinin (AY m. 37) sağlanmış olmasıyla birlikte, yargılamanın aleni olması (AY m. 141), mahkeme kararlarının gerekçeli olması (AY m. 141/2), kanunlara aykırı elde edilen delillerin kullanılamaması (AY m. 38/6), idarenin kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaması (AY m. 38/11) ilkelerinin getirdiği teminatların sağlanması gerekmektedir.⁷¹

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesinde CMK ile görevli kılınan merci, vereceği kararla, kişinin bir başka kişiyle kurmuş olduğu iletişime müdahale etmiş olacağından, AY m. 22’de tanımlanan hakka, şartları tam olduğunda, “hukuka uygun” bir biçimde müdahale etmiş olacaktır. O halde, kanunda gösterilen haller dışında müdahalede bulunulması, hukuka aykırıdır.⁷² Usulüne uygun olarak, yetkili ve görevli yargılama makamı tarafından verilen iletişimin denetlenmesi kararı, Devletin özel hayatın gizli alanına girmesine izin verdiği içindir ki dinlenen kişiyi arayan kişilerin, şüpheli veya sanıkla yaptıkları konuşmalar da hakim kararın

⁷¹ **GÖZLER**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 166.

⁷² Kuşkusuz ki bu yetkinin kaynağı AY m. 6/son hükmüdür. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. **ACAR**, Kurucu İktidar Olma Eylemi ile Anayasayı İhlal Suçuna Konu Kalkışma Suçuna Konu Hareketlerinin Farklı Nitelikte Eylemler Olması ve Hukuki Sonuçları (Milli Güvenlik Konseyi Başkanı ve Üyesinin Erksiz/Yetkisiz Yargılanmasına İlişkin Esas Hakkında Savunma), s. 2 vd.

içinde olduğundan dinlenilmiş ve kayda alınmış olmaktadır.⁷³ Ancak bu müdahale neticesinde dolaylı dinlenen kimse hakkında elde edilen bulguların delil niteliği tartışmalıdır. Bu bahis, ilerleyen bölümlerde ele alınacaktır.

TCK m. 124’de “haberleşmenin engellenmesi” suçu, m. 132’de “haberleşmenin gizliliğini ihlal” suçu düzenlenmiştir. Haberleşmeyi engelleyen veya gizliliğini ihlal eden kimse, şartları varsa burada gösterilen suçlardan sorumlu olacaktır.

Dolayısıyla, müdahale muhakkak “hukuka uygun” olmalıdır. Anayasa m. 13, m. 22, m. 38/6 ve yukarıda saydığımız ilgili diğer normlara aykırı bir müdahalenin varlığı halinde kararın hem kendisi hem de bu kararla birlikte elde edilen “deliller” hukuka aykırı hale gelecektir.⁷⁴

IV. TELEKOMÜNİKASYON KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

Telekomünikasyon, Fransızca kökenli bir sözcük olup, sözlük anlamı itibariyle “*haber, yazı, resim, sembol veya her çeşit bilginin tel, radyo, optik vb. elektromanyetik sistemlerle iletilmesi, bunların yayımı veya alınması, uz iletişim.*” demektir.⁷⁵ Sözcüğün, Fransızca’ya, Yunanca bir ön ek olan “tele” (uzak) ve Latince “communicare” (paylaşmak) sözcüklerinin birleşiminden geçtiği düşünülmektedir.⁷⁶

⁷³ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 464.

⁷⁴ “Bu bağlamda CMK m. 135, TCK m. 132’de tanımlanan suçların hukuka uygunluk nedenini oluşturur” CENTEL/ZAFER, s. 430; ZAFER, Özel Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, s. 133.

⁷⁵ Büyük Türkçe Sözlük (www.tdk.gov.tr) (Erişim tarihi: 3.2.2016)

⁷⁶ DILHAC, Jean-Marie: “From tele-communicare to Telecommunications”, (<http://ethw.org/images/8/8c/Dilhac-2004.pdf>) (Erişim Tarihi: 20.5.2016)

Telekomünikasyon, uzakla iletişimin somutlaşmış halidir. Kronolojik olarak, insanoğlu her zaman bir yere “haber verme” ihtiyacı içinde olmuş, bunu da yaptığı araçlar vasıtasıyla gerçekleştirmiştir.

Önceleri güvercin ve işaret kuleleri⁷⁷ kullanılmaktaydı. İşaret kuleleri düşmanların yaklaştığını haber vermek maksadıyla tepebaşlarına inşa edilmekteydi; böylece birbirini gören diğer tepebaşlarındaki kuleler de bir kulenin işaret almasıyla diğer kulelere işaret vermek için yakılmaktaydı. Öyle ki, seksen yıl savaşlarında, İngiltere’nin güney kıyılarına yaklaşmakta olan dev İspanyol Donanması, İngiliz ordusu tarafından bir süre fark edilmemiş; güney kıyısına dizilen işaret kuleleri vasıtasıyla donanmanın yaklaştığı haber vermede kullanılmış ve Londra bu sayede uyarılmıştır.⁷⁸

1837 yılında ise Wheatstone⁷⁹ ve Cooke⁸⁰ tarafından telgraf icat edilmiş; Kıtalararası ilk telgraf hattı ise 1866’da kurulmuştur. Ardından Alexander Bell tarafından ilk kez sesli iletişime olanak tanıyan telefon icat edilmiştir⁸¹. Bu teknolojik hızı ise radyo ve televizyon takip etmiş; ardından günümüzün en büyük teknolojisi kabul edilen bilgisayar ve internet gelmiştir.

Modern çağ, insanın hayatını kolaylaştırdığı gibi, suçun delillerinin saklanması da kolaylaştırmıştır. Özellikle ondokuzuncu yüzyılda ortaya çıkan telgraf ve devamında telefonla birlikte, bu ve sair telekomünikasyon iletişim

⁷⁷ **SILVERSTEIN**, Adam J.: Postal Systems in the Pre-Modern Islamic World, Cambridge University Press 2007, s. 130 vd.

⁷⁸ (<http://www.historylearningsite.co.uk/tudor-england/the-spanish-armada/>) (Erişim tarihi: 3.2.2016)

⁷⁹ **METZ**, Don: “The Scientific Instruments of Charles Wheatstone and the Blending of Science, Art, and Culture”, Interchange, C. 46, S. 1 Şubat 2015, s. 19-29.

⁸⁰ **COOKE**, William Fothergill: The Electric Telegraph: Was it Invented by Professor Wheatstone?, Londra 1854.

⁸¹ **MATTHEWS**, Will: “When Alexander Graham Bell made the first phone call in 1876, it would have been hard for him to foresee his invention eventually providing employment for more than 100,000 telephonists and telegraph operators”, Estates Gazette., T. 3/11/ 2015, S. 873.

vasıtaları üzerinde denetleme ve delillerin elde edilme⁸² ihtiyacı doğmuştur. Bununla birlikte, telekomünikasyonun üzerindeki denetimin Batı uygarlıklarını siyasi ve hukuki zeminde etkileyeceği Weber tarafından 1911’li yıllarda öngörülmüştür⁸³.

Posta ve telgraf gibi haberleşmeye dair kronolojiyi, Birleşik Krallık özelinde inceleyenler, bu tarihsel gelişim sürecini yedi döneme göre değerlendirmektedirler. Birinci dönemin telgrafın iletişim dünyasına girmesiyle başladığını, ikinci döneminin 1869 ile 1912 arasında artık özel teşebbüslerin de telegraf ve telefon vasıtasıyla iletişim dünyasına girmesiyle devam ettiğini, üçüncü dönemin 1912’de başlayan devletleştirme faaliyetleriyle devam ettiğini *-bu sırada özel telgraf/telefon teşebbüsleri Posta Teşkilatı adı altında devletleştirilmiştir-*, dördüncü dönemin 1969 yılında başladığını ve yine telekomünikasyonun ve mektup iletişiminin “Posta Teşkilatı” çatısında sürekli olarak devam ettiğini, beşinci dönemde postalar ve telekomünikasyonun iki ayrı kola ayrıldığını ve telekomünikasyon hizmetlerinin “British Telecom” olarak yoluna devam ettiğini ve devamında da özelleştirmelerle birlikte bugünkü halini aldığını belirtmektedirler.⁸⁴

Görüldüğü gibi, teknolojinin bu hızla ilerlemesi, haberleşme hürriyeti alanının daralmasına neden olmuş böylece kanun koyucular suç işlenmesinin önlenmesi ve delil elde edilebilmesi açısından bu alana müdahale etme zorunluluğu nedeniyle yasalar yapmaya başlamış, uluslararası hukukta bu alanda sözleşmeler akdedilmeye başlanmıştır.⁸⁵ Ülkemizde telekomünikasyon sektörü, Ulaştırma

⁸² HALL, Clare/SCOTT, Colin/HOOD, Christopher: Telecommunications Regulation, Londra 2000 s. 13; SCHWARZ, Tim/SATOLA, David: Telecommunications Legislation in Transitional and Developing Economies, Washington 2000.

⁸³ GERTH, Hans Heinrich/MILLS, Wright: From Max Weber: Essays in Sociology, s. 213, Newyork 1946, Oxford University Press.

⁸⁴ HALL/SCOTT/HOOD, Telecommunications Regulation, s. 18 vd.

⁸⁵ ŞEN, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, Ceza Hukuku Dergisi Y. 2 S. 4, Ankara 2007, s. 97-135.

Bakanlığı'nın belirlediği politikalar doğrultusunda yapılanmakta olup, ikincil düzenleme, denetleme ve hakemlik ve yetkilendirme gibi görevleri düzenleyici kurum olarak Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu gerçekleştirmektedir.⁸⁶

Netice olarak, hangi vasıta kullanılırsa kullanılsın, uzakla iletişim anlamına gelen “telekomünikasyon”, her türlü yolla iletişimi ifade etmektedir. Nitekim aşağıdaki bölümlerde de gerek Türk hukuk düzeninde bu terimin nasıl tanımlandığı ve anlaşıldığı gerek mukayeseli hukukta nasıl görüldüğü ve anlaşıldığından bahsedilmeye çalışılacaktır. Biz, “telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi” kavramından, CMK özelinde, kısaca “iletişimin denetlenmesi” olarak bahsedeceğiz.

B. TÜRK CEZA HUKUKUNDA

Türk Ceza Hukuku'nda, “telekomünikasyon” kavramına, yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı CMUK'da yer verilmemiştir. Bununla birlikte, 30.7.1999 kabul tarihli 4422 sayılı “Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu”nda bu yönde ilk defa “iletişimin dinlenmesi veya tespiti” başlığı altında ikinci maddede bir tanımlama yapılmıştır. Daha sonra ise anılan kanuna dayanılarak hazırlanan ve yürürlüğe giren “yönetmelikle” iletişimden ne anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir.

Mülga 4422 sayılı kanun m. 2/1'de “... kullandıkları telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya

⁸⁶ Türkiye Telekomünikasyon Sektörü Raporu, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Türkiye Telekomünikasyon Meclisi, Ankara 2009.

sesleri ve diğer nitelikteki bilgileri dinlenebilir veya tespit edilebilir.” ifadesi yer almıştır.

Mülga 4422 sayılı kanuna dayanılarak çıkartılan 26/01/2001 Resmi Gazete tarihli ve 24299 sayılı mülga “4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”te ise “tanımlar” başlığı altında yer alan m. 4’de “İletişim: Telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyaller, yazılar, resimler, görüntü veya sesler ve diğer nitelikteki verilerin nakledilmesini,” ifade eder şeklinde tanımlanmıştı.

Anılan yönetmelik 05/05/2007 tarih ve 26513 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan “4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik”le birlikte⁸⁷ yürürlükten kaldırılmıştır.

Yönetmeliğe kaynaklık eden 4422 sayılı kanun ise, 5320 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu”nun 18. maddesiyle birlikte⁸⁸ yürürlükten kaldırılmıştır.

Türk hukuk düzeninde “telekomünikasyon” artık 5271 sayılı CMK m. 135’in devamı ve kendisinde tanımlanmamış olmasına rağmen bu maddelere dayanılarak

⁸⁷ “MADDE 1 – 9/11/2000 tarihli ve 2000/1820 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.”

⁸⁸ “Yürürlükten kaldırılan kanunlar

MADDE 18.- (1) 1 Nisan 2005 tarihi itibarıyla;

a) 4.4.1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu,

b) 8.6.1936 tarihli ve 3005 sayılı Meşhud Suçların Muhakeme Usulü Kanunu,

c) 7.5.1964 tarihli ve 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun,

d) 30.7.1999 tarihli ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu,

Bütün ek ve değişiklikleriyle birlikte yürürlükten kaldırılmıştır.”

hazırlanan iki ayrı yönetmelikte tanımlanmaktadır. Anılan yönetmeliklere ileride değinilecektir. Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki CMK’da da TCK’da da iletişimin ne olduğuna yönelik bir tanım bulunmamaktadır.

1. MÜLGA 1412 SAYILI CEZA MUHAKEMLERİ USULU KANUNU

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte⁸⁹ 4.4.1929 tarihli ve 1412 sayılı CMUK yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla birlikte, 5320 sayılı ve 23/3/2005 kabul tarihli “Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunu” m. 2’ye göre artık CMUK’a yapılan yollamalar⁹⁰ CMK’ya yapılmış sayılacaktır.⁹¹

Mülga CMUK’da mevcut CMK m. 135’de düzenlendiği gibi bir “iletişimin denetlenmesi” koruma tedbiri düzenlenmemiştir. Bununla birlikte doğan ihtiyaçlar ve teknolojik gelişmeler karşısında “telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi” ihtiyacı doğmuş, 1412 sayılı CMUK’un m. 91 ve m. 92’de düzenlenen hükümleri kıyasen uygulanmıştır⁹². 1.8.1999’da Resmi Gazete’de yayınlanan 30.7.1999 kabul tarihli ve 4422 sayılı “Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu” yürürlüğe girmekle birlikte iletişimin denetlenmesine geçilmiştir.

⁸⁹ 5320 sk. “Madde 1- (1) Bu Kanunun amacı, 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun yürürlüğe konulmasına ve uygulanmasına ilişkin esas ve usûlleri belirlemektir.”

⁹⁰ 5320 sk. Madde 3- (1) Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa yapılan yollamalar, Ceza Muhakemesi Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır.

⁹¹ 5320 sk. Madde 2- (1) “Bu Kanun, diğer kanunlarda, yürürlükten kaldırılan 4.4.1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa yapılan yollamaları, Ceza Muhakemesi Kanununun yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kaldırılan hükümleri ve bu Kanunun uygulanması için diğer kanunlarda yapılan değişiklikleri belirtir ve yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş suçlar hakkında ne şekilde uygulama yapılacağına ve kesinleşmiş cezaların nasıl infaz edileceğine ilişkin bazı usul hükümlerini kapsar.”

⁹² TAŞKIN, Mustafa: “Türk Hukukunda Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Temmuz 2010, Yıl: 1, Sayı: 2, s. 477-506.

Dolayısıyla, 4422 sayılı kanun yürürlüğe girene kadar iletişimin denetlenmesi m. 91 ve m. 92 kıyasen uygulanılarak gerçekleştirilmiştir.⁹³

Anılan düzenleme, mülga 1412 sayılı CMUK m. 91’de düzenlenen “*Maznuna Gönderilen Mektup, Telegraf ve Sair Mersulelerin Zaptı*” başlığı altında yer almaktaydı. Maddede iki fıkra şeklinde düzenlemeye gidilmişti.

Düzenlemenin birinci fıkrası “*maznuna gönderilen mektuplar vesair mersule ve telegrafların posta ve telegrafhanelerde zaptı caizdir*” şeklindeydi. İkinci fıkra ise “*maznun tarafından veya ona hitaben gönderildiği bazı hallerden anlaşılan ve tahkikat noktai nazarından münderecatının ehemmiyeti haiz olduğu tayin edilen mektuplar vesair mersule ve telgrafların dahi bu yerlerde zaptı caizdir.*” ifade olunmak suretiyle kişiye gönderilenin dışında aynı zamanda kendisinin de gönderdiği hallerde ve içeriğinin önem arz etmesi halinde posta ve telegrafhaneler dışında da elkonulabileceği düzenlenmekteydi.

Düzenlemeler görüldüğü üzere “uzakla iletişimin” sesli veya görüntülü olarak gerçekleştirilmesi halinde değil, yazılı ve mekanik olarak posta yoluyla iletişim halinde hukuka aykırı gördüğü noktalarda “el koyulabileceğini” hüküm altında almaktaydı. Bu norm, teknolojik gelişmeler karşısında “telekomünikasyon yoluyla” kurulan iletişimin de kıyas yöntemiyle uygulanmasına sebep vermiş ve sıklıkla da eleştirilmiştir.⁹⁴

⁹³ “Büyük yanlışları içeren söz konusu kanun, yürürlükte bulunduğu süre içinde, maalesef, birçok kişinin, giderilmesi imkânsız zararına neden olmuştur.” HAFIZOĞULLARI, Zeki/KURŞUN, Günel: “Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk” (www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/orgutlu.doc) (Erişim Tarihi: 1.4.2015)

⁹⁴ Yargıtay CGK, 21. 6. 2011, K. 2011-13: “Ülkemizde 1412 sayılı CYUY’nın yürürlükte olduğu 1999 öncesi dönemde iletişimin denetlenmesi konusunda herhangi bir düzenleyici kural öngörülmemiştir. Uygulamada CYUY’nın 91. maddesinde yer alan, sanığa gönderilen mektuplar ve sair mersulenin zapt edilebileceğine ilişkin kuralın kıyasen uygulanması suretiyle haberleşmeler denetlenmiş ise de bu tür

2. 5271 SAYILI CEZA MUHALEMESİ KANUNU

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Beşinci Bölümü'nde “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” başlığı altında düzenlenen bu koruma tedbiri, Resmi Gazete’de yayınlanmasından itibaren 2005 yılında 5353 sayılı kanunla, daha sonra 2014 yılında 6526 sayılı kanunla ve yine 2014 yılında 6572 sayılı kanunla tam üç kez değişikliğe uğramıştır. Muhakeme hukukunun yenilenmesi, uygulama çarpıklıklarının giderilmesi, uluslararası mevzuatla uyumlu olunması elbette uygun karşılanabilir⁹⁵; bu nedenler dışındaki değişikliklerin faydası ve uygulamaya katkısı ise elbette tartışmaya açıktır.

Anılan düzenlemelerin ve değişikliklerin hiçbirinde “iletişimin” veya “telekomünikasyonun” ne olduğundan bahsedilmemiş, kanunun tanımlar başlığı altında da buna değinilmemiştir. Normal posta veya kargo yoluyla yapılan haberleşme ile bir karışıklığa yol açmamak bakımından kanunumuzda “iletişim” kavramına yer verilmiş, başlığında ise “telekomünikasyon” ifadesi kullanılarak; telekomünikasyon dışındaki haberleşme bu kavramın kapsamı dışında tutulmuştur.⁹⁶

Hükümet tasarısı gerekçesinde⁹⁷ “*AIHS ve AIHM kararlarına uygun genel bir düzenlemeye*” ihtiyaç duyulduğu için böyle bir düzenleme yapıldığı, böylece usul hukukundaki bu boşluğun bu düzenlemeyle doldurulduğu ifade olunmuştur.

kanıt derlemeleri özellikle öğretilerde yoğun eleştirilere konu edilmiştir.” karar için bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, s. 440 vd.

⁹⁵ HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Ceza Muhakemeleri Usulu Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine”, AÜHFD, Y. 1993 C. 43 S. 1 s. 37-47.

⁹⁶ ÜNVER/HAKERİ, s. 433.; “Posta hizmeti veren resmi veya özel kuruluşlardaki her türlü gönderinin elde edilmesi ve içeriğinin öğrenilmesi postada el koyma hükümlerine tabidir.” KAYMAZ, Seydi: İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2009, s. 137 vd.

⁹⁷ “Madde 107 - Telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşmeye girme, mevzuatımızda sadece 30/7/1999 tarihli ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununda belirli örgütlü suçlar için düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve Avrupa İnsan Hakları

Yine tasarı gerekçesinde, özellikle “uyuşturucu madde trafiği” örneğinden bahsedilerek⁹⁸, faillere ulaşmanın modern dünyada zorluğu karşısında iletişimin denetlenmesi suretiyle bu kolaylığın sağlanabileceği belirtilmiştir.

2.1. 5353 SAYILI KANUNLA GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

Resmi Gazete’de 25673 sayı 17.12.2004 tarihli 5271 sayılı CMK’un ilk metinde, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbir türleri ilk fıkrada bir arada sayılmış, mobil telefonun yerinin tespiti ise dördüncü fıkra da ayrıca düzenlenmişti. Bununla birlikte, şu anda olduğu gibi sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi türünde bir tedbire yer verilmemişti.

5353 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra, tedbire hem soruşturmada hem de kovuşturma evresinde başvurulabilmesi zaten ilk metindeki düzenlemeden beri mümkün olduğundan, şüpheli ile tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasında iletişimin denetlenemeyeceğine dair düzenlemeye “sanık” ibaresi eklenmiş, birinci fıkrasında sayılan tedbir türlerinin yanı sıra “sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi” adı altında bir tedbir türü daha getirilmiştir.

Daha sonraları doktrinde çokça tartışmalar yaratan “örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda” artık sürelerin gerekli görülmesi halinde bir aydan fazla olmak üzere müteaddit defalar uzatılabileceği hükmü eklenmiştir. Katalog,

Mahkemesinin kararlarına uygun genel bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır. Tasarı 107 ilâ 111 inci maddeler ile Türk usul hukukundaki bu önemli boşluğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına uygun olarak doldurmaktadır.”

⁹⁸ “Madde 107 - ... Ancak burada, çok açık olan ve örneğin uyuşturucu madde trafiğinde olduğu gibi başka suretle delilini bulmak olanağının çok az olduğu suçları ve faillerini meydana çıkarmak gibi önemli toplumsal yarar ile haberleşme özgürlüğü, özel hayatın dokunulmazlığı gibi temel insan haklarına saygının çatıştığı açık olduğundan, Batı ülkeleri bu konuyu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarına uygun biçimde düzenlemişlerdir. Bunun tipik örneğini Fransız Ceza Usulü Kanununun 100 ilâ 100-7 nci maddeleri oluşturmaktadır. Tasarının 107 ilâ 111 inci maddeleri kaleme alınırken sözü edilen mevzuattan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarından esinlenilmiştir.”

“fuhuş” suçunu (TCK m. 227/3) ve Bankalar Kanunu m. 22/3 ve m. 22/4’ü de içine alacak şekilde genişletilmiştir. Ayrıca, mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin dördüncü fıkra düzenlenirken tespiti konu mobil iletişim cihazın “kullanılan” ve “kullanmakta olduğu” ifadeleri madde metninden çıkarılmıştır.

Değişikliğe konu gerekçede “sinyal bilgilerinin değerlendirilebileceğine” ilişkin hükmün maddeye neden eklendiği, bundan ne anlaşılması gerektiği ne yazık ki ifade edilmemiş; ilerideki bölümlerde de değinileceği üzere Yargıtay’ın da, ilk derece mahkemelerinin de Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı’nın da bu tedbirden ne anlaşılması gerektiği konusunda bir kavram ve uygulama karmaşası⁹⁹ doğmasına sebebiyet verilmiştir.

Örgütlü suçlarda neden sürenin müteaddit defalar uzatılmasına ilişkin hükmün getirildiği, anılan kanunun “gerekçesi”nde izah edilmemiştir.

Mobil telefonun yerinin tespit edilebilmesine ilişkin düzenlemeden “kullanmakta olduğu” ve “kullanılan” ifadelerinin metinden çıkarılması gerekçede *“şüpheli veya sanığa ulaşılabilmesini sağlayabilecek olan, diğer kişilerin mobil telefonunun yerinin tespiti imkanı getirilmiştir.”* şeklinde açıklanmıştır. Buna göre artık şüpheli veya sanığa ulaşabilmek amacıyla şüpheli veya sanığın bir başkasının mobil telefonunu kullanması ihtimali göz önüne alınarak tedbirin etkinliği arttırılmak istendiğini söylemekte bir sakınca görünmemektedir.

Katalog suçların genişletilmesinin nedeni ise, gerekçede, *“fuhuş amacıyla ülkeye insan sokma veya insanların ülke dışına çıkmasını sağlama fiilleri de, 135. maddenin uygulama alanına dahil edilmiştir.”* olarak ifade edilmiştir.

⁹⁹ “CMK m. 135’de kullanılan teknik terimler birbirinin içine geçmiş ve bir hukukçu için açık ve seçik olarak tanımlanmamış kavramlar olarak ortaya çıkmaktadır” YENİSEY/NUHOĞLU, s. 445.

2.2. 6526 SAYILI KANUNLA GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

6526 sayılı “Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”la, adından da anlaşılabilceği gibi, pek çok kanunda değişiklik yapılması öngörölmüştür.

Bunlardan CMK m. 135’i ilgilendiren değişiklikte ise, bir önceki değişiklikle getirilen süre sınırı yeniden düzenlenmiştir. Özellikle birinci fıkrada sayılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin tedbir kararlarında verilebilecek tedbir kararına ilişkin en fazla süre sınırı olan üç ay ifadesi iki aya düşürölmüş, bu sürenin bir defa uzatılabileceğine ilişkin ifade ise “bir ay” şeklinde sınırlandırılmıştır. En önemlisi ile uygulamada ve doktrinde sıklıkla eleştirilen bir aydan fazla olmamak üzere müteaddit defalar uzatmaya imkan verip tedbirin sınırsız bir biçimde uygulanmasına imkan veren ifade yine her defasında bir ayı geçmemek üzere ama en fazla altı ay olarak verilebilmesini öngöreceğ şekilde düzenlenmiştir.

Yapılan düzenlemeyle tedbire başvurulabilmesi açısından kanun koyucunun aradığı iki şarttan biri olan “suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı” artık “suç işlendiğine dair somut delillere dayanan şüphe sebeplerinin varlığı” şeklinde değiştirilmiştir. Değişiklikle birlikte “kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı” ile “somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin” varlığı arasında ne gibi teorik ve pratik farklar olduğı tartışması gündeme gelmiştir. İleride bu konuya değinilecektir.

En önemli değişikliklerden bir diğeri kararı vermeye yetkili makamın artık ağır ceza mahkemelerine verilmesi ve verilecek kararın da artık “oybirliği” şartına

bağlanmış olması; itiraz üzerine verilecek kararlarda da ağır ceza mahkemesinin yine oybirliği şartının aranmış olmasıdır.

En önemli üçüncü değişiklik ise katalog suç kapsamında olan ve m. 135/6-a'da yer alan sekiz numaralı alt bendi yürürlükten kaldırılmasıdır. Anılan düzenleme, TCK m. 220'de düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna (ikinci, yedinci ve sekizinci fıkraları hariç olmak üzere) ilişkindir. Böylece artık örgütlü suçluluk bakımından yukarıda belirtilen şartlar altında bu tedbire başvurma imkanı görünmemektedir. Bilindiği üzere uygulamada pek çok tedbir kararı bu norma dayanılarak verilmekteydi.¹⁰⁰

Ayrıca, katalog suç kapsamı TCK m. 142'de düzenlenen “nitelikli hırsızlık” ve TCK m. 148 ve TCK m. 149'da düzenlenen “yağma” suçunu da içine alacak şekilde genişletilmiştir.

Değişiklikle birlikte yeni bir fıkra eklenmiş, bu fıkra tedbir kararı verilmesinin şekli hususuna ilişkin “hat veya iletişim aracı” sahibi ve ayrıca

¹⁰⁰ Yargıtay 2. CD 21.12.2015, E. 2014/16461, K. 2015/23643: “İncelenen dosyada; sanıklar hakkında Konya Cumhuriyet Başsavcılığınca örgüt kurma suçundan yapılan soruşturmada, Konya Sulh Ceza Mahkemesince sanıklar hakkında iletişimin tespiti karar verildiği, sanıkların, **katalog kapsamındaki suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan haklarında iletişimin denetlenmesi kararı uygulanması sırasında sanıkların hırsızlık suçunu işledikleri kabul edilerek mahkumiyetlerine hükmolunmuş ise de, yukarıda yapılan açıklamalar karşısında, suç tarihi itibarıyla hırsızlık suçunun 5271 sayılı CMK'nın 135/8. maddesi kapsamında bulunmaması nedeniyle anılan dinleme kayıtlarının aynı Kanun'un 138/2. maddesi gereğince bu suçun delili olarak kullanılamayacağı, kaldı ki görüşmelerin sanık H. E. ile temyiz dışı sanık Ş. E. ve evrakı tefrik edilen Ö. E. arasında geçtiği, yine görüşmelerde sanık Hakkı'nın hayvanları almaya çalışırken bir bayanın silahla/çifteyle tüm köyü ayağa kaldırdığını belirttiği, ancak müştekinin alınan ifadesinde bu olaylardan bahsetmediği gibi, hayvanlarının bulunduğu ahırın kapısının tahta olması nedeniyle bu tahta kapıyı zorlayıp çıkmış olabileceklerini düşündüğünü; yargılama aşamasında da suç faillerini görmediğini beyan ettiği; her ne kadar M. G.'in soruşturma aşamasında alınan beyanında, hayvan çalarken hayvan sahibi kadının elinde tüfekte kendilerini görünce hayvanları çalamadan kaçtıklarını beyan etmiş ise de hemen öncesinde, M. ile birlikte Kulu'ya geldiğini ... kardeşler ile buluştuğunu, kendisine burada beklemesini bir yere gidip geleceklerini beyan ederek M. Ş. ve H.'nin birlikte gittiklerini beyan ettiğinin anlaşılması karşısında; sanıkların atılı suçları işlemedikleri yönündeki savunmalarının aksine başkaca delil de bulunmadığı gözetilmeden, yazılı şekilde mahkumiyetlerine hükmolunması,”**

biliniyorsa bunun kullanıcısını gösterir belge veya rapor eklenmesi şartı getirilmiştir. Yine bu husus, tedbirin uygulanabilmesi bakımından bir imkânsızlığa elverip vermediği konusunda doktrinde yeni bir tartışma başlatmıştır. Bununla birlikte, mobil telefonun yerinin tespitinde bir önceki 5353 sayılı kanunla getirilen değişiklikte “kullanan” veya “kullanmakta olduğu” ifadesinin madde metninden çıkarıldığını ve gerekçesinde de “şüpheli veya sanığın” bir başkasının da mobil iletişim cihazını kullanabileceği tehlikesini bertaraf etme amaçlı düzenleme yaptığını hatırlatmakta fayda görüyoruz. Böylelikle her ne kadar koruma tedbirinin bir başka ve sadece şüpheli veya sanığı “yakalamaya” yönelik bir görünüşü olan fıkra da değişiklik yapılması gerekçesi olsa da, daha sonra yapılan değişikliğin kanun koyucunun iradesinde bir çelişki yarattığını söylemek mümkün görünmektedir. Gerçekten de şüpheli veya sanığı yakalayabilmek amacıyla, kendisine ait olandan başka bir mobil iletişim cihazını kullanabilme olasılığı karşısında değişikliğe giden kanun koyucunun bir sonraki değişikliğinde bu fıkraya dokunmadan ama birinci fıkradaki tedbirlere ilişkin olarak yaptığı değişiklikte neden kullanıcıyı gösterir belgeyi ekleme şartı aradığı düşünüldüğünde bir çelişki olduğunu söylemek mümkündür.

Tedbirin uygulanma usulüne ilişkin en önemli değişiklik olan, artık tek hakimın karar vermesi yerine, heyet halinde çalışan ağır ceza mahkemesince “oybirliği” şartıyla karar verilebilmesi konusunda gerekçe olarak “kişi hürriyeti ve güvenliği”, “özel hayatın gizliliği”, “haberleşme hürriyeti” gibi temel hak ve özgürlüklerin daha güvenceli hale getirildiği söylenmektedir.

Değişiklik gerekçelerinde¹⁰¹, birinci fıkraya neden “somut delillere dayanan” ifadesinin getirildiği açıklanırken koruma tedbirleri bakımından kanunun kendi içinde öngördüğü sisteme paralellik sağlamanın amaçlandığı belirtilmiştir. Kanunun sistematığına bakıldığında, kuvvetli şüphe sebebi konusunda bile birbirine yakın olabilecek birden fazla türde düzenleme olduğu görülmekte, bu da kanun koyucunun “paralellik sağlama” iddiasını tartışmaya açmaktadır. Öyle ki 5271 sayılı CMK’da Dördüncü Kısım’da “Koruma Tedbirleri” başlığı altında CMK m. 100’de düzenlenen tutuklama koruma tedbirinde “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin”¹⁰², yine aynı kısımda dördüncü bölümde düzenlenen “Arama ve Elkoyma” başlığı altında CMK m. 116’da düzenlenen şüpheli veya sanıkla ilgili aramada “makul şüphe”¹⁰³, CMK m. 128’de düzenlenen “taşınmazlara, hak ve alacaklar elkoyma” ve CMK m.134’de “bilgisayar ve bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma”, CMK m. 139’da düzenlenen “gizli soruşturmacı görevlendirilmesi” CMK m. 140’da düzenlenen “teknik araçlarla izleme” düzenlenen konuda ise “somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi”, CMK m. 133’de “şirket yönetimi için kayyum tayini”nde ise “kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı”nı aradığı görülecektir. Belirtmek gerekir ki, CMK m. 140 özelinde neden “kuvvetli şüphe” ifadesinden “somut delillere dayanan kuvvetli şüphe” ifadesine geçildiğini açıklarken “kararın verilebilmesi için ‘daha’ somut bir

¹⁰¹ “Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu Maddesi Uyarınca Kurulan Ağır Ceza Mahkemelerinin Kaldırılmasına ve Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Gerekçesi”, (<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-1981.pdf>), Erişim Tarihi: (6.5.2016)

¹⁰² 6526 sayılı değişikliktten evvel, “somut deliller” ifadesi “olgular” şeklinde düzenlenmekteydi.

¹⁰³ Bir yıl içinde tam iki kere değişikliğe gidilmiş, önce makul şüpheden aranırken 6526 sayılı kanunla “somut delillere dayanan kuvvetli” ifadesi getirilmiş daha sonra ise yeniden 6572 sayılı kanunla “makul” şüpheye dönülmüştür. 6572 sayılı kanunun gerekçesinde değişiklik nedeni “somut delillere dayanan kuvvetli şüphe” ibaresinin uygulamada çıkardığı güçlükler yanında kurumun amacını ve işlerliğini zayıflatması nedeniyle “makul şüphe” olarak değiştirildiği şeklinde açıklanmıştır. (<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-2397.pdf>) (Erişim Tarihi: 6 Mayıs 2016)

gerekçe' getirilmesinin amaçlandığını belirtmektedir. Bu ifade, bir anlamda, neden CMK m. 135 özelinde de bu değişikliğe gidildiğini anlaşılr kılabilir.

Eklenen ikinci fıkrayla, hakkında birinci fıkrada sayılan tedbir kararının verildiği kimse hakkında “kişinin kullandığı telefon hattı” veya “iletişim bağlantısının tespitine imkan veren kodu taşıyan cihazın sahibinin gösterir belge”nin talep yazısına eklenmesi zorunluluğunun getirilmesi gerekçesi için mahkemenin veya talepte bulunan Cumhuriyet savcısının ve savcıya konuyu ileten kolluğun tedbirin uygulaması bakımından “daha titiz bir araştırma yapması” amaçlandığı belirtilmiştir. Buna göre gerekçenin devamında “suçla ilgisi olmayan başka kişilerin iletişiminin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasının önüne geçileceğinin amaçlandığı” söylenmektedir.¹⁰⁴ Görüldüğü gibi mobil telefonun yerinin tespitinden veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinden bahsedilmemesi ise çelişkili bir hal yaratmaktadır.

Süreler konusunda yapılan değişikliğin gerekçesinde ise, ilk tedbire konu kararın süresinin üç aydan iki aya indirildiği, temel süreye ek olarak üç aylığına uzatma imkanı getiren hükmün de bir ayla sınırlandırılması ve toplam altı aylık sürenin üç aya indirilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili müteaddit defalar uzatmaya imkan veren düzenlemenin de artık nihayete erdiği ve bu suçla ilgili de olsa en fazla “altı ayla” sınırlandırılmasının amaçlandığı belirtilmiştir. Gerekçede Anayasa'nın özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetine ilişkin normuna atıf yapılmasa da “kişi temel hak ve özgürlüklerinden olan özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyeti kapsamında özgürlükler” ifadesinden Anayasa'ya bir gönderme olduğunu, devamında yer alan

¹⁰⁴ “Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu Maddesi Uyarınca Kurulan Ağır Ceza Mahkemelerinin Kaldırılmasına ve Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Gerekçesi”, (<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-1981.pdf>), Erişim Tarihi: (6.5.2016)

“suçlulukla mücadele”yle bu hürriyetlerin arasında “orantı” olması için azami süre getirildiği ifadesinden kanun koyucunun Anayasal norma dayanarak bu değişikliğe gittiğini düşünmekte bir engel olmadığına inanmaktayız.

Katalog suçlardan sayılan TCK m. 220/6’da düzenlenen normun artık katalog suçların kapsamı dışına alınması, gerekçede, “bazı soruşturmalarda sırf bu tedbirin uygulanabilmesi için soruşturmanın suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu kapsamında başlatılıp yürütülmesi uygulamasının önün geçilmesi” olarak ifade edilmiştir. Kanun koyucu, böylece, TCK m. 220’e dayanarak soruşturma makamlarının bu tedbir kararı almaya ilişkin taleplerinin bir anlamda “hukuku dolanmak” olduğunu tespit etmiştir.

2.3. 6572 SAYILI KANUNLA GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

6572 sayılı ve 2/12/2014 kabul tarihli “Hâkimler Ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un getirdiği değişiklikle birlikte, maddenin ilk fıkrasında sayılan dört tedbirden biri olan “iletişimin tespiti” birinci fıkradan çıkarılarak ayrı bir fıkroda düzenlenmiştir. Gerekçede¹⁰⁵ bu değişikliğe gidilmesine sebep olarak iletişimin tespiti koruma tedbirinin, ayrı bir fıkroda düzenlendiği ve bu kararların ağır ceza mahkemeleri yerine sulh ceza hakimliklerinden veya yargılama yapan mahkemelerce alınabilmesini sağlamak olduğu belirtilmiştir. Yeni düzenlemeyle birlikte, iletişimin tespitinin soruşturmada hakim ve kovuşturmada mahkeme kararına dayanılarak yapılacağı; kararda suç türünün, tedbire konu kişinin kimliğinin, iletişim aracının türünün ve telefonun numarasının veya iletişim bağlantısını tespiti imkan veren

¹⁰⁵ (<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-2397.pdf>), Erişim Tarihi: (6.5.2016)

kodun ve tespit süresinin ne kadar olacağının belirtileceği artık anılan maddenin 6. fıkrasında düzenlenmiş olmaktadır. Böylece bir önceki düzenlemeden farklı olarak artık iletişimin tespiti, iletişimin denetlenmesine konu dört tedbirin düzenlendiği birinci fıkradan çıkarılmış ve yeni bir fıkraya alınarak kararın alınması usulü daha güvenceli olduğu düşünülen ve gerekçelerde de belirtilen ağır ceza mahkemelerinin alanından çıkarılmıştır.

Bu değişiklikle birlikte katalog suçların kapsamı genişletilmiş; TCK m. 302’de düzenlenen “Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak” suçu ile TCK m. 309’de düzenlenen “Anayasayı ihlal”, m. 311’ de düzenlenen “Yasama organına karşı suç”, m. 312’de düzenlenen “Hükümete karşı suç”¹⁰⁶, m. 313’de düzenlenen “Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine karşı silahlı isyan”, m. 314’de düzenlenen “Silahlı Örgüt”, m. 315’de düzenlenen “Silah sağlama”, m. 316’da düzenlenen “Suç için anlaşma” suçları da birinci fıkra da sayılan tedbirlere konu suçlar kapsamına alınmıştır. TCK m. 310’da düzenlenen “Cumhurbaşkanına fiili saldırı” suçu ise düzenleme kapsamına alınmamıştır. Kanun koyucunun “Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar” olarak TCK’nın 309 ila 316. Maddeleri arasında düzenlenen suçları katalog içine alıp m. 310’daki Cumhurbaşkanına fiili saldırı suçunun neden katalog kapsamına almadığı ise gerekçede açıklanmamıştır. Anılan maddelere ilişkin katalog suçların kapsamının genişletilmesi hususu ise kanun teklifi gerekçesinde “maddede sayılan katalog suçlar listesi yeniden düzenlenmektedir” şeklinde açıklanmıştır.

2.4. MEVCUT DÜZENLEME VE İLK DÜZENLEME ARASINDAKİ TEMEL FARKLILIKLAR

¹⁰⁶ Doktrinde “kalkışma suçları” olarak da anılan bu suçlar için detaylı bilgi için bkz. **AYGÜN EŞİTLİ**, Ezgi: Kalkışma Suçları, Ankara 2016.

25673 sayı ve 17.12.2014 tarihiyle resmi gazetede yayınlanıp yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihinden beri **onbir yılda tam on altı kez** değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerden yukarıda da bahsedildiği gibi üçü sadece CMK m. 135’le ilgilidir.¹⁰⁷ Bunlar 5353 sayılı kanunla getirilen değişiklikle ardından 6526 sayılı değişiklik ve nihayetinde şu anki yürürlükte olduğu hale şeklini veren 6572 sayılı değişikliklerdir.

5271 sayılı kanun ilk yayımlandığında, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” koruma tedbiri CMK m. 135’de yedi fıkra olarak

¹⁰⁷ Kanunun ilk yayım tarihi ve takip eden değişiklikler Resmi Gazete’de yayımlandığı tarih ve sırası itibarıyla şu şekildedir;

- 1- Resmi Gazete Tarihi: 17.12.2004 Resmi Gazete Sayısı: 25673 (4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Kanunun ilk hali)
- 2- Resmi Gazete Tarihi: 01.06.2005 Resmi Gazete Sayısı: 25832 (25/5/2005 tarihli ve 5353 sayılı Kanun ile değişen hali)
- 3- Resmi Gazete Tarihi: 19.12.2006 Resmi Gazete Sayısı: 26381 (6/12/2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanunla değişen hali)
- 4- Resmi Gazete Tarihi: 08.02.2008 Resmi Gazete Sayısı: 26781 (23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanunla değişen hali)
- 5- Resmi Gazete Tarihi: 06.08.2008 Resmi Gazete Sayısı: 26959 (24/7/2008 tarihli ve 5793 sayılı Kanununla değişen Hali)
- 6- Resmi Gazete Tarihi: 25.07.2010 Resmi Gazete Sayısı: 27652 (22/7/2010 tarihli ve 6008 sayılı Kanunla değişen hali)
- 7- Resmi Gazete Tarihi: 30.12.2010 Resmi Gazete Sayısı: 27801 (Anayasa Mahkemesinin 21/1/2010 tarihli ve E.: 2009/52, K.: 2010/16 sayılı Kararı ile değişen hali)
- 8- Resmi Gazete Tarihi: 14.04.2011 Resmi Gazete Sayısı: 27905 (31/3/2011 tarihli ve 6217 sayılı Kanunla değişen hali)
- 9- Resmi Gazete Tarihi: 26.08.2011 Resmi Gazete Sayısı: 28037 (8/8/2011 tarihli ve 650 sayılı KHK ile değişen hali)
- 10- Resmi Gazete Tarihi: 05.07.2012 Resmi Gazete Sayısı: 28344 (6352 sayılı Kanun ile değişen hali)
- 11- Resmi Gazete Tarihi: 31.01.2013 Resmi Gazete Sayısı: 28545 (6411 sayılı Kanun ile değişen hali)
- 12- Resmi Gazete Tarihi: 30.04.2013 Resmi Gazete Sayısı: 28633 (6459 sayılı Kanun ile değişen hali)
- 13- Resmi Gazete Tarihi: 01.01.2013 Resmi Gazete Sayısı: 28515 (Anayasa Mahkemesi’nin 18/7/2012 tarihli ve E.: 2011/113 K.: 2012/108 sayılı Kararı ile değişen hali)
- 14- Resmi Gazete Tarihi: 07.07.2013 Resmi Gazete Sayısı: 28700 (6494 sayılı Kanun ile değişen hali)
- 15- Resmi Gazete Tarihi: 06.03.2014 Resmi Gazete Sayısı: 28933 (6526 sayılı Kanun ile değişen hali)
- 16- Resmi Gazete Tarihi: 28.06.2014 Resmi Gazete Sayısı: 29044 (6545 sayılı Kanun ile değişen hali)
- 17- Resmi Gazete Tarihi: 12 Aralık 2014 Resmi Gazete Sayısı: 29203 (6572 sayılı Kanun ile değişen hali)

düzenlenmişti. Mevcut yürürlükteki düzenlemede, bu tedbir şu an sekiz ayrı fıkra halinde düzenlenmiştir. Yürürlükteki metinle kanun koyucunun ilk düzenlemesini kıyaslayacak olursak;

1-) En önemli değişiklik, koruma tedbirinin şartlarına ilişkin olmuştur. İlk metinde aranan “... kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ...” şartı iken, yeni düzenlemede şüphenin somut delillere dayanması gerektiği şartı “... somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ...” biçiminde hükme bağlanmıştır.

2-) İlk düzenlemede, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi adı altında bir koruma tedbiri türü yokken, son düzenlemede, bu yeni tedbir türü yer almaktadır. Bu tedbir türüne karar vermek için de ağır ceza mahkemesinin oybirliği ile karar vermesi şartı aranmaktadır.

3-) İlk düzenlemede, “iletişimin tespiti” tedbir türü; iletişimin kayda alınması, iletişimin dinlenmesi adıyla alınan diğer iki tedbirle aynı kategoride birinci fıkra da yer almaktaydı. Şu an ise altıncı fıkraya alınmış; ilk düzenlemede bütün bu koruma tedbirinin üç türüne başvuruda yargıç/mahkeme kararı aranmaktayken artık sadece iletişimin kayda alınması, dinlenmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi konusunda ağır ceza mahkemesinin oybirliği ile alınacak kararı aranmaya başlanmıştır. Böylece ilk fıkradaki tedbirlere sadece katalog suçlar bakımından başvurulabildiğinden dolayısıdır ki, doğal sonucu olarak iletişimin tespiti tedbirine katalog suçlar bakımından değil bütün suçlar bakımından başvurulabilir hale gelmiştir. Gerçekten de kanun koyucu yürürlükte olan CMK m. 135/8’de bu durumu “bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak

uygulanabilir” diyerek hükme bağlamıştır. İletişimin tespiti; dinleme, kayda alma veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinden farklı olarak altıncı fıkra düzenlenmiştir. Konuya ilişkin tartışmalara ilerleyen bölümlerde değinilecektir.

4-) İlk düzenlemede, tedbir kararı verilirken aranan “yüklenen suçun türü”, “hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği”, “iletişim aracının türü”, “telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkan veren kodu”, “tedbirin türü, kapsamı ve süresi” hususları yeterli görülürken; yürürlükteki düzenlemeye göre bunların yanında talep istemine (sadece ilk üç tedbirden olan) “iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ya da sinyal bilgilerinin denetlenmesi” kararı verilirken ayrıca “tedbir kararı verilecek hattın veya iletişim aracının sahibini ve biliniyorsa kullanıcıyı gösterir belge veya rapor” eklenecektir.

5-) İlk düzenlemede ayrı bir fıkra sayılan ve sadece şüpheli veya sanığın yakalanmasına ilişkin olarak kullanmakta olduğu mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinde ise “kullanmakta olduğu” telefona ilişkin kısıt kaldırılmış, kendisine ya da kime ait olursa olsun o mobil telefona ilişkin tedbirin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Süre sınırı ise üç aydan iki aya düşürülmüştür.

6-) Katalog suçların kapsamı yukarıda sayılan hususlarla birlikte değiştirilmiştir.

7-) Maddede belirtilen esaslar ve usuller dışında kimsenin iletişimin denetlenemeyeceği hükmü, kararların yerine getirilmesini ve iletişim içeriklerinin yok edilmesini düzenleyen (CMK m. 137) ve tesadüfen elde edilen delilleri düzenleyen madde hükmü ise yapı itibarıyla aynen korunmuştur. Tedbirin artık soruşturmada değil hem soruşturmada hem de kovuşturmada başvurulabileceğinden

dolayısıdır ki bağılı maddeler bu şekilde teselsül ettirilmiştir. İlk düzenleme ve yürürlükteki düzenleme arasındaki farklar bu şekilde sıralanabilir.

Sonuç olarak; artık tedbirlerin tümü bir fıkra da bir bütün olarak sayılmak yerine sekiz ayrı fıkra olarak düzenlenmiş ve ilk fıkra da “iletişimin dinlenmesi”, “iletişimin kayda alınması” ve “sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi” bir arada düzenlendikten sonra ilk fıkra uyarınca verilecek tedbir kararları hakkında talepte bulunulurken hangi belge veya raporların yer alacağı belirtilmiş; üçüncü fıkra da kimlerin iletişiminin “kayda alınamayacağı” ve bu durumun tespit edilmesi durumunda ne yapılması gerektiği hususu düzenlemiştir.

Bununla birlikte, birinci fıkra da üç adet sayılan koruma tedbirinden başka, dördüncü fıkra da birinci fıkra ya göre verilen kararın “hangi unsurları” içereceği düzenlenmiş; ne kadar süreyle bu kararın verilebileceği belirtilmiş ve süre uzatımının en fazla ne kadar olabileceği hükme bağlanmıştır.

Beşinci fıkra da ise birinci fıkra da sayılanlardan farklı olarak “şüpheli ve sanığın yakalanabilmesi” şeklinde öngörülen bir “amaca” bağılı olarak ve sadece bu amaçla sınırlı olarak “mobil telefonun yerinin tespiti” ve ilgili kararın süresi ve şartları düzenlenmiştir.

Altıncı fıkra da ise, “iletişimin tespiti” adıyla ilk üç fıkra da ve beşinci fıkra dan tamamen farklı bir koruma tedbiri olan “iletişimin tespiti” ve şartları hüküm altına alınmıştır.

Yedinci fıkrada soruşturmanın tabiatına¹⁰⁸ uygun olarak “gizlilik” hüküm altına alınmıştır. Soruşturmada kural, soruşturmayı ilerleten işlemlerin de gizli gerçekleştirilmesidir. İlerleyen başlıklarda da inceleneceği üzere kaynağını Anayasa’dan ve CMK’dan alan duruşmaların aleniliği ilkesi, yine kaynağını CMK m. 153/4’den alan müdafinin dosya içeriğini ve bütün muhafaza altına alınmış delilleri duruşma hazırlığı devresi de dahil bütün kovuşturmada inceleyebilmesi hükmü karşısında tedbir süresince gerçekleştirilen işlemlerin gizliliğinden nasıl bahsedilebileceği sorusu gündeme gelecektir. Kovuşturma aşamasında duruşmanın kapalı olma şartları veya dosya incelemesine getirilen yasaklar olmadıkça kural olarak alenilik esastır. Nitekim duruşmaların aleni olacağı, bir kısmı veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlak ve kamu güvenliğinin gerektiği hallerde karar verilebileceği Anayasa m. 141’de hüküm altına alınmıştır.

Sekizinci fıkrada ise “hangi suçlar” bakımından dinleme, kayıt altına alma veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine başvurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Burada da kanun koyucu yaptığı değişiklikle TCK m. 220’ye ilişkin ilişkin düzenlemeyi yürürlükten kaldırarak¹⁰⁹ ilk üç fıkradaki koruma tedbirlerinin bu suç katalogdan çıkarılmasıyla uygulanamayacağını işaret etmiş ve muhakeme kanunlarının derhal uygulanırlığı ilkesi karşısında değişiklik meydana getirildikten sonra halen yürümekte olan ve dosya içerisine bir önceki değişikliğe dayanılarak verilmiş olan tedbire ilişkin tutanakların akıbetinin olacağına dair yeni bir tartışmayı başlatmıştır. Bu tartışmaya ilerleyen bölümlerde değinilecektir.

¹⁰⁸ CMK m. 157/1: “Kanunun başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir.”

¹⁰⁹ AKKAŞ, Ahmet Hulusi: “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbirinin Şartlarında 6526 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 6, Sayı 21, s. 467-488.

2.5. 5271 SAYILI CMK'YA DAYANILARAK ÇIKARILAN YÖNETMELİKLER

Adalet Bakanlığı'nın, CMK hükümlerinin açıklanması-yorumlanması-uygulanması alanında düzenleyici işlem yapma yetkisi yoktur.¹¹⁰ Böyle olunca, CMK'ya dayanılarak çıkarılan ve CMK m. 135 özelinde düzenlemeler getiren yönetmeliklerin yok hükmünde olduğunu düşünmekte bir sakınca görmüyoruz.¹¹¹ Ancak bununla birlikte, yönetmeliklerin incelenmesi konumuz bakımından gerekli olduğundan ve halen hukuk düzeninde uygulandığından temel hatlarıyla incelenmesinin gerektiğini düşünüyoruz.

Hukuk düzenimizde, kaynağını CMK m. 135'den aldığını ifade eden iki adet yönetmelik bulunmaktadır. Bunlardan ilki 10.11.2005 tarihli *“Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik”*, ikincisi ise 14.1.2007 tarihli *“Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”*dir. Bunlar, tezimizin ilerleyen bölümlerinde “2005 tarihli yönetmelik” ve “2007 tarihli yönetmelik” olarak anılacaktır.

¹¹⁰ HAFIZOĞULLARI, “24 Mayıs 2003 Tarih ve 25117 Sayılı Resmi Gazetede Yayınlanarak Yürürlüğe Konan ‘Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’ Adli Zabıt ve Aramalar Yönünden Yok Hükmündedir”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2004 S. 3, s. 13-26.

¹¹¹ Belirtmek gerekir ki, yönetmeliklerle kanunun sınırlarının aşılp düzenlemeye gidilmesi Türk hukukunda artık “alışkanlık” haline gelmiş ve bu alışkanlık öyle boyutlara varmıştır ki, TCK'nın “kanunilik” ilkesi bile göz ardı edilip, yönetmelikte “suç ve ceza” ihdas edilmiştir. Anılan 30.11.2007 tarihli İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine İlişkin yönetmelikte “... altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” demektedir. Bu hususun AY m. 38 ve TCK m. 2'ye aykırı olduğuna dair eleştiri hakkında bkz. KATOĞLU, Tuğrul: *“İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine İlişkin 30.11.2007 Tarihli Yönetmeliğin 11. ve 19. Maddeleri Anayasaya Aykırıdır”*, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2012 S. 4, s. 309-316.

5271 sayılı CMK m. 333, “*bu kanunda öngörülen yönetmelikler, aksine hüküm bulunmadıkça, ilgili bakanlıkların görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılır*” demektir. Bir an için, “yargı erkine” giren konularda idarenin “yönetmelik” yapabilme yetkisi olduğu kabul edilse bile, bu norm kendi başına bile bu hale engel teşkil edecektir. Öyle ki CMK’da m. 135 ve devamında bu koruma tedbirine ilişkin bir yönetmelik çıkarılabileceği düzenlenmemiştir.¹¹²

Bununla birlikte, CMK’da yönetmelikle düzenlenebileceği belirtilen diğer düzenlemeleri şöyle sayabilmek mümkündür:

- 1- Elektronik işlemlere dair, usul hukuku işlemlerinin Ulusal Yargı Ağı Projesi’nde yapılmasına dair usul ve esasların Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleme yetkisi (CMK m. 38/A-11) hükmü,
- 2- Bilirkişi listelerinin düzenlenmesine ilişkin usul ve esasların yönetmelikle gösterileceğine dair hüküm (CMK m. 64/1 – son),
- 3- Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması (CMK m. 75), diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması (CMK m. 76), kadının muayenesi (CMK m. 77), moleküler genetik incelemeler (CMK m. 78), genetik inceleme sonuçlarının gizliliği (CMK m. 80), fizik kimliğinin tespiti (CMK m. 81) konusunda öngörülen işlemlerin yapılması ile ilgili usullerin yönetmelikte gösterileceği (CMK m. 82) hükmü,

¹¹² “Ceza yargılaması alanında çıkartılan yönet-meliklerin hak kısıtlamasını içerdiği, yasa dar yorumlanarak savunma hakkının daraltılması eğilimi gösterdiği gözlenmektedir.” **ÖZEN**, Attila: “İdarenin Ceza Yargılaması Alanında Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi” İstanbul Barosu Dergisi, s. 214-228.

- 4- Gözaltı ve yakalamaya ilişkin hususlarda uyulacak kuralların yönetmelikle gösterileceği hükmü (CMK m. 99),
- 5- Zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususların Türkiye Barolar Birliği'nin görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikte düzenleneceği hükmü (CMK m. 150/4),
- 6- Adli kolluk görevlilerine ilişkin Adalet ve İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği hükmü (CMK m. 167),
- 7- Sesli ve görüntülü iletişim sistemlerinin kullanılmasına ilişkin teknik donanımın kurulması ve kullanılmasına ilişkin esas ve usullerin yönetmelikle düzenleneceği hükmü (CMK. 180/5)
- 8- Tercüman listelerinin düzenlenmesine ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirleneceği hükmü (CMK m. 202/5)
- 9- Uzlaştırmanın uygulanmasına ilişkin hususların yönetmelikle düzenleneceği hükmü (CMK 253/24).

2.5.1. 10.11.2005 TARİHLİ TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN TESPİTİ, DİNLENMESİ, SINYAL BİLGİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE KAYDA ALINMASINA DAİR USUL VE ESASLAR İLE TELEKOMÜNİKASYON İLETİŞİM BAŞKANLIĞININ KURULUŞ GÖREV VE YETKİLERİ HAKKINDA YÖNETMELİK

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ek m. 7, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu ek m. 5, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu m. 6'ya göre; bu kanunlarda düzenlenen önleyici tedbirlerin yerine getirilebilmesi amacıyla bir Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı kurulması öngörülmüştür.

Bununla birlikte, CMK m. 135 vd. maddelerinde, CMK’da anılan koruma tedbirinin yerine getirilebilmesi için yönetmelikle ayrıca bir düzenleme yapılmasına, yukarıda da belirttiğimiz gibi yer verilmemiştir.

Buna rağmen, 10.11.2005 tarihli bu yönetmelikte m. 2’de gösterilen hukuki dayanaklar arasında 5271 sayılı CMK m. 135 – m. 138 arasında düzenlenen koruma tedbirinin kaynak gösterilmesini anlamak mümkün değildir.

Yönetmeliğin amacı, m. 1’de gösterilmiştir. Buna göre, kaynağını aldığı kanunlarda (5271 sk., 2937 sk., 2803 sk. ve 5651 sk.) düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasıyla ilgili usul ve esasların belirlenmesiyle birlikte bir Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının kurulması ve görev ve yetkilerinin belirlenmesidir.

Daha önce 4422 sk.’da düzenlenen tedbirlerin ve “iletişim” kavramının en azından neyi ifade ettiği kanunun kendi içinden anlaşılabilirdi. Daha sonra 4422 sk. yürürlükten kaldırılmış, iletişimin denetlenmesi artık yürürlükteki CMK m. 135 – m. 138’deki düzenlemeye bırakılmıştır. Yürürlükte olan düzenlemede ise tedbirin türlerinin neler olduğu sayılmıştır. Bu sayılan tedbirin türlerinden ise ne anlaşılması gerektiği ise tanımlanmamıştır. Oysa 4422 sk. m. 2’de ve “4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik” m. 4/1’de iletişimin¹¹³ ne olduğu, m. 11/3’de ise dinleme kavramının¹¹⁴ neyi ifade ettiği,

¹¹³ “İletişim: Telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyaller, yazılar, resimler, görüntü veya sesler ve diğer nitelikteki verilerin nakledilmesini ifade eder”

¹¹⁴ “Dinleme, iletişimin kayda alınması suretiyle yapılır ve gizlilik kurallarına tam uyularak gerçekleştirilir.”

m. 13/3’de dinleme veya tespitin nasıl devam edeceği¹¹⁵, hangi suçlar bakımından uygulanabileceği¹¹⁶ kanuna paralel olarak düzenlenmişti.

2005 tarihli anılan yönetmeliğe göre, “telekomünikasyon” (m. 3/1-r) “*her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını ifade eder*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu haliyle, tanımın, mülga 4422 sk. m. 2’de yer alan “*telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri ve diğer nitelikteki bilgileri*” iletişimin dinlenmesi ve tespiti tanımına yakın bir ifade olduğunu söylemek mümkündür.

Bununla birlikte, iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması m. 3/1-h’de “*telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmalar ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri,*” olarak tanımlanmışken iletişimin tespiti “*iletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri,*” şeklinde tanımlanmıştır.

¹¹⁵ “Dinleme veya tespit kesintisiz olarak devam eder.”

¹¹⁶ “Madde 5 - Bu Yönetmelikte belirtilen tedbir ve işlemler:

- a) 30/07/1999 tarihli ve 4422 sayılı Kanunun kapsamına giren suçlarda,
 - b) 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlarda,
 - c) 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun kapsamına giren ve teşekkül halinde işlenen suçlarda,
 - d) 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun kapsamına giren ve teşekkül halinde işlenen suçlarda,
 - e) 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 403, 404 ve 406 ncı maddelerinin kapsamına giren ve teşekkül halinde işlenen suçlarda,
- uygulanır.”

CMK m. 135'e 5353 sayılı kanun değişikliğiyle giren “sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi”yle ilgili olarak ise, yönetmelik, sinyal bilgisinin ne olduğunu m. 3/p’de “*sinyal bilgisi, bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi*” ifade eder demekle yetinmiştir.

CMK m. 135/9’daki düzenlemeye paralel olarak, bu maddede belirtilen usul ve esaslar kimsenin bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinlemeyeceği ve kayda alınamayacağı m. 4/2’de “*bu Yönetmelikte belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini tespit edemez, dinleyemez, sinyal bilgilerini değerlendiremez ve kayda alamaz.*” denilmek suretiyle ifade edilmiştir.

Bununla birlikte anılan yönetmeliğin üçüncü bölümünde “*Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınması İletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi*” başlığı altındaki düzenlemede kararın “hakim” tarafından verilebileceği yer almaktadır. Oysa son kanun değişikliğiyle birlikte bu yetki ağır ceza mahkemesinin üyelerinin oybirliğiyle vereceği karara bağlanmıştır. Ancak yönetmelik m. 26/3’de üçüncü bölüme göre karar verilecekken yetkili ve görevli hakimin 5271 sk. hükümlerine göre belirleneceği düzenlenmiştir.

Yönetmeliğin m. 17/1-b düzenlemesiyle, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına 5271 sk. m. 135’e göre yapılacak iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine yönelik iş ve işlemleri tek bir merkezden yapmak görevi verilmiştir.

**2.5.2. 14.1.2007 TARİHLİ VE 26434 SAYILI RESMİ GAZETEDE
YAYINLANAN CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNDA
ÖNGÖRÜLEN TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN
İLETİŞİMİN DENETLENMESİ, GİZLİ SORUŞTURMACI VE
TEKNİK ARAÇLARLA İZLEME TEDBİRLERİNİN
UYGULANMASINA İLİŞKİN YÖNETMELİK**

Bir önceki bahiste incelenen yönetmelik, kaynağını PYSK, JTGYS ve CMK'dan aldığını öne sürmüş olsa da, CMK'da böyle bir yönetmelikle düzenleme yetkisinin verilmediğini; verilmesi halinde bile girişte belirttiğimiz gerekçelerle yönetmeliğin geçerli olmayacağını söylemiştik. Aynı ifadeyi burada da tekrarlamak durumunda kaldığımızdan, yine CMK tarafından bu konunun yönetmelikle düzenleme yetkisinin verilmediğini söylemekte bir aksilik görmüyoruz.

Yönetmeliğin Danıştay 10. Dairesinin 20/10/2010 tarihli ve E. 2007/2795 K. 2010/1399 sayılı kararıyla m. 7/4-son, m. 5'deki ifadenin bir kısmı¹¹⁷, m 12/4, m. 28/2 (birinci cümle), m. 28/3 iptal edilmiştir. Bununla birlikte, yönetmeliğin iptali amacıyla açılan davada, Danıştay İDDK, 4.11.2010 tarihli ve E. 2010/1467 sayılı kararında, CMK m. 135 – m. 140 arasında düzenlenen koruma tedbirlerine ilişkin Adalet Bakanlığı'nın düzenleme yetkisinin olmadığına karar vermiştir.¹¹⁸ Mesele,

¹¹⁷ 5. Maddenin "suç şüphelisi olmayan" ifadesi iptal edilmiştir.

¹¹⁸ "Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle Ceza Muhakemesi Yasası kapsamında Adalet Bakanlığı'nın düzenleme yetkisinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

Yargılama usulü ile ilgili konular yargı yerini ilgilendirdiği için, yargılama usulü yasalarının uygulanmasına ait alt düzeydeki normların konusu ve kapsamının ilgili yasa metninin lafzıyla sınırlı olacağı tabiidir.

Bu nedenle, genel anlamda, mahkemelerin yargılama faaliyeti içinde yer alan usul konusunun, idari alanın dışında kaldığının ve münhasıran yasa konusu olduğunun kabulü gerekmektedir. Yargılama usulü içinde düzenlenen bir konunun idari alan sayılabilmesi için ise, bu konuların neler olduğunun ve sınırlarının Yasa koyucu tarafından açıkça gösterilmesi zorunludur. Yasa koyucunun düzenleme yapma yetkisi vermediği hususların da idarece düzenlenebileceğinin kabulü, yargı yetkisinin idare tarafından kullanılması anlamına gelir ki, bu durumun diğer bir ifadesi "fonksiyon gaspı"dır.

Bu bağlamda, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası bir bütün olarak incelendiğinde, anılan Yasanın 64/1., 82., 99., 150/4., 167., 180/5. ve 253/24. maddelerinde yönetmelikle düzenlenecek konular açıkça belirtilmiş; 333. maddesinde de, " (1) Bu Kanunda öngörülen yönetmelikler, aksine hüküm bulunmadıkça, ilgili bakanlıkların görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılır." hükmüne yer verilmiştir.

TBMM Başkanlığı'na Adalet Bakanı'nın cevaplaması istemiyle soru önergesi olarak götürülmüştür.¹¹⁹ Verilen yanıtta, ilgili hükümlerin iptal edildiği ancak yönetmeliğin halen yürürlükte olduğu belirtilmiştir.¹²⁰ Yönetmeliğin, Danıştay'ın Adalet Bakanlığı'nın bu konuda yönetmelikle düzenleme yapma yetkisinin olmadığını tespitinden hareketle hukuken yok hükmünde olduğu düşünülmektedir.¹²¹

Bununla birlikte, 2007 tarihli bu yönetmelik m.3'de "5271 sk.'nın m. 135 – m. 140 maddelerine dayanılarak" hazırlanmıştır ifadesi yer almaktadır.

Anılan diğer maddeler, CMK m. 135 – m. 138 dışında kalan ve m. 139 ila m. 140'da düzenlenen hükümler, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirlerine ilişkindir.

Değinen Yasa hükümlerinin birlikte incelenip, değerlendirilmesinden; Yasa koyucunun "idari alan" olarak gördüğü ve yönetmelikle düzenlenmesini öngördüğü konuları konu ya da madde belirtmek suretiyle açıkça gösterdiği, bu konu ve maddeler arasında ise "telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi" ve "gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme" konularına yer vermediği, 333. maddede ise, yönetmelik çıkarma yetkisini, sadece bu Yasa'da öngörülen Yönetmelikler ile sınırladığı sonucuna varılmıştır.

Öte yandan, Yasa koyucunun, Anayasa'nın kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkına ilişkin 17., özel hayatın gizliliğinin korunmasına ilişkin 20., haberleşme hürriyetine ilişkin 22., düşünceyi açıklanma ve yayma hürriyetine ilişkin 26. maddeleri gibi bir çok temel hak ve hürriyetle ilgisi olan iletişimin denetimi kapsamındaki faaliyetlerin özellikle yönetmelikle düzenlenmesini öngörmediği ve bu konuları, Yasa'da ayrıntılı olarak düzenlemeyi tercih ettiği görülmektedir.

Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin Anayasa'nın 124. maddesinden kaynaklanan düzenleme yetkilerinin ise, görev alanları ile ilgili yasalarla sınırlı olması nedeniyle, mahkemeler tarafından uygulanacak olan yargılama usulüne ilişkin yasaların, idarenin görev alanı ile ilgili olduğundan söz etmeye olanak bulunmamaktadır.

...

Anılan Yönetmelikle yapılacak düzenlemenin, Ceza Muhakemesi Yasası çerçevesinden yürütülecek yargılama faaliyeti ilgili olmayıp, anılan Yasanın 135 ila 140. maddelerine göre verilecek kararların kamu kurum ve kuruluşları ile adli kolluk görevlilerince yerine getirilmesine yönelik usul ve esaslarla ilgili olması gerektiğinde de kuşku bulunmamaktadır.

Bu durumda, Ceza Muhakemesi Yasası'nın 135 ila 140. maddelerinde düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ve gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme konularında Adalet Bakanlığının düzenleme yetkisi olmadığından, Yönetmeliğin dava konusu hükümlerinde bu nedenle hukuka uyarlık bulunmamaktadır."

¹¹⁹ (<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/7/7-2100s.pdf>) (Erişim Tarihi: 1.5.2016)

¹²⁰ (<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/7/7-2100sgc.pdf>) (Erişim Tarihi: 1.5.2016)

¹²¹ ÖZEN, "İdarenin Ceza Yargılaması Alanında Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi" İstanbul Barosu Dergisi, s. 214-228.

İlginç olan, bu yönetmelikle birlikte, bir önceki yönetmeliğin aynı konuyu düzenlemiş olması halinde bile eski düzenlemeye ilişkin hükümlerin de aynı zamanda yürürlükte olmasıdır.

Yönetmelikte, iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması m. 4/e’de tanımlanmıştır. Buna göre, dinleme ve kayda alma *“telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemler”*dir. Düzenleme, bir önceki yönetmeliğin m. 3/1-h’deki düzenlemesine çok benzerdir. Tekrara düşmemek adına aynı ifadelere yer verilmeyecektir.

Telekomünikasyon kavramına ise m. 4/1-j’de *“j) Telekomünikasyon: İşaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını”*olarak yer verilmiştir. Düzenleme, bir önceki yönetmeliğin telekomünikasyon kavramına ilişkin düzenlemesiyle aynıdır. Tek farklılık *“her türlü işaret”* yerine *“işaret”* ifadesinin kullanılmış olmasıdır.

Sinyal bilgisinin tanımı da bu yönetmelikte değişmemiş, yine m. 4/1-h’de aynı ifadeyle *“bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi ifade eder”* olarak tanımlanmıştır. Ancak, bu yönetmelikle birlikte *“sinyal bilgisinin”* az önce işaret edilen salt tanımının yanında CMK m. 135/1’de düzenlenen *“sinyal bilgisinin değerlendirilmesinin”* ne olduğuna da yer verilmiştir. Buna göre, sinyal bilgelerinin değerlendirilmesi m. 4-1/ı’da *“iletişimin içeriğine müdahale niteliğinde olmayıp yetkili makamdan alınan karar kapsamında sinyal*

bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemlerini ifade eder” olarak tanımlanmıştır.

Bununla birlikte, “veri taşıyıcısı” adlı bir önceki yönetmelikte bahsedilmeyen yeni bir tanıma yer verilmiştir. Anılan yönetmelik m. 4/1-l’ye göre, *“İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinin uygulanması neticesinde elde edilecek ses ve görüntü bilgilerinin kaydedileceği araçları,”* ifade etmektedir. Bu düzenleme, 2005 tarihli yönetmelikte yer bulmamış olmasına rağmen, 2000 tarihli 4422 sk.’nın uygulanmasına ilişkin yönetmelik m. 4/1’de *“iletişimin dinlenmesi ve tespiti ile gizli izleme tedbirlerinin uygulanması neticesinde elde edilecek ses ve görüntü bilgilerinin kaydedileceği disket, CD ve kaset gibi araçlar”* olarak tanımlanmıştı. Anılan yönetmeliğin kaldırıldığına daha önceki bahislerde yer verilmişti. Veri taşıyıcısının tanımından sonra, yönetmelikte bir de “alt veri taşıyıcısı” kavramından bahsedilmektedir. Ancak bu bir tanım hükmü olarak yer almamaktadır. Bunun, esas taşıyıcıdaki verilerin nakledildiği bir diğer taşıyıcı olduğu (m. 9/6) ve bu yönetmeliğin ekinde yer alan tutanağa kaydedileceği belirtilmiştir. Alt veri taşıyıcısı ilse, görevlendirilen kolluk tarafından Cumhuriyet savcılığına teslim edilecektir (m. 9/7).

3. DİĞER KANUNLARDAKİ DÜZENLEMELER

3.1. POLİS VAZİFE VE SALAHİYET KANUNUNDAKİ VE JANDARMA TEŞKİLAT GÖREV VE YETKİLERİ KANUNDAKİ DÜZENLEMELER

4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı PYSK'ya 3/7/2005 tarihli 5397 sayılı kanunla getirilen geçici madde 1'e göre, PYSK ek 7. maddesine göre bir merkez kurulacağı¹²² düzenlenmiştir.

İleride de değinileceği üzere, burada düzenlenen iletişimin denetlenmesi konusu bir "koruma tedbiri" değil fakat yine mahkeme kararıyla verilen bir "önleme tedbiri"dir. Önleme tedbirleri ve koruma tedbirlerini ayıran en önemli özellik, "önleme tedbiri" neticesinde elde edilen bulguların muhakamede "delil" olarak kullanılamamasıdır ve bu tedbire sadece suç işlenmesinden önce suçu önlemek amacıyla başvurulabilmesidir.¹²³

Ek 7. madde 16/6/1985 tarihli ve 3233 sayılı kanunun yedinci maddesiyle getirilmiştir. Daha sonraları ise, aşağıda da belirtileceği üzere 5397 sayılı ve 3/7/2005 tarihli kanun m. 1 ve 27/3/2015 tarihli ve 6638 sayılı kanun m. 5 ile aynı ek maddenin düzenlenilmesi yoluna gidilmiştir.

Ek m. 7'ye göre ise, birinci fıkrada önce polisin görev tanımı¹²⁴ yapılmıştır. Görev tanımından hareketle, polisin, Anayasal düzene ve genel güvenliğe dair

¹²² "Geçici Madde 1 - 2559 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesinde düzenlenen merkez, en geç altı ay içinde kurulur.

Merkez kuruluncaya kadar 2559 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi, 2803 sayılı Kanunun ek 5 inci maddesi ve 2937 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi hükümleri uyarınca verilen iletişimin dinlenmesi, tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına dair karar veya yazılı emirler, telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşlar tarafından derhal yerine getirilir; ilgili istihbarat kurumlarının mevcut sistemlerinin kullanılmasına devam olunur."

¹²³ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 268 vd; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 180 vd.

¹²⁴ "Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişini sağlamak üzere, ülke seviyesinde

“önleyici ve koruyucu” tedbir alabileceği ve Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapabileceği hüküm altına alınmıştır. Polis, önleyici ve koruyucu tedbirleri ise, “emniyet ve asayiş” sağlamak üzere alabilecektir. Polis, topladığı bilgileri değerlendirip, yetkili merci ve kullanma alanına ulaştırır.

Bununla birlikte, ikinci fıkrada, anılan birinci fıkradaki görevlerin yerine getirilmesi amacıyla CMK’nun m. 250/1’in a, b ve c bentlerinde düzenlenen suçların işlenmesi amacıyla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi dinleyebilecek, tespit edebilecek, sinyal bilgilerini değerlendirebilecek ve kayda alabilecektir. Ancak CMK m. 250’nin 2/7/2012 kabul tarihli ve 6352 sayılı *“Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava Ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun”*la birlikte yürürlükten kaldırılmıştır. Aynı düzenlemenin geçici ikinci maddesinin yedinci fıkrası gereği¹²⁵; CMK m. 250/1’e göre kurulan ceza mahkemelerine yapılmış atıflar, TMK m. 10/1’deki ağır ceza mahkemelerine yapılmış sayılacaktır. Ancak, bu düzenlemeden hemen iki sene sonra 6/3/2014 tarihinde 28933 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan ve yürürlüğe giren 6526 sayılı *“Terörle Mücadele Kanunu Ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”*la birlikte gönderme yapılan TMK m. 10 da 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununa eklenen geçici madde 14’le birlikte *“6352 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca görevlerine devam eden ağır ceza mahkemeleri ile bu Kanunla yürürlükten kaldırılan Terörle Mücadele Kanununun 10*

istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar.”

¹²⁵ *“(7) Mevzuatta Ceza Muhakemesi Kanununun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerine yapılmış olan atıflar, Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen ağır ceza mahkemelerine yapılmış sayılır.”*

uncu maddesi uyarınca görevlendirilen ağır ceza mahkemeleri kaldırılmıştır.” hükmüyle hukuk düzeninden kaldırılmıştır. Geriye sadece 5235 sayılı ve 7/10/2004 tarihli “Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun”unun “ağır ceza mahkemesi”nin görevinin belirlendiği m. 12 kalmıştır.¹²⁶ Dolayısıyla, polis bu tedbire konu hukuki işlemi ancak göndermenin esas yeri olan genel görevli mahkemelerin konusuna giren suçlarla ilgili olarak tesis edebilecektir.

Böylece, doktrinde de isabetle ifade olunduğu üzere ortaya bir “hukuk labirenti”¹²⁷ meydana getirilmiştir.

Ek m. 7’de sayılan karar elbette ki ancak “hakim” kararıyla verilebilecektir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde EGM veya İstihbarat Dairesi Başkanı’nın yazılı emriyle “yetkili ve görevli” hakimin onayına sunulacaktır. Görevli ve yetkili hakim, ek m.7/3’de belirtilen “Ankara ağır ceza mahkemesi üyesi”dir. İletişimin denetlenmesi koruma tedbirinde ise, görevli merci “ağır ceza mahkemesi” ve karar nisabı da “oybirliği”dir.

5271 sayılı CMK m. 135’den farklı olarak, terör örgütü faaliyeti kapsamında devam eden tehlikelere ilişkin sadece gerek görülürse üç aydan fazla olmamak üzere müteaddit defalar süre uzatılabilecektir. Böylece, sınırsız bir biçimde tedbire konu işlemler tesis edilebilecektir. Düzenleme, mevcut CMK m. 135 ile çelişmektedir.

¹²⁶ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 278.

¹²⁷ “Kanundan kanuna atıf yapılarak” mahkemelerin görevlerinin belirlenmesi yönteminin ne kadar sakıncalı olduğunu, yukarıda yapılan açıklamalar göstermektedir: CMK 250 ye yapılan atıf, bu madde yürürlükten kaldırılıp, yerine TMK 10 geçtikten sonra, TMK nın da yürürlükten kaldırılması ile bir hukuk labirenti daha doğmuştur.”; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 279.

Karar veya yazılı emirde bulunması gereken unsurlar, ek m. 7/4'de¹²⁸ sayılmıştır.

Uygulama sona erdiğinde, kayıtlar, en fazla on gün içinde yok edilir. (ek m. 7/5). Elbette durum tutanakla tespit edilecektir.

Bu kanun maddesine göre yapılacak telekomünikasyon yoluyla iletişime ilişkin bütün işlemler ve 5271 sayılı CMK m. 135'deki dinlemeler ancak TİB vasıtasıyla gerçekleştirilebilecektir. Anılan fıkra ya yapılan bir eklemeye, TİB'de Milli İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının birer temsilcisi bulunabilecektir. (ek m. 7/6).

Kanun koyucu hukuka aykırı dinlemenin sınırını “bu maddede belirtilen usul ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz” (ek m. 7/7) diyerek çizmiştir.

Kanunun anılan ek m. 7'de düzenlenen tedbire ilişkin yönetmelik çıkarılacağı düzenlenmiştir. Yönetmelik, 10.11.2005 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Anılan yönetmelikle birlikte Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı da kurulmuş ve göreve başlamıştır.

3.2. MİLLİ İSTİHBARAT TEŞKİLATI KANUNUNDAKİ DÜZENLEMELER

2937 sayılı ve 3/11/1983 tarihli 18210 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanıp yürürlüğe giren “Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu”na

¹²⁸ “... hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tesbite imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler ...”

göre Başbakanlığa bağlı olarak Milli İstihbarat Teşkilatı müsteşarlığı (m. 3/1) kurulmuştur.

Milli İstihbarat Teşkilatı, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne karşı içerden ve dışarıdan yöneltilen bütün faaliyetler hakkında “milli güvenlik istihbaratı”nı oluşturmakla ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Sekreteri ve gerekli kuruluşlara ulaştırmakla görevlendirilmiştir.¹²⁹ (m. 4/1-a)

İstihbarat, sadece haber almayla sınırlı bir kavram değildir.¹³⁰ İstihbarat faaliyetleri ise her yolla değil, hukuk devletinin sınırlarını çizdiği şekilde gerçekleştirilir. Kanun da bunu onaylar niteliktedir. Çünkü Milli İstihbarat Teşkilatı'na bu kanunda belirlenen görevlerin dışında görev verilemez (m. 4/1-j, son).

Milli İstihbarat Teşkilatı'nın görev ve yetkileri, anılan kanun m. 4/1'de on bent halinde sayılmıştır. Bunlarda üçü 17/4/2014 tarihli ve 6532 sayılı “Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”la birlikte getirilmiştir.

¹²⁹ “Madde 4 – Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri şunlardır;

a) Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal

düzenine ve milli gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında milli güvenlik istihbaratını Devlet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak.”

¹³⁰ İstihbarat teşkilatları sadece haber alma faaliyeti icra etmezler. Bununla birlikte şunları da gerçekleştirmeleri beklenir: “Diplomasiye destek, anlaşma ve sözleşmelerin izlenmesi, savunma planlamalarının yapılabilmesi, ekonomik istihbarat, Türkiye'nin çıkarları aleyhindeki dış tehditlerle mücadele, Cezai adalet ve düzenleyici kurumların desteklenmesi, çevresel bilgilerin toplanması ve analizi, bilgi savaşı konusunda destek” FİDAN, Hakan: Intelligence and Foreign Policy: A Comparison of British, American and Turkish Intelligence Systems (Yüksek Lisans Tezi), Bilkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1999.

Bununla birlikte, anılan değişiklikle “önleyici istihbarat ve analiz” yapabilme yetkisi kapsamında iletişimin denetlenmesinin düzenlendiği m. 6’daki ek fıkralardan bağımsız olarak sadece “yurtdışında” veya “yabancılar tarafından ankesörlü telefonla gerçekleştirilen iletişim”le birlikte “MİT’te görev yapmış veya görev almak için başvurmuş kimselerin” de iletişiminin tespit edileceği dinlenebileceği ve sinyal bilgilerinin değerlendirilip kayıt altına alınabileceği hükmü getirilmiştir.

Kanunda bir terim birliği yoktur, fıkralarda “iletişimin tespitinden” bahsedilmezken, burada “iletişimin tespitinden” bahsedilmiştir.

Yine devamı fıkralarda “dinlemeler”den bahsedilirken herhalde kastedilen “iletişimin dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi”dir. Çünkü dinleme kavramı daha dar bir kavramdır. Denetleme, bütün bu kavramları içine alırken, dinleme sadece içine alınan kavramlardan bir tanesidir.

Getirilen düzenlemeler *Bakanlar Kurulu’nca verilen dış güvenlik, terörle mücadele ve milli güvenliğe ilişkin konularda kendisine verilen görevleri yerine getirmek (m. 4/1-h), Dış istihbarat, millî savunma, terörle mücadele ve uluslararası suçlar ile siber güvenlik konularında her türlü teknik istihbarat ve insan istihbaratı usul, araç ve sistemlerini kullanmak suretiyle bilgi, belge, haber ve veri toplamak, kaydetmek, analiz etmek ve üretilen istihbaratı gerekli kuruluşlara ulaştırmak (m. 4/1-i), istihbarat kapasitesini, niteliğini ve etkinliğini artırmak amacıyla çağdaş istihbarat usul ve yöntemlerini araştırmak, teknolojik gelişmeleri takip etmek ve uygun görülenleri temin etmek (m. 4/1-j)* olarak sıralanabilir.

Bunlardan en önemlilerinden biri, ek m. 1’le getirilen ve bu kanuna göre teşkilat tarafından gerçekleştirilen işlemler neticesinde elde edilmiş istihbarı nitelikte

verilerin¹³¹ TCK m. 326 ila 339 arasında düzenlenen “Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk” dışında kalan suçlarla ilgili olarak adli mercilerle paylaşamayacağına ilişkin düzenlemedir.

Ayrıca, TBMM bünyesinde kurulacak Güvenlik ve İstihbarat komisyonuna, artık faaliyetlerine ilişkin yürütülen yıllık raporları sunacaktır. Bu, iletişimin denetlenmesi özelinde Birleşik Devletler’de yıllık olarak sunulan ve çok detaylı olan raporlama faaliyetine paralel bir düzenlemedir.¹³²

Bizi ilgilendiren iletişimin denetlenmesine ilişkin teşkilatın başvurabileceği usul ve esaslar ile bunların sınırlarıdır. 3/7/2005 tarihli ve 5397 sayılı kanun m. 3’le; anılan kanun m. 6’ya ek ikinci fıkra ile iletişimin nasıl denetleneceği hüküm altına alınmış, devam eden onbir fıkra da bu denetlemenin usul ve esasları belirlenmiştir.

Buna göre, MİT, m. 4’de sayılan görevleri yerine getirmekle sınırlı olarak sadece belirli amaçlarla¹³³ ve sadece kural olarak hakim kararıyla, gecikmesinde tehlike olan hallerde müsteşarın veya yardımcının yazılı emriyle ve verilen emrin yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hakime onaylatılmasıyla iletişimin tespiti, dinlenmesine, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ve kayda alınabilmesine karar verebilecektir. (m. 6/2). Süre sonunda onaylanmayan karar, ortadan kaldırılır ve elde edilen kayıtlar en geç on gün içinde imha edilir (m. 6/2).

¹³¹ Kanun koyucu burada “bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizler” ifadesini kullanmıştır. Ancak bunların her biri zaten birer veri olduğundan, biz, kısaca “veri” ifadesini kullandık.

¹³² Birleşik Devletler’de yayınlanan son tarihli raporlar için bkz. (<http://www.uscourts.gov/statistics-reports/analysis-reports/wiretap-reports>) (Erişim Tarihi: 1.5.2016)

¹³³ Bu amaçlar ek fıkra da “... Anayasanın 2 nci 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,”

Yetkili hakim, PVSK ek m. 7'deki düzenlemeye paralel olarak “Ankara ağır ceza mahkemesinin üyesi”dir (m. 6/3).

Süre sınırı en fazla üç ayla sınırlı olup yine en fazla üç ay uzatılabilecektir (m. 6/4). Ancak terör örgütü faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda veya casusluk faaliyetine ilişkin kararlarda süre üç aydan fazla olmamak üzere müteaddit defalar uzatılabilecektir (m. 6/5).

Bu fıkra da anılan iletişimin denetlenmesi işlemleri, PVSK ek m. 7'ye göre çıkarılacak yönetmelikle kurulacak olan merkez tarafından yürütülür. Bu merkez, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığıdır. Daha önce bu başkanlık bünyesinde Polis, Jandarma ve Genelkurmay'dan birer temsilcinin bulunacağı belirtilmişti.

Elde edilen veriler, kanunda belirlenen amaçlar dışında kullanılamaz (m. 6/6). Tutanaklarda muhakkak başlanılan tarih ve saat ile işlemi yerine getirenin kimliği bilgisi bulunur (m. 6/7).

Kanuna aykırı olarak gerçekleştirilen dinlemeler, geçerli sayılmaz ve TCK'nın ilgili hükümleri uygulanır (m. 6/9).

Yukarıda kanunla kendisine verilen görevleri yerine getirirken, MİT, her türlü kurum ve kuruluştan, arşivlerinden, bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim altyapılarındaki bilgilerden yararlanabilir. Elbette, istek, yazılı yapılmak zorundadır. Kurumlar, gerekçe göstererek dahi olsa bilgi paylaşımından kaçınamazlar (m. 6/1-b).

Bununla birlikte, telekomünikasyon kanallarından geçen dış istihbarat, milli savunma ve terörizm ve uluslararası suçlar ve siber güvenlikle ilgili verileri

toplayabilir (m. 6/1-g). Görüldüğü gibi telekomünikasyon kanalları, MİT'in veri toplayabileceği alanlardan sayılmıştır.

Kanundaki görevlerin ifası ve yetkilerin kullanılmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir denilerek yeni bir yönetmeliğin çıkarılabileceği düşünülebilir. Henüz böyle bir yönetmelik yoktur. Mevcut terimlerin için yürürlükte olan yönetmeliklerle belirlenecektir. Bu yönetmeliklerle ilgili tartışmaya “yönetmelikler” başlığı altında değinilecektir.

V. MUKAYESELİ HUKUKTA TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

A. BİRLEŞİK DEVLETLER'DE TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Telekomünikasyon, 1900'lü yıllardan beri Birleşik Devletler'de arama/elkoyma hükümlerine göre takip edilebiliyor olsa da, 11 Eylül 2001 terör saldırılarından sonra yükselen terör faaliyetleri nedeniyle istihbarat, önleme ve adli amaçlı iletişimin denetlenmesine yönelik ihtiyaç daha da artmıştır.¹³⁴ 2013 yılında ise Ulusal Güvenlik Dairesi yetkilisi Snowden'in istihbarat teşkilatına dair kamuya açtığı belgelerde¹³⁵ sayısız defa hukuka aykırı dinlemelerin ve takibin yapıldığı ortaya çıkarılmıştır. Kimilerine göre Snowden, teknik takip ve dinlemelerin zaten çoktan “hukukileştirildiğini, normlaştırıldığını”¹³⁶ ilan etmiştir. Mahkemeler nezdinde bu düşüncenin arkasında; eğer, şu anki istihbarat ve hukuki-teknik yeterlilik 2001'den önce olsaydı, 11 Eylül saldırıları, asla gerçekleşmezdi düşüncesinin yattığı

¹³⁴ WARIS, Husain: “*Surveillance And Law Enforcement: Tools In The Fight Against Terror In A Comparative Study Of The United States And Pakistan.*”, ILSA Journal of International & Comparative Law. Güz 2014, Cilt 21 Sayı 1, s. 25-59.

¹³⁵ TOXEN, Bob: “*The NSA and Snowden: Securing the All-Seeing Eye*”, Communications of the ACM., Mayıs 2014, Cilt 57 Sayı 5, s. 44-51.

¹³⁶ PAYE, Jean-Claude: “*Merging Law of War with Criminal Law*”, Monthly Review: An Independent Socialist Magazine, Temmuz 2014, s. 128-135.

söylenmektedir.¹³⁷ Bu amaçla Birleşik Devletler tarafından elektronik sinyalize istihbarat amacıyla Birleşik Krallık, Kanada, Yeni Zelanda ve Avustralya arasında “sinyalize istihbarata dayalı bilgi paylaşımı” amacına özgülenmiş “Beş Göz” anlaşması’nın imzalandığı¹³⁸, sadece 2010-2013 tarihleri arasında bu amaçla Amerikan Ulusal Güvenlik Teşkilatı’nın, Birleşik Krallık’a 100.000.000 Sterlin ödediği¹³⁹ söylenmektedir. Görüldüğü gibi, elektronik bilgilerin –telefon kayıtlarının - hükümetler tarafından depolanması başlı başına büyük bir külfettir.¹⁴⁰ Bunun karşısında da denilmektedir ki, artık, kullanıcılara ait elde edilen bu kayıtlar ve veriler ekonominin “yeni para birimi”dir. Bu alan, konumuz dışında bir alanı işaret ettiğinden, ayrıca bu hususlara dair sosyal ve ekonomik ilişki dengesi incelenmeyecektir.

Dolayısıyla, görüldüğü gibi terörist saldırıların hedefi olmak korkusu, devletleri “hukuku dolanmaya” itmektedir.

Ancak konumuz, Birleşik Devletler’de iletişimin denetlenmesi ve ona kaynaklık eden tarihsel sürecidir.

¹³⁷ PAYE, “*Merging Law of War with Criminal Law*”, Monthly Review: An Independent Socialist Magazine, Temmuz 2014, s. 128-135.

¹³⁸ CANUELA, Hugues: “*French aspirations and Anglo-Saxon suspicions: France, signals intelligence and the UKUSA agreement at the dawn of the Cold War*”, Journal of Intelligence History, Ocak 2013, s. 76-92.; Anlaşmanın 5 Mart 1946’da imzalandığı ve 2010 yılında Birleşik Devletler’in gizliliğini kaldırması üzerine gün yüzüne çıktığı söylenmektedir. Şu anki haliyle bu anlaşmaya göre Avustralya; Asya’nın güneyini ve doğusunu; Kanada; Latin Amerika’yı takip ederken bir yandan Çin ve Rusya’nın bazı bölgelerini, Yeni Zelanda; Güney Pasifik bölgesini; Birleşik Krallık Rusya’nın Avrupa kıtasındaki bölgesini, Orta Doğu ve Hong-Kong’u ve nihayet Birleşik Devletler ise Orta Doğu, Çin, Rusya, Karayipler ve Afrika’yı takip etmekle mükellef kılınmıştır.

¹³⁹ PAYE, “*Merging Law of War with Criminal Law*”, Monthly Review: An Independent Socialist Magazine, Temmuz 2014, s. 128-135.

¹⁴⁰ Gelecek on yıl içerisinde Birleşik Krallık’ın bu altyapı için 175.000.000 Sterlin gibi bir meblağ ödenek harcayacağı öngörülmektedir. ARON, Jacob: “*Every Click You Make*”, New Scientist. T. 11/14/2015, C. 228 Issue 3047, s. 20-21.

6 Mart 1961 tarihli Silverman/Birleşik Devletler davasında¹⁴¹, hane içine yerleştirilen ortam dinleme cihazları ile takip edilen iletişimin, özel hayata ve konuta müdahale olduğuna mahkemece oybirliğiyle¹⁴² karar verilmiştir.¹⁴³

1967 tarihi bir kararda ise rüşvete konu suçla ilgili elde edilen konuşma kayıtlarının elde edildiği bir karar alındığı sırada suça ilişkin yeterli açıklamaların yapılmadığı, tedbir süresinin belirtilmediği, kararın ne zaman yerine getirileceğinin açık olmadığı, tedbire devam edilecekse de bunun nedenlerinin gösterilmediği ifade olunmuş ve Anayasa'nın koruma altına aldığı hakların ihlal edildiğine hükmedilmiştir.¹⁴⁴

Sonraki ve bir başka yargılamada ise mahkeme, sanığın, herkese açık alanda, ankesörlü bir telefon görüşme gerçekleştirse dahi bu fiil alanının “kişinin özel hayatı ve haberleşme hürriyeti” içinde sayılacağına zira müdahaleye muhatap kimsenin, yaptığı telefon görüşmesini mahremiyet beklentisi içinde gerçekleştirdiğine ve bu elde edilen kayıtların yargılamada kullanılamayacağına¹⁴⁵ hükmetmiştir.¹⁴⁶

Mahkemelerin içtihat ettiği bu kararların sonrasında, “suçun ortaya çıkarılması” gayesiyle ilk olarak **1968 tarihli Teknik Dinleme Kanunu (ECPA; *Electronic Communication Privacy Act of 1986*)**¹⁴⁷ çıkarılmış¹⁴⁸ ve klasik koruma tedbirlerine getirilen şartlardan daha ağır şartlar teknik dinleme için düzenlenmiş,

¹⁴¹ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/365/505/case.html> (Erişim Tarihi: 1.5.2016)

¹⁴² https://en.wikipedia.org/wiki/Silverman_v._United_States (Erişim Tarihi: 1.5.2016)

¹⁴³ YARDIMCI, Mehmet Murat: Amerika Birleşik Devletler Hukuku, AİHM İçtihatları ve Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2009, s. 26.

¹⁴⁴ YARDIMCI, s. 28.

¹⁴⁵ GROOM, Rachel: “*In Re Pharmatrak & Theofel V. Farey-Jones: Recent Applications Of The Electronic Communications Privacy Act.*” Berkeley Technology Law Journal, Cilt 19 Sayı 1 (2004), s. 455-467.

¹⁴⁶ YARDIMCI, s. 30.

¹⁴⁷ VESELGA, Alexandra D.: “*Updating the Electronic Communications Privacy Act to Protect Geolocational Data*”, Golden Gate University Law Review, C. 43, S. 3 (Yaz 2013), s. 459-484

¹⁴⁸ BULDUK, s. 45.; YARDIMCI, 23.

kanuna aykırı elde edilen bulguların delil olarak kabul edilmeyeceği işaret edilmiş ve bu düzenleme de adli amaçlı iletişimin dinlenmesine esas olan ilk kanun olmuştur.¹⁴⁹ Kanunun esaslı noktaları, sadece belirli suçlar bakımından bu tedbire başvurulabileceği, başka türlü delile ulaşmak mümkünse bu tedbire hükmedilemeyeceği, makul şüphe yoksa bu tedbire başvurulamayacağı, mahkeme kararı olmadan kararın uygulanamayacağı, dinleme/kayıt altına alınmanın sadece suça konu olayla ilgili olacağı ve özel hayatı ilgilendiren konuşmaların kayda alınmasının minimuma indirilmesi gerektiği, tedbir sona ermekle birlikte ilgisine durumun iletilmesi gerektiği, usule aykırı yapılan tedbir sonucu elde edilen delillerin yargılamada kullanılamayacağı hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte buradaki iletişimin denetlenmesi “gerçek zamanlı” gerçekleştirilmekte, daha önceden kaydedilen bilgilerin kullanılabilmesi söz konusu olmamaktadır.¹⁵⁰

1978 tarihli “Dış Güvenlik İstihbarat Kanunu” (FISA; Foreign Intelligence Surveillance Act) ile “önleme amaçlı” telekomünikasyonun denetlenmesi düzenlenmiştir. Buna göre teknik takip yetkili idari istihbarat merci tarafından onaylanmadıkça gerçekleştirilemeyecektir.¹⁵¹ Delil elde etme amacına yönelik olarak uygulanan ECPA’dan farklı olarak burada sadece istihbarat ve karşı istihbarat amacıyla tedbire başvurulabilmekte, bu şartlar altında da Birleşik Devletler vatandaşı olmayanlar hakkında¹⁵² önleme tedbiri kararı verilebilmektedir.¹⁵³

¹⁴⁹ YARDIMCI, S. 30

¹⁵⁰ YARDIMCI, s. 44 vd.

¹⁵¹ YARDIMCI, s. 36.

¹⁵² PEIRCE, John: "Does the Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 Infringe the Fourth Amendment Rights of Nonresident Aliens." A.S.I.L.S. International Law Journal Y. 1979 S. 3, s. 91-108.

¹⁵³ “Birleşik Devletler vatandaşı hakkında bu tedbir sadece kişi ile suç arasında yurt dışı bağlantısı varsa başvurulabilmektedir.” YARDIMCI, s. 94.

Dolayısıyla hedeflenen, yabancı istihbarat için yabancı kişinin iletişiminin “önleme” amacıyla iletişimin takibidir.¹⁵⁴

1986 tarihli “Elektronik Haberleşme Gizliliği Kanunu” (ECPA; *Electronic Communication Privacy Act*), telekomünikasyon hizmeti veren kuruluşların baskısı sonucu çıkarılan bir kanun olup; amacının teknolojik gelişmelerin getirdiği yenilikler karşısında kolluğun işini kolaylaştırmak ve iletişim taraflarının gizliliğini bu bağlamda sağlayabilmek olduğu söylenmektedir.¹⁵⁵ Adli amaçlı iletişimin denetlenmesinde düzenlenen sözlü iletişim tanımı genişletilerek uzakla haberleşmenin teknolojik tanımı değiştirilmiş, kanundaki eskiyen tanımlar modernleştirilmiş ve elektronik iletişim de özel hayatın gizliliği yeniden şekillendirilmiştir.¹⁵⁶

1986 tarihli “Numara ve Rota Tespit Kanunu” (*The Pen Register Act*)¹⁵⁷, amacı iletişimin içeriğine müdahale etmeden¹⁵⁸ telekomünikasyon verilerinin elde edilmesini¹⁵⁹ sağlamaktadır. 1968 tarihli Teknik Dinleme Kanunu’ndaki gibi burada

¹⁵⁴ YARDIMCI, s. 96.

¹⁵⁵ YARDIMCI, s. 31.

¹⁵⁶ YARDIMCI, s. 31.

¹⁵⁷ Daha detaylı bilgi için bkz. “Pen Registers and Trap and Trace Devices” <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-II/chapter-206> (Erişim tarihi: 1 Mayıs 2016)

¹⁵⁸ Düzenlemeye kaynaklık oluşturan mahkeme kararında, bu kayıtların iletişimin içeriğine müdahale etmediği belirtilmiştir. (<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/442/735/case.html>); “The installation and use of a pen register, which is an electronic device that records all numbers called from a particular telephone line, by police does not constitute a violation of the “legitimate expectation of privacy” under the Fourth Amendment of the U.S. Constitution because the numbers would be available to and recorded by the phone company anyway.” (Erişim tarihi: 1 Mayıs 2016)

¹⁵⁹ Bu tedbir için hakkında başvuru yapılan kişi sayısının 23.000’den 80.000’e çıkması, endişe verici görülmektedir. GREENBERG, Andy: “U.S. Law Enforcement Is Tracking Who Calls, Texts And Emails Whom More Often Than Ever Before”, Forbes.com 9/27/2012, s. 32. (<http://www.forbes.com/sites/andygreenberg/2012/09/27/u-s-law-enforcement-is-tracking-who-calls-texts-and-emails-whom-more-often-than-ever-before/#5e69433a1987>) (Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2016)

da Adalet Bakanlığınca belirlenen bir görevlinin gecikmesinde sakınca olan hallerde mahkeme kararı olmadan iletişimin tespiti kararı verilebilmesi mümkündür.¹⁶⁰

1994 tarihli “Telekomünikasyon Şirketlerinin Kolluk Kuvvetlerine Yardım Kanunu” (CALE; Communications Assistance for Law Enforcement Act of 1994) arkasındaki saikin teknolojik gelişmeler karşısında suçun takibinde teknik imkanlardan yeterince faydalanılabilmesi, özel hayatın korunmasına ilişkin ihtiyaçların artması ve bu hedeflerin gerçekliğe kavuşturulabilmesi gayesinin mümkün kılınabilmesi hedeflendiği söylenmekte ve buradaki düzenlemelerin 1986 tarihli kanunun sınırlarını genişlettiği belirtilmektedir.¹⁶¹ Sözgelimi, soruşturma sırasında artık hizmeti veren telekomünikasyon sağlayıcısının binasına girilip buradaki imkanlardan faydalanılabilecek; yeni hizmete sokulan servisler, soruşturmacıların suçu takip etmesini engellemeyecek şekilde olacaktır.¹⁶²

11 Eylül 2001 saldırılarından sonra altı hafta gibi kısa bir sürede, 26 Ekim 2011’de, yürürlüğe giren¹⁶³ **2001 tarihli Patriot Act**; mevcut kanunlarda değişikliklere gitmekle birlikte, kurumlar arası (istihbarat görevlileri/kolluk görevlileri) bilgi paylaşımı mekanizması getirmiş; 1968 tarihli Teknik Dinleme Kanunu’nun kataloğunu genişletmiş ve süre sınırını uzatmış, gezici takip (roving tap) uygulamasını getirmiş, yetkili mahkemenin terörizme konu suçla ilgili verdiği iletişimin denetlenmesi kararının yer yönünden yetki sınırlarını genişletmiştir.¹⁶⁴

¹⁶⁰ YARDIMCI, s. 88.

¹⁶¹ “... radyo haberleşmesi ve kablosuz telefon görüşmeleri hakkındaki mahremiyeti korumaya ilişkin hükümlerin kapsamı genişletilmiştir.” YARDIMCI, s. 32.

¹⁶² YARDIMCI, s. 32.

¹⁶³ MCCARTHY, Michael T.: “USA Patriot Act”, Harvard Journal on Legislation. S. 39, s. 435-454.

¹⁶⁴ YARDIMCI, s. 40.

Teknik Dinleme Kanunu’nda, “makul şüphe” kriteri yerine, hukukun dolanılmasına müsaade eden “önemli hedef” ölçüsü getirilmiştir.¹⁶⁵

Tedbir kararlarında, Kara Avrupası ülkelerinin aksine, kişinin kimliğinin açıkça yazılması aranmaktadır.¹⁶⁶ Bununla birlikte, kişinin tedbiri bertaraf etmesi konusunda deliller mevcutsa ve kaçınmaya çalıştığı anlaşılıyorsa telefon numarasının yer almadığı “roving taps” olarak adlandırılan denetim kararına da başvurmak mümkündür.¹⁶⁷ Belirtmek gerekir ki, bu kural değil, istisnadır ve 2003 yılı içinde sadece “altı” adet karara onay verilmiştir.¹⁶⁸ Ancak Snowden vakasından¹⁶⁹ sonra, Birleşik Devletler Ulusal Güvenlik Teşkilatı’nın hukuk normlarını bertaraf ederek hukuksuz dinlemeler¹⁷⁰ ve veri madenciliği yaptığığının ortaya çıkmasıyla¹⁷¹ mesele hukuki zeminde tekrar tartışılır hale gelmiştir.

B. AVRUPA ÜLKELERİNDE TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Haberleşme hürriyeti, AİHS m. 8’de düzenlenmiştir. AİHS m.8’in düzenlemesindeki “haberleşme” kavramı içine iletişimin türü (mektup vb.) önemli olmaksızın¹⁷², bütün haberleşme vasıtalarıyla gerçekleştirilen iletişim girer. Telefon konuşmaları da bu sınırlar içindedir ve bu iletişim hizmetini sağlayanın devlet veya

¹⁶⁵ YARDIMCI, s. 97.

¹⁶⁶ KAYMAZ, s. 272.;

¹⁶⁷ KAYMAZ, s. 279.

¹⁶⁸ VENTURA, Holly E.: “*Electronic Surveillance*”, Salem Press Encyclopedia, Ocak 2015

¹⁶⁹ ARON, “*Every Click You Make*”, New Scientist. T. 11/14/2015, C. 228 S. 3047, s 20-21.

¹⁷⁰ DEEKS, Ashley.: “*An International Legal Framework for Surveillance*”, Virginia Journal of International Law. 2015, Cilt 55 Sayı 2, s. 291-368.

¹⁷¹ OMBRES, Devon: “*NSA Domestic Surveillance from the Patriot Act to the Freedom Act: The Underlying History, Constitutional Basis, and the Efforts at Reform*”, Seton Hall Legis. J, S. 39, s. 27-58.

¹⁷² DİNÇ, Güney: Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara 2006, s. 418.

özel teşebbüs olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır.¹⁷³ Doktrinde, “haberleşme hürriyeti” terimi yerine “muhaberat hürriyeti” teriminin de kullanıldığı görülmektedir.¹⁷⁴

AIHM’in AIHS yorumuna ve uygulamasına ilişkin uzun süre içtihat geliştirmiş olmasıyla belirli Avrupa ölçütlerine erişilmiştir ve bunlara uyulması üye devletlerden beklenmektedir.¹⁷⁵

Avrupa parlamentosu 2001 yılındaki raporunda¹⁷⁶ devletlerin milli güvenliklerini sağlayabilmeleri amacıyla dinleme faaliyetinde bulunmasının kabul edilebilir olduğunu belirtmiştir.¹⁷⁷ Bunun öncesinde ise 1995 yılında yapılan kongrede telekomünikasyonun nasıl denetleneceğine dair sınırların belirlendiği bir ilke kararı alınmıştır.¹⁷⁸ AB konseyi ise, 17.01.1998 tarihinde AB anlaşmasını¹⁷⁹ göz önüne alarak bir ilke kararı kabul etmiştir.¹⁸⁰ Anılan ilke kararı denetleme yetkisinin çizgileri ve kapsamı, denetlemeye yetkili mercilerin kurumsal bazda belirlenmesi ve

¹⁷³ TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz: AIHS Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2004, s. 405.; ŞEN, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, Ceza Hukuku Dergisi Y. 2 S. 4, s. 97-135.

¹⁷⁴ ŞEN, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, Ceza Hukuku Dergisi Y. 2 S. 4, s. 97-135.

¹⁷⁵ DOEHRING, Karl: Genel Devlet Kuramı, Ankara 2002, s. 273. (çev. Ahmet MUMCU)

¹⁷⁶ (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2001-0264+0+DOC+XML+V0//EN>) BASSIOUNI, M. Cherif: Introduction to International Criminal Law, 2nd Revised Edition, s.521 vd.

¹⁷⁷ TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Başkanlığı Raporu, (https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/kr_telekulak_102008.pdf) (Erişim Tarihi: 4.5.2016)

¹⁷⁸ (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31996G1104>) (Erişim Tarihi: 4.5.2016); TAŞKIN, Mustafa: “Türk Hukukunda Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi ve Bu Sistemin AIHM Kriterlerine Uygunluğu, Terazi Dergisi, Ocak 2011, Y. 6 S. 53, s. 77-86.

¹⁷⁹ (<http://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>) (Erişim Tarihi: 4.5.2016)

¹⁸⁰ BULDUK, Seyfi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile Ceza Muhakemesi Hukukunda telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi (Doktora Tezi), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (2014), s. 48.

keyfiyeti önleyici tedbirler gibi; çoğunlukla teknik kavramlara ve kavramların içeriğine ilişkindir.¹⁸¹

AİHS m. 8/1’de hakkın kapsamı belirlenmiş, m. 8/2’de hangi neden ve koşullarla sınırlamalara gidilebileceği açıklanmıştır.¹⁸² Diğer özgürlükler gibi, haberleşme hürriyeti de bu sınırlamalara tabidir.¹⁸³

AİHM, m. 8/2’deki düzenlemeden hareketle, “ihlal” konusunda karar verirken üç şartı incelemektedir. İhlale konu müdahalenin yasaya uygun olmaması, müdahalenin meşru bir amacının olmaması veya müdahalenin demokratik bir toplumda zorunluluk teşkil etmemesi hallerinden birinin varlığını somut olayda tespit edildiği halde, mahkeme, diğer şartlardan birini incelemeye geçmemektedir.¹⁸⁴ Örneğin, haberleşme hürriyetine bir müdahale varsa fakat müdahale kanuna uygun değilse artık müdahalenin yöneldiği amacın meşru olup olmadığı ve demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığı denetlenmeyecektir.¹⁸⁵ Nitekim AİHM, 6.9.1978 tarihli *Klass ve Diğerleri v. Federal Almanya Cumhuriyeti* davasında bu kısıtlamanın anılan gerekçelerden biriyle sınırlandırılabilirliğini kabul etmiştir.¹⁸⁶ Müdahalenin hukuka uygunluğu tespitinden sonra meşru bir amacı olup olmadığı denetimi, m. 8/2’de sayılan kamu düzeni vb. gibi geniş nedenlerle sayıldığından mahkeme ölçütünü bu geniş alan içerisinde kabul etmektedir.¹⁸⁷ Müdahalenin, demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığı; meşru amacın gerçekleştirilmesine yönelik ölçülü

¹⁸¹ TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Başkanlığı Raporu, (https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/kr_telekulak_102008.pdf) (Erişim Tarihi: 4.5.2016)

¹⁸² DİNÇ, s. 381.

¹⁸³ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s 406.

¹⁸⁴ YARDIMCI, s. 129.

¹⁸⁵ YARDIMCI, s. 129.

¹⁸⁶ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s.406.

¹⁸⁷ ŞEN, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, Ceza Hukuku Dergisi Y. 2 S. 4, s. 97-135.

ve hakkın özüne dokunmayan nitelik taşıyıp taşımadığına göre belirlenecektir.¹⁸⁸ Müdahale, orantılı olmalıdır; bu, kanunun sınırlaması ile bu müdahale neticesinde ulaşılmak istenen amacın arasında bir ölçü bulunmasını ifade eder.¹⁸⁹ “Demokratik bir toplumda duyulan zorunluluk” kriteri incelenirken, ihlal iddiasında bulunulan ülkeyle ilgili olarak o ülkenin iç hukuku, toplumsal değerleri ve yaşam tarzları dikkate alınmaktadır.¹⁹⁰

Anılan düzenlemeye¹⁹¹ göre, müdahale ancak kanunla gerçekleştirilebileceğinden; demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suçların önlenmesi amacıyla haberleşmenin denetlenmesine imkan tanıyan bu kanuni düzenleme keyfi uygulamaların önüne geçebilmek için belirgin ve açık olmalıdır.¹⁹² Ancak AİHM, kanunun maddi ve gerekirse biçimsel ele alınması gerektiğini, yazılı olmayan hukukun da bu kapsamda değerlendirilebileceğini düşünmektedir.¹⁹³ Müdahale için tanınan “takdir marjı”nın sınırları net bir şekilde belirlenmiş olmalıdır.¹⁹⁴ Nitekim AİHM, tedbirin hangi şartlar

¹⁸⁸ ŞEN, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, Ceza Hukuku Dergisi Y. 2 S. 4, s. 97-135.

¹⁸⁹ YARDIMCI, s. 143.

¹⁹⁰ BULDUK, s. 59.

¹⁹¹ “(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

(2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

¹⁹² YOKUŞ SEVÜK, “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, TBB Dergisi, S. 69, Y. 2007. s 97-124; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s .405.; ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖZBEK, Veli Özer: “4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, Prof. Dr. M. Seyfullah EDİS’e Armağan, İzmir 2000, s. 249-303; Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması) Konulu Panel, Ankara 18 Ekim 2008, Türkiye Barolar Birliği Yayınları., YARDIMCI, s. 113 vd.; DİNÇ, Sorularla AİHS, s. 384.; ŞEN, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, Ceza Hukuku Dergisi Y. 2 S. 4, s. 97-135.

¹⁹³ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s .405.

¹⁹⁴ YARDIMCI, s. 131.; “... yetkili makamların bu husustaki takdir yetkilerinin uygulanma kapsamını ve şeklini yeterli açıklıkla göstermemektedir ... demokratik bir toplumda hukukun egemenliğinin gerektirdiği minimum koruma düzeyinden yararlanmamıştır. Bu nedenle m. 8 ihlal

altında ve kime uygulanacağını düzenlenmemesi karşısında yetkili makamların takdir hakkını nasıl kullanacağına dair bir çerçeve ve sınır çizilmemesini m. 8'in ihlali olarak kabul etmiştir.¹⁹⁵ Müdahale kanuna dayanmıyorsa, hukuka aykırıdır.¹⁹⁶ Hukuka uygun deyimi sadece iç hukuka yapılan bir gönderme değil, AİHS'in başlangıç bölümünde ifade olunan "hukukun üstünlüğüne uygunluğu gerektiren bir hukukun kalitesiyle de ilgili"dir.¹⁹⁷ Kanun, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmalı ve kesin olarak kamu otoritesinin keyfiyetini engelleyici nitelikte olmalıdır.¹⁹⁸

Kanunun belirgin, açık, herkes tarafından erişilebilir, öngörülebilir olması zorunluluğunun¹⁹⁹ yanında aynı zamanda da iç hukukta bir dayanağının olması ve hukukun üstünlüğü kuralına uygun olması gerekmektedir²⁰⁰ Mahkeme, telekomünikasyonun tespitine ilişkin hususların açık ve anlaşılabilir olmamasını ihlal kabul etmektedir.²⁰¹ Kanuniliğin şartı içinde herkesin buna erişebilmesi ve hangi davranışının neticesinde hangi sonuçlara maruz kalabileceğini bilebilmesi açısından

edilmiştir." Kopp/İsviçre 25 Mart 1998, **CENGİZ/DEMİRAĞ/ERGÜL/MCBRIDE/TEZCAN**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, s. 84.

¹⁹⁵ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR**, s. 405.; AİHM Kopp/İsviçre Kararı, 25 Mart 1998.

¹⁹⁶ AİHM Malone/Birleşik Krallık, 2 Ağustos 1984; AİHM Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık Kararı, 25 Mart 1983.

¹⁹⁷ AİHM Malone/Birleşik Krallık Kararı, 2 Ağustos 1984; **DİNÇ**, Güney, Sorularla AİHS, s. 423.

¹⁹⁸ **ŞEN**, "İletişimin Denetlenmesi Tedbiri", Ceza Hukuku Dergisi Y. 2 S. 4, s. 97-135.

¹⁹⁹ **ŞEN**, "İletişimin Denetlenmesi Tedbiri", Ceza Hukuku Dergisi Y. 2 S. 4, s. 97-135.

²⁰⁰ **YARDIMCI**, s. 131.; "Mahkeme, başvurucuya hukukun üstünlüğü gereği vatandaşlara tanınan ve mesele konusu müdahaleyi 'demokratik bir toplumda gereklilik' sınırları içinde tutmaya muktedir bir etkin kontrol sağlanmadığı kanaatindedir." AİHM Lambert/Fransa Kararı, 24 Ağustos 1998 (<http://tbddergisi.barobirlik.org.tr/m2010-90-652>) (Erişim Tarihi: 5.5.2016), AİHM Bykov/Rusya Kararı, 10 Mart 2009.

²⁰¹ AİHM Valenzuela Contreras/İspanya Kararı (30.07.1998) için bkz. **YENİSEY**, Feridun/**İÇEL**, Kayıhan: "İletişimin Denetlenmesi Hakkında", (<http://www.turkhukusitesi.com/showthread.php?t=15125>) (Erişim Tarihi: 5.5.2016); "Foreseeability of law: telephone taps constituted serious interference with right to respect for private life and correspondence – had to be based on an especially precise "law" (http://www.hrcr.org/safrica/privacy/contreras_spain.html) (Erişim Tarihi: 5.5.2016)

önem arz etmekte, AİHM de böyle bir biçimde açık düzenlenmesi gerektiği kanaatine varmaktadır.²⁰²

Avrupa Birliği üyesi bütün ülkelerde iletişimin denetlenmesi tedbiri²⁰³ uygulanmaktadır.²⁰⁴ AİHM, yukarıda sayılan üç şartın dışında iletişimin denetlenmesine konu suçların belirlenmesi, tedbire son çare olarak başvurulabilmesi, tedbirin sonlandırılması halinde ilgisine bildirimde bulunulması, tedbir süresinin belirli olması, karar sonucu takipsizlik veya beraat hallerinde elde edilen verilerin yok edilmesi, tedbirin muhatabının belirli olması, takibi gerçekleştirecek görevlilerin yetki sınırlarının belirlenmiş olması gibi kriterler de getirmiştir.²⁰⁵ Mahkeme, elde edilen kayıtların adli amaç sona erdikten sonra imha edilmesi gerektiğini²⁰⁶ de içtihat etmektedir.

İletişimin denetlenmesine ilişkin normatif düzenlenmelerin, cezaların ağırlığına göre veya belirli suç tiplerine göre ayrımlara gidilerek düzenlendiği görülmektedir. Almanya ve Polonya (adam öldürme, insan ticareti, şantaj, yağma, casusluk vb.) belirli suçlarda iletişimin denetlenmesini mümkünken Avusturya’da kasten işlenen ve alt sınırı bir yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçlarda bu tedbir uygulanabilmektedir.²⁰⁷

²⁰² TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 407.

²⁰³ GOODMAN, Joseph; Telecommunications Policy-making in the European Union, Cornwall 2006, s. 75 vd.

²⁰⁴ AKSU, Muharrem; Özgürlük ve Güvenlik Dengesinde Önleyici Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Doktora Tezi), s. 154 vd.; TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Başkanlığı Raporu, (https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/kr_telekulak_102008.pdf) (Erişim Tarihi: 4.5.2016)

²⁰⁵ YARDIMCI, s. 152.

²⁰⁶ “Ayrıca, söz konusu mevzuat, özellikle takipsizlik veya tahliye kararları sonrasında kayıt dayanaklarının silinebileceği veya yok edilebileceği ya da silinmesi veya yok edilmesi gerektiği koşulları belirtmelidir.” AİHM II. Daire ÖZDEMİR/TÜRKİYE kararı 15/04/2014.

²⁰⁷ CENTEL/ZAFER, s 433.

Bütün uygar ülkelerde, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, bireyin anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlerine müdahale olarak değerlendirilmektedir.²⁰⁸ AİHM, bu konudaki ilk kararını 6.9.1978 tarihli *KLASS ve diğerleri v. Federal Almanya Cumhuriyeti* davasıyla²⁰⁹ vermiştir. Almanya'yı ilgilendiren en önemli kararın bu karar olduğu düşünülmektedir.²¹⁰

İletişimin tespiti türündeki denetleme kararlarına ilişkin bilgiler, Fransa ve İngiltere gibi ülkelerde denetim kapsamı dışında tutulmakta ve bu faturalandırmaya ilişkin bilgiler sınırlandırmaya tabi tutulmadan soruşturmada ve kovuşturmada kullanılabilen, Almanya ve İsviçre gibi ülkelerde tedbirin geçmişe yönelik alınıp alınmaması konusunda bir ayrıma gidilip, geleceğe yönelik bu husustaki tedbir kararını sıkı şartlara bağladığı görülmekteyse de AİHM bu iletişim tespitinin (arayan-aranan, saat ve süre) iletişimin bütünleyici bir unsuru olduğundan hareketle AİHS m. 8'in ihlali kapsamında olacağını düşünmektedir.²¹¹

Almanya'da katalog suçlar bakımından hakim kararı olması şartıyla ve başka türlü delil elde etme imkanı olmaması halinde kuvvetli suç şüphesi de varsa, son çare koşulu olarak adli amaçlı iletişimin denetlenmesi gerçekleştirilebilmektedir.²¹²

Tesadüfen elde edilen deliller bakımından, Almanya'da iletişimin denetlenmesinin özel olarak düzenlenmediği dönemde, aramaya ilişkin tesadüfen elde edilen deliller hükmünün bu tedbir bakımından uygulanmasını mümkün görülmemekteyken yeni

²⁰⁸ ERDEM/ÖZBEK, "4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi", Prof. Dr. M. Seyfullah EDİS'e Armağan, İzmir 2000, s. 249-303

²⁰⁹ Klass and others v Federal Republic of Germany, European Court of Human Rights (Series A, NO 28) (1979-80) 2 EHRR 214, 6 September 1978; http://www.hrcr.org/safrica/limitations/klass_germany.html

²¹⁰ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 534.

²¹¹ KAYMAZ, s. 118.

²¹² BULDUK, s. 48.

düzenlemeyle birlikte eğer tesadüfen ele geçen yeni bilgi, katalog içindeyse elde edilen bu bilgi değerlendirilebilmekte fakat katalogda yer almıyorsa artık değerlendirilmemektedir. Buradaki tek şart, üçüncü kişi bakımından da tedbire karar verilebilmesi için bütün şartların gerçekleşmiş olmasıdır.²¹³ Alman hukukundaki önleme dinlemesi ise, Türk hukukundan farklı olarak gecikmesinde sakınca olan haller dışında hakim kararı olmaksızın yapılabilen ve bazı şartlarda bütün telefonları kapsayan genel bir dinleme türüdür.²¹⁴

Birleşik Krallık’da önleme amaçlı iletişimin uygulanmaya başlaması, 1980’li yıllara uzanmaktadır. İlk normatif düzenleme ise 1984 tarihli *Malone v. İngiltere* kararından sonra 1985 tarihli kanunla gerçekleştirilmiştir.²¹⁵ İngiliz parlamentosu, böylece bir kanun çıkartmak durumunda kalmış olsa da anılan kararda İngiltere’de hukuk düzeninde telefon dinlemeye olanak tanıyan düzenlemenin varlığı kabul edilmiş ancak kapsam ve çerçevesinin uygulama bakımından makamlar için açık ve teşhis edilebilir olmadığı sonucuna varmıştır²¹⁶. En az üç yılı gerektiren suçlarda ve 21 yaşını doldurmuş kişiler hakkında, suçun ortaya çıkarılması konusunda bu tedbire başvurmak zorunlu hale gelmişse ve başka suretle delil elde edilme imkanı yoksa, bu tedbire başvurulabilmektedir. Tanıklıktan çekinebilecek kişiler özelinde tedbire başvurulamayacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır.²¹⁷ Kararlarda, mümkünse **kişinin isminin açıkça yazılması** gerekmekte, buna imkan yoksa tedbire konu kişinin kimliğinin yazılı olarak tedbir

²¹³ ERDEM/ÖZBEK, “4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, Prof. Dr. M. Seyfullah EDİS’e Armağan, İzmir 2000, s. 249-303

²¹⁴ ŞEN, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, Ceza Hukuku Dergisi Y. 2 S. 4, Ankara 2007, s. 97-135.

²¹⁵ BULDUK, s. 50.; (https://en.wikipedia.org/wiki/Telecommunications_Act_1984) (Erişim Tarihi 4.5.2016)

²¹⁶ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 534.

²¹⁷ BULDUK, s. 50.

kararında belirtilmesi aranmamaktadır.²¹⁸ Buna karşın, Birleşik Krallık’da kişiyi tarif eden bilgilerin yazılması istisna, kimlik belirtilmesi kuraldır.²¹⁹

Fransa’da iletişimin denetlenmesine ilişkin 1991 tarihli kanun yürürlüğe girmeden, yani konuya ilişkin düzenleme bulunmazdan evvel, mahkeme içtihatlarıyla bu tedbire başvurulmaktaydı. Fransa’da iletişimin denetlenmesine önleme tedbiriyle başlanmakta, sonuç elde edilemezse adli amaçlı tespit talep edilmekteyse de önleme tedbirinden elde edilen bulgular adli amaçlarla kullanılamamaktadır.²²⁰ Adli amaçlı olarak, şu anda sadece somut bulgular ve başkaca delil elde etme imkanı yoksa alt sınırı iki sene olan suçlar bakımından dinleme kararı verilebilmektedir.²²¹ Fransa’da telefon dinlemeye ilişkin özel düzenlemeye gidilmesi gerektiği 24.4.1990 tarihli AİHM’in Fransa’yı mahkum ettiği karara dayanmaktadır.²²²

İtalya’da, önleme amaçlı olarak bu tedbire başvurulabilse de bu konu suçun ortaya çıkarılması değil, suçun işlenmeden önce önlenmesi amacıyla gerçekleştirilebilme ve buradan elde edilen bulgular ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamamaktadır.²²³ Adli amaçlı tedbire ise ancak katalog suçların varlığı halinde başvurulabilmektedir.²²⁴

Türkiye Cumhuriyeti özelinde ise, AİHM 4. Dairesi 06/12/2005 tarihli ve 27310/95 sayılı kararında²²⁵, Mülga CMUK m. 91 ve 92’nin kıyasen uygulanarak

²¹⁸ KAYMAZ, s. 272.

²¹⁹ KAYMAZ, s. 273.

²²⁰ BULDUK, s. 45.;

²²¹ BULDUK, s. 50.

²²² ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 534.

²²³ BULDUK, s. 52.

²²⁴ BULDUK, s. 53.

²²⁵ (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-71485>) (Erişim Tarihi 4.5.2016), (<http://www.kararara.com/aihm/turkce/aihm10648.htm>) (Erişim Tarihi 4.5.2016).

telefonu dinlenen ve bu görüşme kayıtlarına dayanarak hakkında onsekiz sene hapis cezası verilen başvurucuyu haklı bulmuş ve Türkiye Cumhuriyeti’ni AİHS m. 8’in ihlali nedeniyle mahkum etmiş; CMUK m. 91 vd.’ye göre iletişimi dinleme yetkisinin verilmediğini, yetki hükümlerinin usul ve esas açısından muhakkak açık bir şekilde düzenlenmesi gerektiğini ve ilgili telefon dinlemelerinin bu nedenle yasal dayanaktan yoksun olduğuna hükmetmiştir .

Mahkeme, 2014 tarihli bir kararında ise CMK m. 135 düzenlemesinin konuyla ilgili ayrıntılı kurallar içerdiğini; karar merciinin takdir yetkisinde açık şekilde düzenlendiğini, tedbirin süresinin-kayıtların imhasının ayrıca belirtildiğini, hangi suçlar bakımından tedbire başvurulabileceğinin gösterildiğini, acil durumlarda bile olsa muhakkak hakim kararına ihtiyaç duyulduğunun da düzenlendiğini belirterek, m. 8’in ihlali yönünden Türkiye Cumhuriyeti aleyhine bir karar vermemiştir.²²⁶ Aynı zamanda, başlangıçta hakkında dinleme kararı verilmeyip de sonradan sanık konumuna düşmesi neticesinde delillerin hukuka aykırılığı iddiasını ise “*Mahkeme, başvuranın başlangıçta sanıklar arasında bulunmamasına ilişkin koşulun, gerçekleştirilen dinlemelerin Sözleşme’ye uygunluğu üzerinde, kendi içinde, etkisi olmadığı kanaatindedir*” şeklinde değerlendirmiştir.

²²⁶ AİHM II. Daire, Başvuru No: 60225/11 T. 15/04/2014 Murat Özdemir / Türkiye kararı.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KORUMA TEDBİRİ

I. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

A. ÖNLEME TEDBİRİ OLARAK TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Suç işlendikten sonra, devletin faili belirlemek için araştırma yapması adli görevdir.²²⁷

Suç işlenmeden önce ise, CMK'nın kabul ettiği şüphe kategorilerine girmeyen bir hal söz konusu olduğunda, soruşturmaya başlanamayacağı için, inceleme veya araştırma yapılmasına değer nitelikte bir olay ya da şüpheli durumun varlığı halinde, “önleme amaçlı tedbirlere” başvurulabileceği düşünülmektedir.²²⁸

Bu nedenle denmektedir ki, önleme amaçlı tedbirler, suçun işlenmesinden önce başvurulanan tedbirlerdir.²²⁹ Doktrinde bu tedbirlerin gerçekleştirildiği safhaya “ön alan” araştırmaları / ön alan soruşturması da denilmektedir.²³⁰ Bu tedbirlere, suç işlenmesinden önce başvurulabileceği konusunda aksi bir görüş olmamakla birlikte, bazı yazarlar hazırlık hareketlerinde de bu tedbire başvurulabileceğini düşünmektedir.²³¹

²²⁷ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 275.

²²⁸ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 275.

²²⁹ Doktrinde bu duruma “ön alan araştırmaları” denilmesini doğru bulan görüş için bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, s. 275

²³⁰ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 168 vd.; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 269.

²³¹ “Tebirinin amacı suçun önlenmesi olduğundan, önlenmesi istenilen suça ilişkin hazırlık hareketleri başlamadan dahi tedbire başvurulabilir” YENİSEY/NUHOĞLU, s. 279.; “Ne var ki bu amaçla tedbire başvurulmuş olsa dahi, özellikle teşebbüs ve hazırlık hareketleri söz konusu olduğunda tebdirin aynı zamanda önleyici bir yan etkiye sahip olduğu gözden uzak tutulmamalıdır”, ERDEM/ÖZBEK, “4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde

Önleme tedbiri olarak iletişimin denetlenmesi konusunun düzenlediği kanunlar 2559 sayılı *Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu*, 2803 sayılı *Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu* ve istihbarat amaçlı dinlemenin düzenlendiği 2937 sayılı *Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunlarıdır*. Bu kanunlara, 3.7.2005 tarihli ve 5397 sayılı kanunla değişiklikler yapılarak, PVSK ek m. 7, JTGYK ek m. 5 ve MITK m. 6'yla birlikte iletişimin denetlenmesi yetkisi getirilmiştir. Bu kanunlara ilişkin incelememizi birinci bölümde yapmış olduğumuzdan, orada bahsedilenler aynen burada geçerliliğini korumaktadır.

Önleme tedbirinde kararı alabilmek açısından yetki, belirli suçlar bakımından söz konusu olabilmektedir. Bu suçlar, PVSK ve JTGYK bakımından da ortaktır. Bu suçlar, CMK'nın mülga m. 250/1-a-b-c bentleriydi fakat 6352 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılan CMK m. 250 nedeniyle, buradaki suçlara yapılan göndermelerin TMK m. 10/1'e yapılacağı belirtilmişti. 6526 sayılı kanunla TMK m. 10/1 de yürürlükten kaldırılınca, hangi suçlar bakımından bu tedbire başvurulabileceği konusunda bir boşluk olduğundan, başvuru noktası olarak geriye genel yetki kurallarının düzenlendiği Adliye Mahkemeleri Kanunu m. 12 kaldı.²³² TMK mülga m. 10 CMK mülga m. 250/1- a,b,c'de sayılan suçların neler olduğu genel yetki kurallarına²³³ göre belirlenmelidir²³⁴; buna göre bu suçlar,

Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi", Prof. Dr. M. Seyfullah EDİS'e Armağan, İzmir 2000, s. 249-303

²³² YENİSEY/NUHOĞLU, s. 278.

²³³ "Ağır ceza mahkemesinin görevi

Madde 12- Kanunların ayrıca görevli kaldığı haller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ve 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir.

- 1- Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (TCK m. 188),
- 2- Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu (TCK m. 282),
- 3- Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar (TCK m. 220),
- 4- TCK m. 302 ila m. 339 arasında yer alan suçlar (m. 305, m. 318, m. 319, m. 324, m.325, m.332 hariç)²³⁵

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi konusunda önemli olan noktalardan biri de, bu amaçla yapılan dinlemelere dayanarak elde edilen bulguların ceza yargılamasında delil olarak kullanılıp kullanılmayacağıdır. Kanun koyucunun bu konularda özel bir delil yasağı getirildiği düşünülmektedir.²³⁶ PVKS ek m.7/7 ve JTGYK ek m.5/6'daki düzenlemeye göre *"Bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, birinci fıkrada belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz."* denilmektedir. Birinci fıkra ise *"Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişini sağlamak üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar."* şekilde düzenlenmiş ve amaçlar sayılmıştır. Buradaki amaçlar içerisinde "ceza muhakemesine" ilişkin ifade yoktur; ancak, bu amaçlarla toplanan bilgiler "yetkili mercilere veya kullanma alanına" ulaştırılır ifadesi kullanılmıştır.

Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler, askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler ile çocuklara özgü kovuşturma hükümleri saklıdır."

²³⁴ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 278.

²³⁵ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 278.

²³⁶ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 279; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 186; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 538.

TCK m. 279 (kamu görevlisinin suçu bildirmemesi), bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevi (CMK m. 160) hükmü ve bu anılan fıkra karşısında, suça konu bilgilerin suç işlendiği anda Cumhuriyet savcısına ulaştırılması gerektiği anlamı çıkmaktadır. Önleme amaçlı dinleme neticesinde elde edilen bulguların, Ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmasına izin verilmemiştir.²³⁷

Bununla birlikte, önleme dinlemesi sırasında suçun işlenmeye başlamasının fark edilmesi halinde elde edilen bulguların, ceza kovuşturmasında delil olarak değerlendirilebileceği yönünde²³⁸ bir görüş de vardır. Ancak Anayasa, AİHS ve CMK karşısında bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir.

Önleme amaçlı iletişim denetlenmesine başvurulabilmesi için, bir neden ve suç işleme tehlikesinin varlığı yanında, bu tedbire başvurmanın suçu önleme bakımından son çare olması koşulu aranmalıdır, kanunlarda böyle bir koşula yer verilmemiş olmasının son çare olmaması olarak değerlendirilmesi gerekmediği düşünülmektedir.²³⁹

Tedbire hakim kararıyla başvurulabilmektedir. Bu hakim, Ankara ağır ceza mahkemesinin üyesidir. (PVSK ek m. 7/3, JTGYK ek m.7/2, MITK m. 6/2). Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinde ise (CMK m. 135 gereği) görevli merci Ağır ceza mahkemesidir ve bu karar oybirliğiyle alınır. Yargıtay 9. CD'nin 4.6.2008

²³⁷ Burada delillerin kullanılmasına izin verilmemesinin “şartlar ve nitelik” gereği CMK’daki gibi sıkı düzenlenmemiş olması düşünülmektedir. **ŞAHİN**, Cumhuriyet: “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi –Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, Sa. 1-2, Yıl 2007, s. 1095 - 1112.

²³⁸ “... önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi gibi başlayan tedbir, daha sonra adli amacı iletişimin denetlenmesi tedbirine geçiş yapmaktadır ... suçun işlenmesinden önceki döneme ilişkin olduğu ve adından da anlaşılacağı üzere “önleme” amaçlı olduğu dikkate alındığında, burada suç işlendiği iddiasında bulunulduğundan, önleme dinlemesinden değil, tümü ile adli maksatlı dinlemeden bahsetmek mümkün olabilecektir.” **ŞEN**, Ersan: Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir, Ankara 2008 s.45

²³⁹ **YENİSEY/NUHOĞLU**, s. 279.

tarıhli ve E. 2008/87, K. 2008/22381 sayılı kararında “anılan yasal düzenlemelerin amaç, kapsam ve gerekçesi birlikte nazara alınıp değeriendirildiğinde; amacı ne olursa olsun hiçbir kuruma demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyetinde yaşayan insanlar şüpheli görölerek ölke genelini kapsayacak şekilde yetki verilemeyeceğı ... talepte bulunan kolluk birimlerinin bulundukları yerler itibariyle yetkili olan ve CMK m. 250/1’e göre kurulan ağır ceza mahkemesi üyelerinin kendi yargı çevreleri ile ilgili karar vermeleri gerektiğı, sınırsız bir yetki verilmesi suretiyle iletişimin tespit edilerek dinlenilmesine karar verilemeyeceğı, yasa koyucunun amacının da bu olduğı açıktır”, denilerek başvuran kolluğun bütün bir ölke çapında herkesi dinleyebilecek kadar geniş bir yetkisinin olmadığını belirtmiştir.

Gecikmesinde sakınca olan hallerde, PYSK ek m. 7/2’ye göre, emniyet genel müdürü veya istihbarat daire başkanının yazılı emri gerekmektedir ve bu emirler kırk sekiz saat içinde hakim tarafından onaylanmak zorundadır. JTGYK ek m.5/1’e göre ise yazılı emri jandarma genel komutanı veya istihbarat başkanı yazılı olarak verir ve kırk sekiz saat içinde hakim tarafından onaylanır.

Önleme amaçlı yapılan iletişimin denetlenmesi, adli tedbir olan iletişimin denetlenmesine dönüşebilmesi sorunu karşısında, doktrinde artık bu anda amacın, kapsamın, uygulama koşullarının değıştiğinden hareketle kişı için daha güvenceli bir düzenleme olan CMK m. 135’in uygulanması gerektiğinden bahsedilmektedir.²⁴⁰ Bununla birlikte, bu düzenlemelerle önleme ve istihbarat faaliyetleri konusunda bu tedbir uygulanırken bir suçun işlendiğine ilişkin bilgi edinilmesi durumunda, bu bilgilerin o suçı aydınlatmak açısından bir özel delil değeriendirme yasağı yaratıldığı

²⁴⁰ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 186.; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 279.

düşünülmesine rağmen, uygulamada bu tür bilgilerden bir suçla ilgili soruşturmaya başlanmasında yararlanıldığı ve kanunla getirilen güvencenin artık iinin boşaldığı savunulmaktadır.²⁴¹

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesiyle, adli amaçlı iletişimin denetlenmesine aynı anda başvurulabilmesi karşısında bir engel olmadığı çünkü bir kimse hakkında bir suçtan adli tedbire konu karar verilebileceği gibi bir başka halde önleme tedbirine konu kararın uygulanabileceği ifade edilmektedir.²⁴²

B. ADLİ TEDBİR OLARAK TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Adli tedbir olarak iletişimin denetlenmesi, CMK m. 135/1'in ifadesinden hareketle “yürütölmekte olan bir soruşturma kapsamında” denildiğinden adli soruşturma söz konusu olmadan bu tedbire başvurmak mümkün değildir.²⁴³

Uygulamada, çatı kavram olan “iletişimin denetlenmesi” kavramıyla bu denetlemenin türlerinden biri olan “iletişimin tespiti” kavramlarının sıkça karıştırıldığı görölmektedir.²⁴⁴

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin amacı, işlenmiş veya işlenmekte olan veya işlenmesine teşebbüs edilmiş bir suç hakkında delil elde etmektir.²⁴⁵

²⁴¹ ÖZTÖRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 538.

²⁴² YENİSEY/NUHOĞLU, s. 279.

²⁴³ TAMÖZ, Mehmet/KOCABEY, Hüseyin: Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Önleme ve Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Gizli Soruşturmaı Görevlendirilmesi Teknik Araçlarla İzleme, Yaklaşım Yayıncılık, Aralık 2009, s. 170

²⁴⁴ ŞAHİN, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi –Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakötesi Dergisi, C. XI, Sa. 1-2, Yıl 2007, s. 1095 - 1112.

Birinci fıkrada düzenlenen ve ağır ceza mahkemesinin oybirliği ile karar verebileceği tedbir türleri dinleme/kayda alma/sinyal bilgilerinin değerlendirilmesidir. Mobil telefonun yerinin tespiti veya iletişimin tespiti ise hakim veya mahkeme tarafından karara bağlanmaktadır. Burada mahkemenin ağır ceza mahkemesi veya ağır ceza mahkemesiyle oybirliği aranıp aranmadığı gibi m. CMK m. 135/1'dekine paralel bir düzenleme yapılmamıştır. Belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun ilk düzenlemesinde bütün bu tedbirler bir arada sayılmış, hepsi aynı dereceden hakimlik/mahkeme kararına bağlanmış ve ayrım gözetilmeden bütün tedbirler yönünden sadece belirli suçlarda başvurulabilmesi öngörülmüştü. Şu anki düzenlemede ise, iletişimin tespiti veya şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi amacıyla mobil telefonunun yerinin tespiti kararlarına başvurmada belirli suçların varlığı aranmamakta, herhangi bir suç yönünden bu tedbir türlerine başvurulabilmektedir. Ancak, iletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti kararlarına ilişkin düzenlemede, dinleme/kayda alma/sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin CMK m. 135/1'de şart olarak aranan “somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesi” ifadesi ve “başkaca delil elde imkanının olmaması” ifadeleri bu tedbir türleri açısından kullanılmamıştır.

Dolayısıyla acaba bu iki tedbir türü bakımından, bu şartlar aranmayacak mıdır sorusu akıllara gelmektedir. Biz, burada şartlara yönelik ifadeler yer almasa da CMK m. 135'deki bu şartların “genel” şartlar olduğu ve bu şartların bu tedbirler yönünden de aranması gerektiği konusundaki doktrin görüşüne katıldığımızı ifade etmek

²⁴⁵ ERDEM/ÖZBEK, “4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, Prof. Dr. M. Seyfullah EDİS'e Armağan, İzmir 2000, s. 249-303

isteriz.²⁴⁶ Aksi bir kabulde, sanki “hiçbir şart” aranmayacakmış gibi, bizi koruma tedbirlerinin tabiatına aykırı bir neticeye götürür ki, bunu hukuk devleti ilkesi karşısında kabul etmek mümkün görünmemektedir.

Ayrıca en önemlisi, yönetmelik düzenlemelerinin bir kısmı kanunla önemli konularda çelişmektedir. Temel hak ve hürriyetlere müdahalenin ancak kanunla gerçekleştirilebildiği demokratik hukuk devletlerinde²⁴⁷, yönetmeliklerle ağır müdahalenin sınırlarının ve çerçevesinin çizilemeye çalışılmasını anlayabilmek çok güçtür.

5271 sayılı CMK’nın ve 2007 tarihli yönetmeliğin çeliştiği noktalar şöyle sıralanabilir:

- 1) “Kararların yerine getirilmesi, iletişim içeriklerinin yok edilmesi” başlıklı CMK m. 137/1 düzenlemesinde²⁴⁸, verilecek kararların telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşların yetkililerinden isteneceği açıkça düzenlenmiş olması karşısında; yönetmelik m. 9/2-b’deki “*iletişimin tespiti kararları ile ilgili işlemlerin icrasını Cumhuriyet savcısı doğrudan veya kolluk birimi aracılığıyla Başkanlıktan talep eder. Tedbirlere ilişkin kararlar işletmecilere gönderilmez*” hükmü birbiriyle doğrudan çelişkilidir. Anılan yönetmelikte kastedilen “Başkanlık” ifadesi,

²⁴⁶ “CMK m. 135/1’de zikredilen en son çare, somut delile dayanan kuvvetli suç şüphe sebeplerinin varlığı, başka surette delil elde edilmesi imkanının bulunmaması gibi garantilerden yoksun bir hüküm yaratılmıştır. Biz m. 135/1’de anılan koşulların, genel nitelikte olduğunu ve m. 135/6’daki iletişimin tespiti için de aranması gerektiğini düşünüyoruz” YENİSEY/NUHOĞLU, s. 445.

²⁴⁷ HAFİZOĞULLARI, “24 Mayıs 2003 Tarih ve 25117 Sayılı Resmi Gazetede Yayınlanarak Yürürlüğe Konan ‘Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’ Adli Zabıt ve Aramalar Yönünden Yok Hükmündedir”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2004 S. 3, s. 13-26.

²⁴⁸ “... telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşların yetkililerinden iletişimin tespiti, dinlenmesi veya kayda alınması işlemlerinin yapılmasını ve bu amaçla cihazların yerleştirilmesini yazılı olarak istediğinde, bu istem derhâl yerine getirilir; yerine getirilmemesi hâlinde zor kullanılabilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.”

yönetmeliğin m. 4/1-b kısmında “4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanununun Ek 7 nci maddesi uyarınca kurulan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığını ifade eder” olarak belirtilmiştir. Yönetmelik maddesi, “tedbirlere ilişkin kararlar işletmecilere gönderilmez” diyerek, kanun hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Kaldı ki yönetmelikte zor kullanılabileceğine dair bir hüküm yokken, savcılığın kararın yerine getirilmesi hususunda zor kullanılabileceği de belirtilmiştir. Böylece, acaba, yönetmelik hükmü, “kanun ihmal edilerek” uygulanacaksa, Cumhuriyet savcısının “zor kullanma” yetkisi yönetmelikle elinden mi alınmış olacaktır? Buna evet cevabı verebilmek, hukuk devleti ilkesi gereği mümkün görünmemektedir.

- 2) İletişimin tespiti kararını vermeye yetkili merci, kanunda, soruşturma aşamasında hakim, kovuşturma aşamasında mahkeme olarak belirtilmiş olmasına ve birinci fıkradaki gibi “gecikmesinde sakınca olan hallerde” savcıdan bahsedilmiş olmaması karşısında; 2007 tarihli yönetmeliğin “gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da iletişimin tespitine...” (m. 5/3) ifadesinin varlığı yetki yönünden çelişki yaratmaktadır. Ancak şu söylenebilir, iletişimin tespiti daha önce diğer tedbir türleriyle birlikte 1. fıkra da sayılmakta iken şu an 6572 sayılı kanun değişikliğinin 42. maddesiyle ile CMK m. 135/1’den çıkarılmış ve 135/6’ya kaydırılmıştır. Anılan yönetmelik, daha önce düzenlenmiş; yani 2007 tarihlidir. Daha ileri tarihte kanun değişikliği yapılması karşısında, yönetmelik hükmünün artık “çelişkili” olduğunu söylemeye engel bir hal

bulunmamaktadır. O halde, yönetmeliğin bu hükmü değil, kanunun hükmü uygulanmalıdır.

- 3) Yönetmelik m. 7/4'ün son tümcesi²⁴⁹ Danıştay kararı ile iptal edilmezden evvel şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinmeye hakkı olanlar hakkında m. 135 şartları varsa adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabileceği düzenlenmişti. Bu hüküm, CMK m. 135/3'de getirilen düzenlemeye doğrudan ters bir hükümdü.
- 4) Müdafî ile şüpheli veya sanık arasındaki iletişimin denetlenmesine “yasak” getiren CMK m. 136 hükmüne rağmen, yönetmelik m. 7/5'de²⁵⁰ müdafî ile iletişimin denetlenmesi yasağı “suç şüphelisi olmayan” müdafî olarak belirtilmişti. Anılan hüküm Danıştay kararıyla iptal edildi.
- 5) Yönetmelikte “işlemlerin niteliği” başlığı altında düzenlenen m. 10/1'de yönetmelikte sayılan ve tanımlanan iletişimin denetlenmesi işlemlerine karşı itiraz edebileceklere²⁵¹ “Başkanlık” ifadesinin eklenmesi, CMK'nın itiraz kurumunu düzenlediği hükümleriyle çelişmektedir. CMK, başkanlığa “itiraz” hakkı tanımazken, yönetmelikte bu ifadenin yer alması çelişkilidir.

²⁴⁹ “Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl imha edilir ve bu husus bir tutanağa bağlanır. 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.”

²⁵⁰ “Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla suç şüphelisi olmayan müdafîin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci madde hükmü uygulanamaz.”

²⁵¹ “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 içerdği açıkça anlaşılan kararlara karşı Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık, katılan, suçtan zarar gören, müdafî, vekil, şüpheli veya sanığın yasal temsilcisi ve eşi ile Başkanlık tarafından itiraz edilebilir.”

6) Yönetmelik m. 10/3’de “*başkanlık tarafından yürütülmeyen iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemleri sonucu kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, hukuken değerlendirilemez ve delil olarak da kabul edilemez.*” ifadesinin kullanılmış olması, CMK m. 137 karşısında çelişkili bir düzenleme olarak kalmaktadır. CMK m. 137, kararların Cumhuriyet savcısı veya emrindeki adli kolluk tarafından “telekomünikasyon hizmeti veren” kurum ve kuruluşlardan istenebileceğini düzenlemektedir.

Bu tedbirlerle sağlanmak istenen amaç, delil elde etmektir. Yalnızca beşinci fıkra düzenlenen tedbir bakımından amacın delil elde etmek değil, şüpheli/sanığın yakalanmasıdır.²⁵²

Bir önceki bahiste de söz edildiği gibi, önleme tedbirleri, “suçun işlenmesinden önceki” evreyi ifade ettiğinden, artık Cumhuriyet savcısı suçun işlendiğini öğrendiyse (CMK m. 160) ve şartları da varsa adli tedbir olarak iletişimin denetlenmesine başvurabilecektir. Kanun koyucunun “şüpheli veya sanık” ifadesinden hareketle, tedbire kovuşturma aşamasında da başvurmanın mümkün olduğu anlaşılmaktadır.²⁵³

Adli tedbir olarak iletişimin denetlenmesine başvurulabilmesinin en önemli özelliği, “delil elde etme amacı”yken, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinde böyle bir amacın olmadığı ve bu elde edilen delillerin muhakeme hukukunda kullanılmaması gerektiğinin doktrinde hakim görüş olduğundan bahsetmiştik. Tekrara düşmemek adına bir önceki bölümde söylediklerimizi burada da aynen ifade

²⁵² YENİSEY/NUHOĞLU, s.447; ŞAHİN, Ceza Muhakemesi Hukuku –I-, s. 292.

²⁵³ İlk üç fıkradaki tedbirlerden “dinleme” ve “kayda alma” tedbirine başvurulabilmesi açısından sadece soruşturma evresiyle sınırlı olduğu hakkındaki görüş için bkz. CENTEL/ZAFER, s. 432.

ediyoruz. Önleme amaçlı tedbirlerin uygulanması halinde bunların delil olarak kabul edilmesinin bir an için kabul edilmesi, daha sıkı şartlar arayan CMK m. 135’e başvurmaksızın önleme tedbiriyle elde edilen bulgularla yetinmek sonucunu doğurur ki bu da değerlendirme yasağı konusu olan bir delilin kullanılması anlamına gelir²⁵⁴

Burada önemli olan; tedbirin şartları, süresi, kapsamı ve amacıdır. Kanun koyucu son değişiklikleriyle birlikte “somut delillere dayanan” ifadesini “kuvvetli suç şüphesinin varlığı” ifadesinin öncesine yerleştirmişti. Burada amaçlananın “kanuna paralellik sağlanması” olduğu belirtilmişti. Bu nedenle, artık bu tedbire “somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesinin varlığı” halinde ve pek tabi “başkaca delil elde edilmesine imkan yoksa” başvurulabilecektir. Bu konu tedbirin şartları altında incelenecektir.

Bununla birlikte, her bir tedbir talebinin birbirinden bağımsız değerlendirilmesi gerektiği, bunların her birinin iç içe geçmiş olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı düşünülmektedir.²⁵⁵

İletişimin denetlenmesine ilişkin kararlarda, denetlemenin hangi iletişim aracına yönelik olacağı, telefon numarasının veya araç türünün kodunun gösterilmesi zorunluluğu karşısında, bütün iletişim araçları için bir arada karar verilemez; ayrıca sabit telefona ilişkin karar, mobil cihazını veya internet yoluyla yaptığı iletişim cihazını genişletecek şekilde olamaz, bu hususlarda ayrıca hakim kararı verilmesi gerekmektedir.²⁵⁶ Bazı iletişim araçlarının telefon numarasının değil, kodunun belirtilmesi karşısında; kodu belirtilen iletişim aracının başka telefon hatlarıyla kullanılması ihtimali nazarında tedbire konu kişi, denetimden kaçmaya çalışabilirse

²⁵⁴ ŞAHİN, Ceza Muhakemesi Hukuku –I-, s. 285.

²⁵⁵ BIÇAK, 662.

²⁵⁶ KAYMAZ, s. 275; YARDIMCI, s. 46.

de bu hallerde, birden fazla kişinin telefonunun dinlenmesi tehlikesi²⁵⁷ ortaya çıkabilir.²⁵⁸ Denmektedir ki, burada hedef iletişim hattını denetlemek olduğundan, tedbir için numaranın belirtilmesi yeterlidir, alternatif olarak cihaz numarası kullanılmamalıdır, zaten bunlara gerek de yoktur. Ancak kişi, IMEI'si belirli telefona başka sim hatları takarak da takipten kaçabilir; bu halde iletişimi denetlenebilirse de bu cihaz numarasına dayanarak tedbir kararlarına çok istisnai hallerde başvurulmalıdır.²⁵⁹

Ayrıca, doktrinde, konuşmanın taraflarından birinin konuşma esnasında gerçekleştirilen iletişimi kaydetmesi halinde teknik anlamda bir iletişimin denetlenmesinden söz edilemeyeceği düşünülmektedir.²⁶⁰

II. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KORUMA TEDBİRİNİN DİĞER KORUMA TEDBİRLERİNDEN FARKI

CMK m. 135'de düzenlenen “telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi” koruma tedbiri, yapısı itibariyle “uzakla iletişime konu” ve buna elverişli bütün vasıtalarla gerçekleştirilebileceğinden, postada elkoyma (CMK m. 129), bilgisayar veya bilgisayar kütüklerinde yapılan arama (CMK m. 134), teknik araçlarla izleme (CMK m. 140) düzenlemeleriyle yakından ilgilidir. Gerçekten de Adalet komisyonu gerekçesinde²⁶¹, iletişimin tespitinin; bir telefon numarasından,

²⁵⁷ “... sadece IMEI yazılarak tedbir uygulanması halinde talep edilmeyen şahısların dinlenmesi ile karşı karşıya kalılabileceği gibi, savcıların tedbirin denetiminde zorluklar yaşayabilir” **TAMÖZ/KOCABEY**, s. 57

²⁵⁸ **KAYMAZ**, s. 277.

²⁵⁹ **KAYMAZ**, s. 277.

²⁶⁰ **CENTEL/ZAFER**, s. 431.

²⁶¹ “Birinci fıkrafta telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasının şartları ve usulü düzenlenmiştir. İletişimin tespiti, belli bir telefon numarasından

kimlerin “ne zaman” arandığı, bu aramanın ne kadar sürdüğü, elektronik postayla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının tespiti olduğu belirtilmektedir. Dikkat edilirse, e-posta gibi bir elektronik iletişim vasıtasının da burada belirtildiği görülmektedir.

Mülga 1412 sayılı CMUK döneminde ve 4422 sk. da yürürlükteyken, 4422 sk.’da yer alan düzenlemenin muhakkak “ayrı” bir koruma tedbiri olarak kabul edilmesinin gerekli olduğu savunuluyordu.²⁶²

Faks, telgraf yoluyla yapılan iletişim sırasında, CMK m. 135 mi yoksa postada elkoymanın özel olarak düzenlendiği CMK m. 129 mu uygulanacağı sorusu doktrinde, iletişime konu veri aktarımının “iletim sürecinde” olması halinde CMK m. 135’in uygulanacağı, buna karşın muhataba ulaşması halinde ise CMK m. 129’un uygulanacağı şeklinde mütalaa edilmektedir.²⁶³

Münferit telefonla yapılan veya ilgili telefonun aranması suretiyle gerçekleştirilen görüşmelerin dinlenip kayda alınması ile ortam dinlemesi yapılması farklı kavramlar olup, ortam dinlemesi için teknik araçlarla izleme (CMK m. 140) koruma tedbirinin uygulanması gerekmektedir.²⁶⁴ Bu tedbirde, optik/akustik araçlarla konuşma ve görüntülerin araya herhangi bir vasıta sokulmaksızın dinlenmesi veya kaydedilmesi nedeniyle; hem amaç yönünden hem de müdahalenin yoğunluğu yönünden telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesinden farklı ve ayrı bir

kimlerin e zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının tespitinden ibarettir..”

²⁶² ERDEM/ÖZBEK, “4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, Prof. Dr. M. Seyfullah EDİS’e Armağan, İzmir 2000, s. 249-303

²⁶³ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 533

²⁶⁴ ÜNVER/HAKERİ, s. 449.

koruma tedbiri olduğu mütalaa edilmektedir.²⁶⁵ Ayrıca, teknik takip konutta gerçekleştirilemezken, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi yönünden böyle bir sınırlama bulunmamaktadır.²⁶⁶ Hakkında CMK m. 135 gereği dinleme ve kayda alma tedbiri uygulanan şahıs, telefonunu ortamda duyulabilecek şekilde açması halinde (hoparlörden dışarı sesi yansıtması) o sırada şüpheli/sanığın yanında bulunan kişilerin de görüşmeye katılması durumunda bu şahsın görüşmelerinin CMK m. 135 kapsamında olmadığı ve ancak o şahıs hakkında CMK m. 140’da öngörülen teknik takip kararı verilmesi halinde dinlenmesinin ve kayda alınmasının mümkün olduğu düşünülmektedir.²⁶⁷

Bu tedbir, CMK m. 134’de düzenlenen “bilgisayar ve bilgisayar kütüklerinde yapılan aramalara”²⁶⁸ ilişkin koruma tedbiriyle karıştırılabilecek, yakın bir tedbirdir. Doktrinde sms, e-posta gibi iletişime konu haberleşme bilgilerinin CMK m. 135 kapsamında olduğunu düşünenlerin yanında²⁶⁹, bunların servis sağlayıcısında veya kişisel bilgisayarda beklerken bulunup el konulması halinde CMK m. 134 kapsamında olduğunu²⁷⁰ düşünenler de vardır.

Haberleşmenin bitmesinden sonra, *ör. e-postanın okunması tamamlanmış veya okunduktan sonra silinmiş durumunda-* hangi tedbirin uygulanacağı da doktrinde tartışılmıştır. Denilmektedir ki; her ne kadar iletişim tamamlanmış olduğundan CMK m. 135’in uygulanamayacağı düşülecek olsa da, m. 135 gereği

²⁶⁵ ERDEM/ÖZBEK, “4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, Prof. Dr. M. Seyfullah EDİS’e Armağan, İzmir 2000, s. 249-303

²⁶⁶ ŞEN, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir, s. 55.

²⁶⁷ TAMÖZ/KOCABEY, s. 37.

²⁶⁸ Daha detaylı bilgi için bkz. ÖZEN, Muharrem/ÖZOCAK, Gürkan: “Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK M. 134)”, ABD Y. 2015 S. 1, s. 41-78.

²⁶⁹ ÜNVER/HAKERİ, s. 433.

²⁷⁰ “Servis sağlayıcıda veya kişilerin hesabında bekleyen maillere el koyulması ise bilgisayar kütüklerinde arama hükümlerine tabi olur”, KAYMAZ, s. 137 vd.

yapılan müdahalelerin “gizliliği” (m. 135/7) kuralı karşısında; burada tedbire konu olacak bilgilere “açık müdahale” yapılması söz konusudur ve bununla birlikte iletişimin “özel olarak korunmasına” ihtiyaç duyulduğu için buradan hareketle artık CMK m. 134’ün değil, m. 135’in uygulanması gerekir.²⁷¹

Bununla birlikte, telekomünikasyon her türlü kablolu-kablosuz iletişimi içeren bir kavram olduğu için, bu iletim sürecinde “dinleme-kayda alma” kararı da verilebileceğinden ve bu kavram “okuma” kavramını da içine alacağından²⁷², bu tür iletişim halinde de iletişimin dinlenmesi/kayda alınması kararı verilebilmesinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz. Ancak, bunun için sinyalize bilgileri değerlendirebilecek bir donanıma sahip teşkilata sahip olmak zorunlu olduğundan; teknik altyapı itibarıyla m. 135 özelinde artık elektronik telekomünikasyona müdahalenin şu an için bu nedenle mümkün olamayacağını düşündüğümüzü belirtmek isteriz.

III. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KORUMA TEDBİRİNİN ÇEŞİTLERİ

A. İLETİŞİMİN DİNLENİLMESİ KARARI

İletişimin dinlenilmesi, CMK m. 135/1’de düzenlenmiştir. Kanunun fıkrasında, “dinlemenin” ne olduğu tanımlanmamıştır. Komisyon gerekçesinde²⁷³ de, iletişimin dinlenilmesinin bir tanımı yapılmamıştır. CMK’nın tanımlar başlığı altında

²⁷¹ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 533.

²⁷² “... bilgisayarın telefon ağı ile birbirine bağlandığı internet üzerinden yazışmalarda “dinleme” değil okuma söz konusu olacaktır; hakim bunu ayrıca belirtmek mecburiyetinde değildir, zira iletişimin denetlenmesi veya kaydı bunu da kapsamına almaktadır.” YENİSEY/NUHOĞLU, s. 456.

²⁷³ “Birinci fıkra telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasının şartları ve usulü düzenlenmiştir. İletişimin tespiti, belli bir telefon numarasından kimlerin e zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının tespitinden ibarettir. İletişimin dinlenmesi, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan konuşmalardaki ses veya görüntüler açısından söz konusu olduğu gibi, elektronik posta yoluyla yapılan iletişimin içeriği hakkında da uygulanabilir.”

da anılan m. 135 düzenlemesinde de dinlemeden ne anlaşılması gerektiğine yönelik ifadeler yer almamaktadır.

Madde metninin ilk halinde, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve iletişimin tespiti bir fıkra da sayılmıştı. Mevcut düzenlemede ise, dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi bir arada yer almaktadır. Buna göre, bu tedbir türleri katalog suçlarla sınırlı bir alanda (CMK m. 135/8)²⁷⁴ uygulanabilmektedir.

Dinlemek fiili, sözlükte “işitmek için kulak vermek, birinin sözünü öğüdünü kabul edip gereğince davranmak, kulakla veya dinleme aletiyle hastayı muayene etmek, uymak, baş eğmek, itaat etmek” olarak tanımlanmıştır.²⁷⁵ Doktrinde CMK özelinde ise, dinlemenin “aletin başına oturulup konuşulanların canlı olarak izlenmesi” olduğu düşünülmektedir.²⁷⁶ Dolayısıyla çıplak kulakla yapılan ses dinlemesi, iletişimin dinlenmesi kapsamında değildir.²⁷⁷ Teknik anlamda dinlemeden doğrudan ve anında dinleme anlaşılması gerektiği de savunulmaktadır.²⁷⁸

Mülga 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’nda da dinleme kavramına yer verilmemişti. Ancak, bu kanuna çıkarılarak hazırlanan mülga 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte, “iletişimin dinlenilmesi veya tespiti işlemi” başlığı altında m. 11’de bahsedilmiştir.

²⁷⁴ CMK m. 135/8: “Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir.”

²⁷⁵ Büyük Türkçe Sözlük

(http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5734bcac018358.47393197) (Erişim Tarihi: 4.5.2016)

²⁷⁶ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 455.

²⁷⁷ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 444.

²⁷⁸ TAMÖZ/KOCABEY, s. 35.

Anılan düzenlemeye göre, dinleme, “iletişimin kayda alınması suretiyle yapılır ve gizlilik kurallarına tam uyularak gerçekleştirilir.” olarak tanımlanmıştı. Bununla birlikte, dinleme bilgilerinin kaydedildiği “veri taşıyıcı”ndan “özel hayatı kısımları ilgilendiren” kısımların ayıklanıp kaydedilmemesi de hüküm altına²⁷⁹ alınmıştı. Mevcut düzenlemede böyle bir hüküm yer almamaktadır. Dolayısıyla suçla ilgili olmayan ve özel hayatı ilgilendiren kısımlara dair bir güvencesizlik söz konusudur.²⁸⁰

Yürürlükteki m. 135’e dayanılarak hazırlandığı söylenen²⁸¹ 10.11.2005 tarihli *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik* açısından bakıldığında ise dinlemeye ilişkin hiçbir tanım yapılmadığı görülmektedir.

14.02.2007 tarihli “Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik” yönetmelikte ise “İletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemi” başlığı altında m. 9/1’de “Dinleme, iletişimin kayda alınması suretiyle yapılır ve gizlilik kurallarına tam uyularak gerçekleştirilir.” şeklinde bir ifade yer aldığı görülmektedir.

²⁷⁹ “Dinlemede kullanılan büyük veri taşıyıcısının, özel hayatı ilgilendiren kısımları hariç, suça ve suçluya ilişkin kısımları ayrı bir veri taşıyıcısına nakledilir veya içeriği bir tutanağa geçirilir (EK-1). Gerektiğinde her iki işlem birlikte yapılır.”

²⁸⁰ “Şüpheli veya sanığın suçla ilgisi olmayan ve aile hayatına ilişkin konuşmaları dinlenmemeli, en azından kayıt altına alınmamalı, çözümleri soruşturma ve kovuşturma dosyasına konmamalıdır.” **ŞEN**, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir, s. 91

²⁸¹ Anılan yönetmelik m.2 : “Bu yönetmelik 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi, 10/3/1983 tarihli ve 2803 sayılı Kanunun ek 5 inci maddesi, 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Kanunun 135 ilâ 138 inci maddeleri ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanuna dayanılarak hazırlanmıştır.”

Dinleme, anılan yönetmeliğin (2007 tarihli) m. 12/5'deki düzenlemesine göre “kesintisiz olarak devam eder.” Uygulamada, şüpheli veya sanığın eşinin, nişanlısının veya arkadaşının kendisiyle yapmış olduğu görüşmelerin kayıt altına alındığı ve çıkarılmadığı ve konuşmalara aleniyet kazandırıldığı böylelikle de özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği görülmektedir.²⁸²

Dinlemenin “iletişimin kayda alınması suretiyle” yapılır ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, böyle olunca da ilerleyen fıkralarda “iletişimin kayda alınması” olarak tanımlanan diğer tedbir türünden nasıl farklı olacağı sorusu gündeme gelmektedir. Dinleme, herhalde kayıt altına yapılarak gerçekleştirileceğinden ve bu kayıtlar da tutanak olarak çözümleneceğinden, kayıt yapmaktan ne farkı kalacaktır? Denmektedir ki, artık yönetmelik m. 9/1 karşısında, “dinleme” deyiminin kendine özgü bir anlamı kalmamakla birlikte artık iletişimin de canlı takibinin yapılmasının imkanı ortadan kalkmıştır.²⁸³ Bununla birlikte uygulamada dinleme talep edilirken mutlak surette kayda alınması talebinde de bulunulduğu ve mahkeme kararlarının da her ikisini içine alacak şekilde verildiği belirtilmektedir.²⁸⁴

İletişimin dinlenmesine ilişkin, dinlemeyi gerçekleştiren memurun mahkemede tanık olarak dinlenilmesinin mümkün olduğu savunulmaktadır.²⁸⁵ Bu kabulden hareket edilecek olursa, dinlemenin hukuka ayrılığı tespit edildikten sonra,

²⁸² ŞEN, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir, s. 91.

²⁸³ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 535.

²⁸⁴ TAMÖZ/KOCABEY, s. 36

²⁸⁵ “... sözkonusu kayıtlar veya dinleme yapan kolluk memurunun tanıklığı geçerli bir delil olacak...” ŞEN, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir, s. 93. YENİSEY/NUHOĞLU, s. 440 vd.

bu hukuka aykırı dinlemeye dayanarak dinleme işlemini gerçekleştiren memurun tanıklığının da buna rağmen geçerli olacağını düşünenler vardır.²⁸⁶

Bununla birlikte, iletişimin dinlenmesinden elde edilen delilin duruşmaya “dinleyen tanıklığıyla” taşınabileceği de düşünülmektedir. Bu düşüncede olanlar, gerekçe olarak Yargıtay’ın “*Tanıklar Ramazan ve Necip, katılanın sanık tarafından telefonla tehdit edildiğini paralel telefonda dinlemişler ve bu konuda mahkemede tanık olarak dinlenmişlerdir. Tanık beyanlarına dayanılarak mahkumiyet hükmü kurulması gerektiği yerde beraat kararı verilmesi...*” şeklinde hüküm tesis ettiği kararına dayanmaktadırlar.²⁸⁷ Ancak belirtmeliyiz ki burada CMK m. 135 özelindeki bir tedbire ilişkin tanıklık değil, kişilerin beş duyu organına dayanarak bildiklerini ve duyduklarını huzurda tanık olarak ifade etmesi söz konusudur.

B. İLETİŞİMİN KAYDA ALINMASI KARARI

İletişimin kayda alınmasından ne anlaşılması gerektiği konusunda CMK’nun tanımlar başlığı altındaki düzenlemesinde de CMK m. 135 özelindeki düzenlemesinde de bir ifade yer almamaktadır. Mülga 4422 sayılı kanunda da 4442 sayılı kanuna dayanılarak çıkartılan mülga yönetmelikte de kayıt altına almadan ne anlaşılması gerektiği ifade olunmamıştır.

İletişimin kayda alınması, birinci fıkrada düzenlendiği için, CMK m. 135/7 gereği sadece katalog suçların varlığı bakımından uygulanabilir.

2007 tarihli yönetmelikte, dinleme ve kayda alma birlikte düzenlenmiştir. Buna göre “*İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması: Telekomünikasyon yoluyla*

²⁸⁶ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 438 vd.

²⁸⁷ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 444.

gerçekleştirilmekte olan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri ifade eder” şeklinde bir düzenlemeye gidildiği görülmektedir.

Kaydetmek sözlükte “sesi veya resmi manyetik bant üzerine geçirmek” ve “elektronik veya sayısal araçlarda bilgiyi korumaya almak”²⁸⁸ anlamına gelmektedir.

CMK özelinde ise, kayıt altına almanın, canlı dinlemeyi gerektirmediği; kayıtların dinlemeden farklı olarak otomatikman yapılabileceği düşünülmektedir.²⁸⁹

Kaydetmekten, iletişimin gerçekleşmesi için yapılan olağan işlemler değil, muhakeme hukuku açısından delil elde edilmesi amacıyla iletişim içeriğinin tespit edilmesi ve kaydedilmesi anlaşılmalıdır.²⁹⁰

Bununla birlikte, ilgilinin duyduğunu el yazısı ile yazması veya şekil çizmesi teknik araçlarla gerçekleştirilmediği için “kayıt altına alma” olarak değerlendirilemeyeceği doktrinde mütalaa edilmektedir.²⁹¹ İletişimin kaydı veya dinlenmesi kararının infazı sırasında, karar tarihinden itibaren otomatik olarak kaydedilen seslerin dinlenmesi veya bu seslerin başka bir ortama aktarılıp kaydedilmesi de bu kapsamda dinleme/kaydetme olarak değerlendirilmektedir.²⁹²

²⁸⁸ Güncel Türkçe Sözcük, (<http://www.tdk.gov.tr>) (Erişim Tarihi 1.4.2016)

²⁸⁹ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 457.

²⁹⁰ KAYMAZ, s. 113.

²⁹¹ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 444.

²⁹² TAMÖZ/KOCABEY, s. 37

TİB, şüphelinin/sanığın kullandığı numaraya ilişkin görüşmeleri Cumhuriyet Savcısının sona erdirmeye talebine veya süre sonuna kadar kendi sunucusunda²⁹³ saklar, böylece kayıt otomatikman gerçekleştirilmiş olur.²⁹⁴

Kayıt altına almak tedbir türüne, diğer dinleme/sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi/mobil telefonun yerinin tespiti/iletişimin tespiti türlerinde olduğu gibi somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesi ve başkaca surette delil elde edilememesi hallerinde başvurulabilir ve uygulama da bu yöndedir.²⁹⁵

Dinleme ve kayda alma arasında artık bir farkın kalmadığı hususundaki doktrin değerlendirmelerine bir önceki başlıkta değinildiğinden, tekrara düşmemek adına orada yaptığımız açıklamaların burası için de geçerli olduğunu belirtmek isteriz.

C. SİNYAL BİLGİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİNE İLİŞKİN KARAR

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, kanunun ilk düzenlemesinde yer almamaktayken ilk defa 5353 sayılı değişiklik ile CMK m. 135'in birinci fıkrasına eklenmiştir.

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin, kanunun tanımlar başlığı altında ve tedbirin düzenlendiği normda bir tanımlı bulunmamaktadır.

²⁹³ Sunucu, (İng. Server) bir bilgisayarın veya bilgisayar yazılımının bir bilgisayar ağındaki hizmete veya merkezi bir kaynağa erişimi, verileri depolaması anlamına gelmektedir, Oxford English Dictionary.

²⁹⁴ TAMÖZ/KOCABEY, s. 37

²⁹⁵ "Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılan soruşturmalarda kuvvetli şüphe sebepleri ve katalog suçların mevcut olması gerektiği şartları aranıp, bu yönde uygulamalar yapıldığını belirtmek isteriz." TAMÖZ/KOCABEY, s. 46

2005 tarihli yönetmelikte, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinden bahsedilmese de, sinyal bilgisinden ne anlaşılması gerektiği hususu anılan yönetmelik m.3/1-p’de “*Bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi ifade eder*” olarak belirtilmiştir. 2007 tarihli yönetmelikte ise yine aynı ifade kullanılmış fakat devam eden düzenlemede “sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi” ayrı bir biçimde “*iletişimin içeriğine müdahale niteliğinde olmayıp yetkili makamdan alınan karar kapsamında sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemlerini ifade eder*” olarak tanımlanmıştır.

Böylece “anlamlandırılan sonuçlar” ifadesinden de hareketle, konu, doktrinde tartışılmaya başlanmıştır. Denmektedir ki, telekomünikasyon sinyalleri içinde bıraktığı izlerin anlamlı sonuçlar haline getirilebilmesi tamamen teknik ve uzmanlık bilgisi gerektiren bir işlemdir ki bu da ancak bilirkişi marifetiyle mümkün görünmektedir.²⁹⁶ Bununla birlikte, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin teknik bir inceleme gerektirmediğini, sinyallerin oluşturduğu bilgilerin iletişim sağlayan firmalar tarafından muhafaza edilerek faturalandırıldığını, bu aşamada firma yetkililerin bile bu bilgileri gördüklerini, bu fatura bilgilerinin de Cumhuriyet Savcısı kararıyla kolluk tarafından firmadan elde edilip, bir program aracılığıyla şüpheli veya sanığı tespit için yararlı hale getirildiğini, bu sinyal bilgileriyle de şüpheli veya sanığın takip edilerek aynı güzergahtan aynı zaman dilimi içerisinde geçmiş olan kişilerle geriye dönük yapılan incelemesi sonucu bir bilgiye ulaşılmaya çalışması

²⁹⁶ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 444.

olduğunu düşünenler de vardır.²⁹⁷ Ayrıca sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin, iletişimin tespitinden bir farkı olmadığını düşünenler de mevcuttur.²⁹⁸

Uygulamada baz istasyonu belirtilerek fiilin işlendiği yerde hangi zamanda hangi telefonların iletişim kurduğunun sorulduğu görülmekte, Başsavcılık tarafından bu taleplere hakkında soruşturmaya yapılmayan şahısların da bilgilerine erişmek sonucu doğuracağından, olumlu bakılmadığı söylenmektedir.²⁹⁹ Nitekim bu hususa ayrıca değineceğiz.

Bu tedbirin uygulanması konusundaki en büyük güçlüğün, somut bir şüpheli veya sanığın ortada olmaması olduğu düşünülmektedir.³⁰⁰ Uygulamada “baz araştırması”³⁰¹ talepleri adı altında yapılan ve somut bir şüpheli veya sanığın ortada olmadığı için baz istasyonundaki bütün bilgilere erişmek anlamına gelen bu kararları ilk derece mahkemeleri kabul etse de, bu istemi son zamanlarda Yargıtay, özgürlüklere ağır bir müdahale olmasından yanında, yasal koşulları da taşımadığından usul ve yasaya aykırı bulmaktadır. Bu nedenle bu tedbire daha çok “alibi”yi³⁰² doğrulamak amacıyla başvurulduğunu ancak Yargıtay’ın belirsiz sayıdaki kişilerin “baz incelemesi” nedeniyle iletişim ve yer bilgilerinin öğrenilmesinin

²⁹⁷ **ŞAHİN**, Ceza Muhakemesi Hukuku –I-, s. 288.

²⁹⁸ **ŞEN**, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir, s. 63.

²⁹⁹ **TAMÖZ/KOCABEY**, s. 43.

³⁰⁰ **KAYMAZ**, s. 273.

³⁰¹ Kablosuz iletişim aracı olan mobil telefonlar, baz istasyonu denen kuleleri kullanır. Bu kuleler sayesinde, insan sesi veya diğer veriler nakledilir. Bunlar, daha çok konvansiyonel radyo kuleleri gibi çalışmakta ama bu kulelere nazaran radyo frekanslarını daha düşük güçle göndermektedir. **STAPLETON**, Timothy “*Electronic Communications Privacy Act and Cell Location Data*”, Brooklyn Law Review, C. 73, S. 1 (Güz 2007), s. 383-420

³⁰² “Alibi adı verilen ve sanığın suç işlendiği sırada suç mahallinde bulunmadığı anlamına gelen belirti, başka delillerle desteklendiğinde sanığın beraat etmesi gibi önemli sonuçlar doğurabilmektedir”, **FEYZİOĞLU**, Metin: “*Belirtilerin Şüphelinin Yenilmesindeki İşlevi ve Benzer İsnadlara Ait Delil Araçlarının Somut Olayın Çözümünde Birlikte Değerlendirilmesi*”, ABD, Y. 2000, S. 1, s. 19-46. Bir diğer örnekte, eşini öldürmekle itham edilen sanığın mahkum edilmesinde cep telefonu konum bilgilerinden derleme yapılarak eşinin öldürüldüğü yerde bulunduğu tespit edilmiştir. **STAPLETON**, “*Electronic Communications Privacy Act and Cell Location Data*”, Brooklyn Law Review, C. 73, S. 1 (Güz 2007), s. 383-420

hukuka aykırı olduğundan hareketle, burada büyük bir güçlük olduğuna işaret edilmektedir.³⁰³

Mevzuattaki kafa karıştırıcı tanımlar, Yargıtay'ın da kararlarında çelişkili olarak kendisini göstermektedir. Tedbir türleri arasında kendi içinde bir ağırlık paylaşımı yapıldığından³⁰⁴ daha kolay bir şekilde başvurulanan tedbir türleri ile ağır şarta bağlı tedbir türleri arasında yaşanan bu terminolojik karışıklıklar nedeniyle ciddi ihlaller doğabilecektir. Belirtmek gerekir ki, şüpheli hakkında uygulanacak sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ile baz istasyonları belirtilerek şüpheliye ulaşmak aynı kavramlar değildir.³⁰⁵ Bu bahiste Yargıtay'ın görülmekte olan bir davada uygulanan tedbirin türünü “iletişimin tespiti” mi olduğu yoksa “sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi” mi olduğu hususundaki bir tartışmasından örnek vermek gerekmektedir. Yargıtay, kararında, “*günün belli bir zaman diliminde baz istasyonundan görüşme yapan tüm abonelere ait açık adres ve kimlik bilgilerini kapsayacak şekilde arayan ve aranan dökümlerine ilişkin bilgilerin iletişimin tespiti işlemi olduğu anlaşılmaktadır.*” biçiminde bir tespit yapmış; ancak karşı oy kullanan üye ise bu işlemin tipik bir sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemi olduğunu “*Belli bir zaman diliminde, belli bir yerde yapılan tüm görüşmelere ilişkin detayların temin (Türkcell, Vodafone ve Avea'dan belli zaman diliminde ve belli bir yerde yapılan tüm görüşmelere ait tüm arama – aranma saati ve sürelerine ilişkin bilgiler ile arayan – aranan abonelerin tümünün kimlik ve adres bilgileri...)edilip, görüşme yapanlar arasında – hırsızlıktan – sabıkalı var mı? irtibatla bulundukları kişiler kimler? vb diye eleme yapma ve bu kişiler üzerinde araştırmayı yoğunlaştırma*

³⁰³ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 537.

³⁰⁴ Birinci fıkrada kayda alma, dinleme ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin oybirliğiyle ağır ceza mahkemesince verilebileceğinden bahsetmiştik.

³⁰⁵ TAMÖZ/KOCABEY, s. 44.

işlemi, iletişimin tespiti değil, tipik bir sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemidir.” şeklinde ifade etmiştir. Görüldüğü gibi, kanunda tanımların yer almamış olması, tanım hükümlerinin yönetmelikle yapılmış olması ve bu tanımların da terminolojik olarak pratikte çelişmeye yer vermesi, koruma tedbirleri açısından büyük sakıncalar doğurabilecektir.

Doktrinde –yukarıdaki Yargıtay kararından hareket ederek- baz istasyonundan bilgilerin ayıklanıp kişinin tespit edilmesi işleminin; iletişimin tespiti değil³⁰⁶ tipik bir sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi olduğu görüşüne üstünlük tanınmaktadır.³⁰⁷ Böyle olunca, bu tedbire iletişimin tespitinde olduğu gibi her suç bakımından değil sadece katalogdaki suçların varlığı bakımından başvurmak mümkün hale gelmektedir.

Aynı zamanda, gözle görülmeyen, elle tutulmayan elektrik sinyallerinden oluşan “sinyal bilgilerinin” sistem içindeki en son kullanıcısının bulunmasının zaten mobil telefonun yerinin tespiti olduğu düşünülmekte böylece CMK m. 135’de kullanılan teknik terimlerin birbiri içine geçtiği ve bir hukukçu için bile açık ve seçik olarak tanımlanmamış kavramların meydana geldiği düşünülmektedir.³⁰⁸

Kanun koyucunu düzenlemesine göre hakkında tedbire başvurulacak kişinin kimliği, araç türü, telefon numarası vb. ile birlikte hattın veya iletişim aracının sahibi ve biliniyorsa kullanıcıyı gösteren belge ve raporun talep edilirken eklenmesinin

³⁰⁶ Yargıtay 13. Ceza Dairesi E. 2011/19838 K. 2012/22352: “Belli bir zaman diliminde, belli bir yerde yapılan tüm görüşmelere ilişkin detayların (Tüm GSM şirketlerinden, belli zaman diliminde ve belli bir yerde yapılan bütün görüşmelere ilişkin arama - aranma saati ve sürelerine ilişkin bilgiler ile arayan - aranan abonelerin tümünün kimlik ve adres bilgileri...) temin edilip, görüşme yapanlar arasında örneğin, hırsızlık suçundan sabıkalı olan var mı, varsa bunların irtibatta bulundukları kişiler kimlerdir ve benzeri eleme yapma ve bu kişi ya da kişiler üzerinde araştırmayı yoğunlaştırma işlemi, iletişimin tespiti değil, tipik bir sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemidir.”

³⁰⁷ HAKERİ/ÜNVER, s.453

³⁰⁸ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 445.

zorunlu olduğu hükmü (CMK m. 135/2, CMK m. 135/4) karşısında, şüphelinin/sanığın kimliğinin belli olmadığı hallerde bu tedbire başvurma nın mümkün olmadığı düşünölmektedir³⁰⁹

Bununla birlikte, kimlik, telefon numarası gibi kararda gösterilmesi zorunlu unsurlar karşısında bu koruma tedbirinin artık “uygulanamaz” hale geleceğı, “bu kadar ayrıntılı biliyorsa bu tedbire ihtiyaç kalmadığı” ve artık genel hükümlerin uygulanması gerektiğini düşünenler de vardır.³¹⁰

D. MOBİL TELEFONUN YERİNİN TESPİTİ KARARI

Mobil telefonun yerinin tespiti koruma tedbiri türü, kanunun ilk metninde dördüncü fıkra da düzenlenmişti.³¹¹ Daha sonra 5353 sayılı Kanunla yapılan değışiklikle birlikte, “... kullanmakta olduğu” ifadesi madde metninden çıkarıldı. Böylece, artık başkasına ait bir mobil telefonun kullanılması halinde de tedbirin uygulanması olanaklı hale getirildi. 6526 sayılı değışiklikle, bu düzenleme dördüncü fıkra dan beşinci fıkraya kaydırıldı.

Yürürlükteki kanun metninde, mobil telefonun yerinin tespitinden ne anlaşılması gerektiğı tanımlar kısmında da CMK m. 135 özelinde de belirtilmemiştir. Mülga 4422 sk. ve ona dayanılarak çıkartılan yönetmelikte de böyle bir tedbir türü düzenlenmemiştir.

³⁰⁹ KAYMAZ, S. 273.

³¹⁰ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 456.

³¹¹ “Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, kullanmakta olduğu mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, kullanılan mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok üç ay için yapılabilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir.”

Böylece yürürlükteki düzenleme “*Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok iki ay için yapılabilir; bu süre, bir ay daha uzatılabilir.*” halini almıştır. Bununla birlikte görüleceği gibi, kararda sadece telefon numarası ve tespit işleminin süresinin belirtileceğinden bahsedilmiş; CMK m. 135/4’de CMK m. 135/1’e göre verilecek kararla ilgili usulün düzenlendiği gibi diğer unsurların gösterilmesi aranmamıştır.³¹²

Bununla birlikte, 2005 tarihli yönetmelikte de 2007 tarihli yönetmelikte de bir tanım yapılmamıştır.

Mobil telefonun yerinin tespiti işleminin (m. 135/5), sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi (m. 135/1) ile iletişimin tespitinin (m. 135/6) bir arada uygulandığı bir tedbir olduğu düşünülmektedir³¹³; buna göre, bu tedbir içindeki “sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi” katalog suçlar bakımından uygulanabileceğinden, bu sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi koruma tedbirinin de katalog suçlarla sınırlı olarak uygulanması gerektiğini düşünenler vardır³¹⁴ Bu tedbir türünün, sadece telefonun yerini tespit etmekten ibaret olduğu için, “iletişimin tespiti” olarak adlandırılan tedbir türündeki “arama-aranma-süre-zaman” bilgilerini kapsamayacağını düşünenler de vardır.³¹⁵

³¹² “Mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin kararda telefon numarası ve tespit işleminin süresinin gösterilmesi yeterlidir.”, TAMÖZ/KOCABEY, s. 96.

³¹³ ŞAHİN, Ceza Muhakemesi Hukuku –I-, s. 292.

³¹⁴ ŞAHİN, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi –Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, Sa. 1-2, Yıl 2007, s. 1095 - 1112.

³¹⁵ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 447.

Kanun metninden şüpheli veya sanığın “kullanmakta olduğu” veya “kullanılan” ifadesinin çıkarılmasına gerekçe olarak, şüpheli veya sanığa ulaşılabilmesini sağlayacak olan diğer kişilerin telefonunun yerinin tespiti imkânının getirilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.³¹⁶ Doktrinde, artık başkasına ait mobil araçlar hakkında da tedbir kararı verilebileceğinden hareketle, soruşturmaya veya kovuşturmaya konu fiili işleme şüphesi altında olmayan diğer kimselere yönelik de karar verilebileceğine dikkat çekilmiştir.³¹⁷ Böylece, mağdurun telefonunun takip edilerek şüpheli veya sanığa ulaşılabilceği düşünülmektedir.³¹⁸ Yargıtay da aynı görüştedir.³¹⁹

Ayrıca, CMK m. 135/8 hükmü gereğince, katalogla sınırlı olarak uygulanabilecek tedbir kararının türleri “iletişimin dinlenmesi, kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi” olarak sayıldığından, mobil telefonun yerinin tespiti açısından böyle bir sınırlama getirilmediğini söylemek mümkün görünmektedir.³²⁰

321

³¹⁶ (<http://www2.tbmm.gov.tr/d22/2/2-0453.pdf>) (Erişim Tarihi 4.5.2016)

³¹⁷ “... denetlenebilecek kişilerin kural olarak şüpheli veya sanık olabileceği kuralının istisnası, mobil telefonlarla sınırlı olarak kabul edilmiştir.” ŞAHİN, Ceza Muhakemesi Hukuku –I-, s. 292. ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 537.; “aksi düşüncenin her suç için mobil telefonun yerinin tespiti sonucu çıkacağından, şüpheli/sanığın yanında bulunduğu kişilerin cep telefonunu yerinin tespitinin de istenebileceği nazara alındığında, şüpheli veya sanık olmayan yüzbinlerce şahsın takip edilmesi gibi olumsuz sonuçlara sebebiyet verebiliriz”, TAMÖZ/KOCABEY, s. 46.

³¹⁸ ŞAHİN, Ceza Muhakemesi Hukuku –I-, s. 292.

³¹⁹ YCGK 15.11.2011, E. 2011/6-140, K. 2011/222 “5271 sayılı CYY’nın 135. maddesinde açıkça şüpheli ve sanıktan bahsedildiğinden, dördüncü fıkrada belirtilen mobil telefonun yerinin tespiti dışında maddede düzenlenen tedbirlerin üçüncü kişiler yönünden uygulanması olanaklı değildir.”

³²⁰ Kanun değişikliğinden önce de bu tedbirin katalog suçlarla sınırlı olmaması gerektiği savunulmaktaydı. Bu konuda bkz. ŞAHİN, Ceza Muhakemesi Hukuku –I-, s. 292.

³²¹ 13. Ceza Dairesi 2011/19838 E. , 2012/22352 K. “5271 sayılı CMK’nın 135. maddesinin son fıkrasında katalog suçun varlığından söz edilirken dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinden söz edilmiştir. O nedenle tıpkı iletişimin tespitinde olduğu gibi, mobil telefonun yerinin tespitinde de katalog suçun varlığı gerekmez.”

Düzenlemede Cumhuriyet savcısı tarafından da karar verebileceğinden söz edilmiş fakat bu kararın “onaylatmasından” bahsedilmemiştir.³²² Madde metninin ilk halinde de böyle bir “onaylatma” hususundan bahsedilmemişti. Bu konuda, kararın hakim onayına sunulmasının gerekmediğini düşünenlerle³²³ birlikte, hakim onayına sunulması gerektiğini düşünenler de vardır.³²⁴

Bu kararlar amaçlanan, delil elde etmek değil, şüpheli veya sanık sıfatına sahip kimsenin yakalanmasıdır³²⁵; o halde bu karara dayanılarak delil elde edilemeyeceği gibi diğer delil elde etme yöntemlerinin de uygulanabilmesi düşünülemez³²⁶. Bununla birlikte, tedbirin amacının mobil telefonun hangi baz istasyonundan alış-veriş yaptığının tespit edilip belirli bir şüpheli veya sanığın yakalanmasını olduğunu düşünenlere³²⁷ göre, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinden farklı olarak burada kimliği belirsiz bir kimsenin teşhis edilmesinden değil, teşhis edilmiş olan sanık veya şüphelinin yakalanmasından bahsetmek gerekir.³²⁸

Bu konu, doktrindeki, ferden bilinen ama kimliği bilinmeyen kişiye karşı dava açılıp açılmayacağı tartışmasıyla da bağlantılıdır; denmektedir ki, madem ki kimliği bilinmeyen kişiye karşı suç isnat edilebilmektedir o halde aleyhine kamu davası da açılabilmelidir.³²⁹ Öyle ki CMK m. 170’de şüphelinin belirtilmesi ve buna aykırı düzenlenen iddianamenin iadesini öngören CMK m. 174 de buna engel

³²² YENİSEY/NUHOĞLU, s. 447.

³²³ TAMÖZ/KOCABEY, s. 96.

³²⁴ “hakimden karar almak için yeterli zaman geçtiği halde bu tedbire devam edilmesinin hukuka aykırı olduğunu fakat bu konuda bir yaptırım olmadığını düşünmekteyiz” KAYMAZ, s. 130.

³²⁵ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 536

³²⁶ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 447.

³²⁷ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 447.

³²⁸ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 537.

³²⁹ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 126.

değildir, zira Cumhuriyet savcısı CMK m. 81'e göre fizik kimliğinin tespitine başvurabilir.³³⁰

Amaç sadece şüpheli veya sanığı yakalamak olduğundan, hükümlünün yakalanması için bu tedbire başvurulamaz.³³¹

Mobil telefonun yerinin tespitinde, sadece son kullanıcının belirlendiği düşünülmektedir.³³²

Mağdura yardım edilebilmesi amacıyla³³³, mobil telefonunun bulabilmesi amacıyla bir tespit kararı verilmesi gerektiğinde, bunun ortada bir ceza muhakemesi gayesi olmadığından hareketle bu araştırma faaliyetinin CMK m. 135/5'e göre yapılamayacağı düşünülmektedir.³³⁴

E. İLETİŞİMİN TESPİTİ KARARI

Kanunda gerek tanımlar başlığı altında gerek tedbirin düzenlendiği m. 135'de "iletişimin tespiti"yle ilgili herhangi bir tanım yapılmadığı görülmektedir. Bununla birlikte komisyon gerekçesinde³³⁵, iletişimin tespitinin; bir telefon numarasından,

³³⁰ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 126.

³³¹ KAYMAZ, s. 130.; TAMÖZ/KOCABEY, s. 44.

³³² YENİSEY/NUHOĞLU, s. 447.

³³³ Mağdurun aracı içinde çantası ve cep telefonu varken çalınmıştır. Cep telefonunun arkasında bıraktığı sinyallerden yola çıkılarak tam otuz dakika içerisinde failin tespit edilmesi ve yakalanması mümkün olmuştur. Timothy STAPLETON, Timothy "Electronic Communications Privacy Act and Cell Location Data", Brooklyn Law Review, C. 73, S. 1 (Güz 2007), s. 383-420

³³⁴ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 447.

³³⁵ "Birinci fıkrada telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasının şartları ve usulü düzenlenmiştir. İletişimin tespiti, belli bir telefon numarasından kimlerin ne zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının tespitinden ibarettir."

kimlerin “ne zaman” arandığı, bu aramanın ne kadar sürdüğü, elektronik postayla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının tespiti olduğu belirtilmektedir.³³⁶

Kanunun ilk düzenlemesinde, iletişimin tespiti, birinci fıkra düzenlenmekteydi. 6526 sayılı değişiklikte ağır ceza mahkemesinin oy birliğiyle vereceği bir karar olarak düzenlendikten sonra, 6572 sayılı kanunla birlikte ağır ceza mahkemesinin oy birliğiyle verebileceği kararlardan biri olmaktan çıkarıldı ve 6. fıkra³³⁷ kaldırıldı. Bunun en önemli sonuçlarından biri, birinci fıkra “gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla” hükmünün, yeni düzenlemede bulunmamasıdır. Değişiklik gerekçesinde, niçin böyle bir düzenlemeye gidildiği belirtilmemiştir.³³⁸

2005 tarihli yönetmelikte de (m. 3/1-j), 2007 tarihli yönetmelikte de (m. 4/1-f) iletişimin tespiti “İletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri”³³⁹ olarak tanımlanmıştır.

Doktrinde iletişimin tespiti için “dış bağlantı verileri” yani konuşmanın içeriğine müdahale edilmeksizin, kimler arasında ve hangi saatlerde iletişim kurulduğuna ilişkin bilgilerin saptanması terimi de kullanılmaktadır.³⁴⁰ Yargıtay ve

³³⁶ “İletişimin tespiti internet ortamında e-postanın gönderilmesi, alıcının internet adresi, bağlantı zamanı-süresi-bağlantı yollarının belirlenmesini de kapsar”, TAMÖZ/KOCABEY, s. 40.

³³⁷ “MADDE 42- 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “tespit edilebilir,” ibaresi madde metninden çıkarılmış, beşinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş ve diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiş ...”

³³⁸ (<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-2397.pdf>) (Erişim Tarihi: 2.5.2016)

³³⁹ “yönetmelikte abone bilgileri de iletişimin tespiti olarak belirtmişse de bir abonenin sadece kimlik bilgilerini sormak, iletişimin tespiti olarak nitelendirilemez.” TAMÖZ/KOCABEY, s. 38.

³⁴⁰ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 536.; ERDAĞ, Ali İhsan “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, TBB Dergisi, Yıl 2011, Sayı 92 s. 31-61.

uygulamada ise “HTS kayıtları”³⁴¹ ifadesinin de kullanıldığı görülmektedir.³⁴² Belirtmek gerekir ki, soruşturma ve kovuşturmada başvurulabilen bu tedbir türünü, kanun koyucu belirtmediği halde, “telefonla taciz, hakaret gibi olayların aydınlatılması amacıyla haberleşme hizmeti sunan kurum tarafından tutulan bilgiler” olarak dar anlamda yorumlayanlar da vardır.³⁴³

Düzenleme şu an “*şüpheli ve sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespiti, soruşturma aşamasında hâkim, kovuşturma aşamasında mahkeme kararına istinaden yapılır. Kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespitte imkân veren kodu ve tedbirin süresi belirtilir.*” biçimindedir. Bu düzenlemeye matuf olarak, CMK m. 135/1’de belirtildiği gibi bir “katalog suçlarda uygulanacağına dair” norma gönderme yapılmamış olması karşısında, bu tedbire bütün suçlar bakımından başvurmak mümkün görünmektedir.³⁴⁴ Bununla birlikte, kanun metninde birinci fıkradaki gibi somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinden ve başkaca delil elde etme imkanından bahsedilmemiş olması nedeniyle artık bu şartların tedbir yönünden aranmadığını düşünenler de mevcuttur.³⁴⁵

³⁴¹ “Historical Traffic Search”: (İng. Kısaltma); Geçmişe yönelik olarak telefon trafiğinin araştırılması sonrası hazırlanan rapor.

³⁴² “Sanık O. A.’nın cep telefonu hattına ait HTS kayıtlarının incelenmesinde; olay gecesi sanığın cep telefonunun Viranşehir ilçe merkezinde bulunan baz istasyonu ve Karakeçi Köyü’ndeki baz istasyonundan sinyal aldığı, olayın gerçekleştiği A... Köyü ile sanık O.’un misafir olarak bulunduğunu belirttiği Kızbeyi Köyü’nün her iki baz istasyonuna uzaklıklarının kuşbakışı hemen hemen aynı olduğu, sanık O.’un diğer günlerden farklı olarak olay gecesi yoğun telefon görüşmesinde bulunduğu, bu görüşmelerin 03.47 ile 04.51 saatleri arasında kesildiği,” Yargıtay CGK E. 2013/8-408 K. 2015/185 T. 2.6.2015

³⁴³ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 536

³⁴⁴ ÜNVER/HAKERİ, s. 450.

³⁴⁵ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 536

Tedbire, katalog suçlar bakımından değil bütün suçlar bakımından başvurulabilmesi sonucunda bu tedbire sıklıkla başvurulabileceği ve dolayısıyla da kişilerin iletişim hürriyetini engelleyeceği gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir.³⁴⁶

Tedbir kararının geçmişe uygulanmasının mümkün olduğu ve uygulamada sık olarak geçmişe yönelik olarak kullanıldığı ancak ileriye yönelik olarak da bu kararın verilebileceği³⁴⁷ söylenmektedir.³⁴⁸ Bununla birlikte, şüphelenin tüm görüşme kayıtları ve görüştüğü kişilerin eriyeye doğru sınırsız bir şekilde iletişimin tespitine konu olmasını eleştirilmekte ve böyle bir uygulamanın yerleşmesine izin verilmemesi gerektiği düşünülmektedir.³⁴⁹ Biz, burada birinci fıkra bakımından aranan şartların genel nitelikte olduğunu ve bu tedbir türü bakımından da aranması gerektiği görüşüne katıldığımızı daha önceki bahislerde belirtmiştik.

Bu tedbirlerin, bütün telekomünikasyon cihazlarını kapsadığı düşünülse de, bir görüş iletişimin denetlenmesi kararını sadece “sabit bir telefonun” diğer telekomünikasyon cihazlarıyla kurduğu bağlantılar olarak değerlendirmektedir.³⁵⁰

İletişimin tespiti kararında, diğer denetleme kararlarında da olduğu gibi “şüpheli” veya “sanığın” kimlik bilgilerinin açıkça belirtilmesi gerektiği karşısında³⁵¹ kimliği belirli olmayanlar hakkında bu işlemin nasıl gerçekleştirileceği tartışılmaktadır; söz gelimi, ıssız bir yerde işlenen cinayetle ilgili faili

³⁴⁶ ŞEN, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir, s. 62.

³⁴⁷ “iletişimin tespiti tedbiri ile kararın verildiği tarihten önceki kayıtları istenmesi mümkün olduğu gibi, kararın verildiği tarihten sonra belli bir süre içinde yapılacak iletişim tespiti de talep edilebilir”, KAYMAZ, s. 120

³⁴⁸ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 536.; BIÇAK, s. 664.

³⁴⁹ BIÇAK, s. 664.

³⁵⁰ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 446.

³⁵¹ Yargıtay 13. Ceza Dairesi E. 2011/19838 K. 2012/22352 “İletişimin tespitinde, somut telefon numarası ya da numaraları söz konusu iken sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinde, somut bir telefon numarası yoktur. Belli bir yer ve zaman diliminde iletişimde bulunan bütün numaralar işlemin konusudur.”

belirleyebilmek için nasıl bir yol izleneceği sorusu akıllara gelmektedir.³⁵² Bu nedenle iletişimin tespiti türündeki bu koruma tedbirinin uygulamada sıklıkla, Cumhuriyet savcısının genel soruşturma yetkisinin düzenlendiği CMK m. 160 ve m. 161’le karıştırıldığı görülmektedir. Yargıtay’ın, iletişimin tespitine ilişkin hususları hem CMK m. 135 kapsamında kabul etmesi hem de bu tespit işlemlerinin CMK m. 160 ve 161’e dayanılarak Cumhuriyet savcısının genel soruşturma yetkisi kapsamında gerçekleştirebilmesinin kabulü, doktrinde eleştirilmektedir.³⁵³ Arayan-aranan numaraların tespitine yönelik işlemin tipik bir iletişimin tespiti olduğu ve hakim kararı şartının arandığı, buna rağmen Cumhuriyet savcısının genel soruşturma yetkisi içinde değerlendirilemeyeceği düşünülmektedir.³⁵⁴ Bununla birlikte iletişimin tespitinin CMK m. 160 ve 161’e göre yapılabileceğini savunan bir görüş, savcının genel soruşturma yapma yetkisiyle, kişilerin özel hayatına ilişkin bir müdahale söz konusu olduğunda özel hayatının korunması gerektiğinden hareketle, iletişimin devam edip etmemesine göre bir ayırım yapılarak; CMK m. 160 veya CMK m. 135 uygulanacaktır demektir. Bu görüşe göre, “iletişimin tespiti”nden “aktüel bir iletişimin varlığı” şart olarak aranmalıdır. Eğer iletişim bitmişse, ortada “aktüel” bir iletişim yoktur o halde CMK m. 160 vd.’ye göre “hakim kararı” olmaksızın, soruşturma yapılabilir denmektedir.³⁵⁵

Yine CMK m. 160’a üstünlük taşıyan bir diğer görüş, bu tedbirlere sadece şüpheli veya sanık hakkında başvurulabileceğinden hareketle henüz kimliği belli

³⁵² YENİSEY/NUHOĞLU, s. 446.; KAYMAZ, s. 273.

³⁵³ “Daire, bu yorumuyla adeta CMK m. 135’de yer alan dört iletişim denetleme işleminden birisi olan iletişimin tespitini m. 135 kapsamından çıkarmıştır.” ŞAHİN, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi –Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, Sa. 1-2, Yıl 2007, s. 1095 - 1112.

³⁵⁴ ŞAHİN, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi –Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, Sa. 1-2, Yıl 2007, s. 1095 - 1112.

³⁵⁵ ÜNVER/HAKERİ, s. 452.

olmayan bir failin, kimliğinin tespit edilebilmesi amacıyla CMK m. 135'e değil m. 160 vd.'ye öncelik tanınması gerektiğini düşünmektedir. Doktrinde, henüz kimliği belirlenmemiş bir failin belirlenebilmesi için bir "araştırma işleminin" yapılabileceği, kimliğinin belirlendikten sonra iletişiminin tespitinin artık bu noktada özel hayatın gizli alanına girdiği için yargılama makamı kararıyla yapılabileceği düşünülmektedir. Bu düşünceyi savunanlar Yargıtay 8.CD 29.11.2006 K. 2006/17007, 8. CD 23.11.2007 K. 8160 kararında gösterilen *"suçun mağdurunun isterse kendisini telefonla rahatsız eden kişilerin tespit edilmesi için savcının genel yetki kapsamında işlem tesis edilebilmesi"* hükmüne dayanan kararı ve Yargıtay 2. CD'nin 25.6.2009 K. 2009/1143 tarihli *konut dokunulmazlığı ihlal edilen mağdurun, failin kaçarken cep telefonunu unuttuğu ve bu kimsenin fail olduğunu ispatlamak için bilgilerin CMK m. 135'e göre değil m. 160'a göre gerçekleştirilebileceğine ilişkin* kararına ve yine Yargıtay'ın *belirli saatler arasında baz istasyonundan yapılan görüşmelerin abone bilgilerinin faillerin yakalanabilmesi açısından Cumhuriyet başsavcılığı tarafından bu bilgilerin CD ortamında istenmesini özel hayatın ihlali olarak görmeyen* kararlarına dayandırmaktadırlar.³⁵⁶

Ancak Yargıtay CGK'nun 15.11.2011 tarih ve E. 2011/6-140 K. 222 sayılı kararında bu içtihadını değiştirdiği düşünülmektedir.³⁵⁷

Dolayısıyla, kimliği belirsiz olan kimse hakkında, kanunun hükmü gereğince bu tedbir türüne başvurulabilmesi mümkün görünmemektedir. Zira temel hak ve hürriyetlere ağır müdahale niteliği taşıyan bu koruma tedbirinin uygulanabilmesi, ancak yargılama makamı kararıyla gerçekleştirilebilir ve kişinin kimliğinin açıkça

³⁵⁶ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 442.

³⁵⁷ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 443.

gösterilmesi de şarttır. Bu sebeplerle m. 160'ın uygulanacağına dair görüşe üstünlük tanınmaması gerektiğini düşünmekteyiz.

IV. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KORUMA TEDBİRİ KARARI VERİLEBİLMESİ İÇİN GEREKEN KOŞULLAR

A. SADECE BELİRLİ SUÇLAR YÖNÜNDEN TEDBİRE BAŞVURMA ZORUNLULUĞU

CMK, m. 135/1'de sayılan tedbir türleri söz konusu olduğunda (dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi) bu konuda sadece “belirli suçlar bakımından” bu tedbir türlerine başvurulabileceği CMK m. 135/8'de “*Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir*” biçiminde ifade edilmek suretiyle belirtmiştir.

Bu suçlar TCK özelinde; *göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti* (madde 79, 80), *kasten öldürme* (madde 81, 82, 83), *işkence* (madde 94, 95), *cinsel saldırı* (birinci fıkra hariç, madde 102), *çocuğun cinsel istismarı* (madde 103), *nitelikli hırsızlık* (madde 142) ve *yağma* (madde 148, 149), *uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti* (madde 188), *parada sahtecilik* (madde 197), *fuhuş* (madde 227), *ihaleye fesat karıştırma* (madde 235), *rüşvet* (madde 252), *suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama* (madde 282), *Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak* (madde 302), *Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar* (m. 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316), *Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk* (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337).

TCK dışında ise “Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun”da tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları, “Bankalar Kanunu”nun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu, “Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu”nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar, “Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu”nun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar da katalog kapsamında sayılmıştır.

Katalog suçların dar tutulduğu, genişletilmesi gerektiğini düşünenler de vardır.³⁵⁸

Doktrinde eleştirilen ve torba hüküm olarak değerlendirilen³⁵⁹ TCK m. 220, 6526 sayılı kanunla birlikte, katalogdan “*bazı soruşturmalarda sırf bu tedbirin uygulanabilmesi için soruşturmanın suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu kapsamında başlatılıp yürütülmesi uygulamasının önün geçilmesi*” gerekçesiyle çıkartılmıştır. Böylece yeni bir problem ortaya çıkmıştır. Bu problem, muhakeme normlarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkindir. Her muhakeme işlemi, işlemin yapıldığı tarihte yürürlükte olan muhakeme normlarına³⁶⁰ göre yapılır.³⁶¹ Tedbir kararı alındığı tarihte “hukuka uygun” olan tutanakların yeni düzenleme karşısında, muhakemede nasıl değerlendirileceğini sorusu akıllara gelmektedir.

Denmektedir ki, 6526 sayılı kanun yürürlüğe girmekle birlikte artık bu suç nedeniyle dinleme, kayıt altına alma veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kararı

³⁵⁸ ŞEN, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir, s. 63.

³⁵⁹ ŞEN, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir, s. 63

³⁶⁰ 5230 sk. “Madde 4- (1) Ceza Muhakemesi Kanunu, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, aşağıdaki maddelerin hükümleri saklı kalmak üzere, kesin hükme bağlanmış olanlar hariç, görülmekte olan bütün soruşturma ve kovuşturmalarda uygulanır.

(2) Ancak, Ceza Muhakemesi Kanununun yürürlüğe girmesinden önce soruşturma ve kovuşturma evrelerinde yapılmış işlem ve kararlar hukuki geçerliliklerini sürdürürler.”

³⁶¹ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 15.

verilemeyeceğinden, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce uygulanmış ve delil elde edilmiş bu tür kararların hüküm verilirken kullanılması düşünülemez çünkü bu muhakeme işlemi³⁶² yapıldığı sırada hukuka uygun olsa da, artık hüküm verileceği sırada yasal değişiklik nedeniyle yürürlükteki hukuka aykırı hale gelmiş olacaktır ve hukuki değerden de yoksundur.³⁶³ Bu görüş, düşüncesini, Yargıtay CGK'nın 13.6.2006 tarihli ve 162 sayılı kararına dayandırılmaktadır. Anılan kararda, Yargıtay, 4422 sk. döneminde yapılan telefon dinlemesinden elde edilen kayıtların CMK m. 135'de sayılan katalog suçlardan olmadığı için hüküm verilirken delil olarak kullanılamayacağına hükmetmiştir. Bununla birlikte son tarihli bir kararında Yargıtay CGK'nun, 6526 sayılı kanun değişikliğinden sonra TCK m. 220'nin hüküm verildikten sonra katalog dışına çıkarılması ve bunun karşısında artık bu tedbire başvurma imkansız hale gelmiş olması gözetildiğinde, eski hüküm zamanında verilen bu delillerin, norm yürürlüğe girdikten sonra temyiz incelemesi aşamasında kullanılmasının mümkün olmadığından bahisle bozma kararı verdiği görülmüştür.³⁶⁴

Muhakeme normlarının zaman bakımından uygulanmasında³⁶⁵, tamamlanıp bitmiş muhakeme işlemleri bakımından yeni kanunun uygulanması hususu, doktrinde tartışılmıştır. Muhakeme normlarının yürürlüğe girdiği andan itibaren uygulanacağı düşüncesi arkasında eski yasaya göre henüz yapılmamış işlemlerin yeni yasaya bağlı olacağı, yeni yasanın uygulanmasında onun sanığın lehinde veya aleyhinde olacağına

³⁶² Ceza muhakemesi işlemleri konusunda daha detaylı bilgi için bkz. **OKUYUCU ERGÜN**, Güneş: Ceza Muhakemesi İşlemleri, Ankara 2015.

³⁶³ **YENİSEY/NUHOĞLU**, s. 454.

³⁶⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2013/468, K. 2014/268 “Hükümden sonra 06.03.2014 tarih ve 28933 sayılı mükerrer Resmi Gazete’de yayımlanan 6526 sayılı Kanunla CMK’nun 135. maddesinin 6. fıkrasının 8. bendi tümüyle yürürlükten kaldırılmış; böylece TCK’nun 220. maddesinde düzenlenen tüm suçlar için iletişimin dinlenmesi, tespiti ve kayda alınmasının yolu kapatılmıştır. Uyuşturucu madde ticareti yapma suçu için verilen telefon dinleme kararları üzerine tespit edilen telefon konuşmaları, TCK’nın 220. maddesinde düzenlenen suçlarda delil olarak kullanılamaz.”

³⁶⁵ Ceza kanunlarının zaman yönünden uygulanması hakkında daha detaylı bilgi için bkz. **KATOĞLU**, Tuğrul: Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Ankara 2008, s. 294 vd.

bakılmayacağı, hemen uygulanma ilkesinin yeni yasanın muhakkak eskisinden daha iyi olacağı veya yeni normun karışıklığı önlemek için çıkarıldığı düşüncesi yatmaktadır. Böyle olunca eski zamanda tamamlanıp bitmiş işlemler için yeni muhakeme normunun artık uygulanmasının mümkün olmayacağı³⁶⁶ düşünülmektedir.³⁶⁷

Doktrinde “daha teminatlı usullerle yürütülmekte olan davalarda muhakeme normlarının asli kaynağı olan AİHS’in, iç hukuka göre üstün tutularak yargılama makamının vicdani kanaatine uygun düşmeyen ve teminatsız usullerle elde edilmiş olan delilleri gerekçe göstermek kaydıyla hükme esas almayabileceği” de düşünülmektedir.³⁶⁸ Bu düşünce bağlamında değerlendirdiğimizde, biz de yeni kanunun sanık yönünden daha teminatlı olduğunu değerlendirmekte³⁶⁹ ve konumuzun girişinde belirttiğimiz düşünceden³⁷⁰ farklı bir gerekçeyle aynı sonuca varmaktayız.

Teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından bu tedbirin uygulanıp uygulanamayacağı kanunda düzenlenmemiştir. TCK m. 35’de “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.” düzenlemesi karşısında ve teşebbüs de suçun özel bir görünüş biçimi olduğundan hareketle bu aşamada kalan suçlar bakımından da tedbire başvurulabileceği kabul

³⁶⁶ “Buna karşılık, eski kanun zamanında verilen hüküm, verilmekle kesinleşmişse, yeni kanun bu hükümler için de istinafa başvurulabileceğini kabul etse bile eski kanun zamanında kesinleşen hüküm aleyhine istinaf yoluna başvurulamaz.” TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 17.

³⁶⁷ TOSUN, s. 160 vd.

³⁶⁸ HAFIZOĞULLARI/AYGÜN EŞİTLİ/KÜÇÜKTAŞDEMİR, “AİHS Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunlarının Zaman Yönünden Sınırı”, BÜHFD, Y. 2015 S. 1, s. 505-519.

³⁶⁹ HAFIZOĞULLARI/AYGÜN EŞİTLİ/KÜÇÜKTAŞDEMİR, “AİHS Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunlarının Zaman Yönünden Sınırı”, BÜHFD, Y. 2015 S. 1, s. 505-519.

³⁷⁰ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 454.

edilmektedir.³⁷¹ Hazırlık hareketleri cezalandırılmayacağından³⁷² bu aşamada tedbire başvurulması mümkün görünmemekteyse de³⁷³, doktrinde aksi görüşte olan yazarlar da vardır.

İştirak³⁷⁴ halinde işlenen suçlarla ilgili olarak iletişimin denetlenmesi kapsamında kanunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde bir görüş, iştirak halinde işlenen suçlarda hakkında karar verilmemiş diğer kimseler bakımından iletişimin denetlenmesi kararı verilmesine gerek olmadan bu delillerin kullanılabilceğini düşünmektedir.³⁷⁵ Bu görüş, iştirak halinde işlenen suçlarda diğer suç ortaklarının haklarında tedbir kararı verilmemiş olması halinde; yani A hakkında dinleme kararı verilirken aynı suçun faili tedbir sırasında tespit edilen B ve C hakkında artık “tesadüfen elde edilen delil”den bahsedilemeyeceğini ve bu delillerin diğer kimseler hakkında da kullanılabilceğini belirtmektedir. Denmektedir ki, tesadüfen elde edilen deliller “yapılmakta olan suç kapsamındaki soruşturmaya ve kovuşturmaya” ilişkin değildir; o halde bu suça ilişkin soruşturma ve kovuşturma kapsamında elde edilen delil haklarında iletişimin denetlenmesi kararı verilmemiş şüpheli/sanık hakkında da³⁷⁶ uygulanabilir.

Ancak, kişiler hakkında soruşturma henüz başlatılmamış olduğu ve dolayısıyla şüpheli sıfatına sahip olmadıkları gerçeği karşısında, bu görüşü tutarlı bulmadığımızı belirtmek durumundayız. Bu konuyu tesadüfen elde edilen deliller başlığı altında değerlendirmeye çalışacağız. Bununla birlikte, belirttiğimiz görüş

³⁷¹ KAYMAZ, s. 149.

³⁷² HAFIZOĞULLARI, Zeki: Türk Ceza Hukuku Ders Notları, s. 419 (<http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/CezaHukuku.pdf>) (Erişim tarihi 4.4.2016).

³⁷³ KAYMAZ, s. 149.

³⁷⁴ İştirak konusu hakkında daha detaylı bilgi için bkz. AYDIN, Devrim: Suça İştirak, Ankara 2009.

³⁷⁵ KAYMAZ, s. 150.

³⁷⁶ KAYMAZ, s. 474

“karar verilen kişilerin iletişimde bulunacağı her kişi bakımından ayrı bir karar alınması gerektiği sonucuna varılır ve bu mümkün değildir”³⁷⁷ demektedir. Kanunda özel bir düzenleme getirilmedikçe (CMK m. 138/2 gibi) böyle bir kanaate varılmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Bizce, hakkında tedbir kararı verilmemiş kimselerin suça iştirak ettiği anlaşıldığında³⁷⁸; o kimseler hakkında soruşturma başlatılıp ve şartları da varsa tedbir kararı verilip; o tarihten sonraki tedbire konu elde edilen bilgilerin delil olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Aksi bir kabul, hukuk devleti ilkesinin etrafının dolaşılmasına neden olur ki bu da Ceza muhakemesinin amacına ters düşer. Ceza muhakemesi hukukunda, tek delil toplama yöntemi “iletişimin denetlenmesi” değildir; Cumhuriyet savcısı, lehe ve aleyhe bütün delilleri toplamak zorundadır. Böyle olunca, bu görüşün Cumhuriyet savcısının genel soruşturma yetkisini de ihmal ettiğini düşünmekteyiz.

Fikri içtima³⁷⁹ halinde, fail tek bir fiille kanunun birden fazla hükmünü ihlal etmekte, her bir suç bağımsızlığını korumakta fakat kurumun yapısından ötürü faile en ağır suçtan dolayı ceza verilmektedir.³⁸⁰ Burada bir fiille birden fazla hükmü ihlal edilen ceza normlarından en ağır katalog suç kapsamında olabilir veya olmayabilir. O halde eğer faile verilebilecek cezanın hukuki nitelendirilmesine bakıldığında bu tedbir birinci fıkra da belirtilen dinleme, kayda alma, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesiyle sınırlı olarak, katalog suçlardan değilse; elde edilen delil ne olacaktır? Burada ortada bir “tesadüfen elde edilmiş delil” olduğu düşünülmemekte,

³⁷⁷ “İştirak halinde işlenen suçlar nedeniyle yapılan soruşturmada diğer suç ortakları hakkında elde edilen delil, “yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan” bir delil değildir.” **KAYMAZ**, s. 474.

³⁷⁸ Burada düşünülmesi gereken kamu görevlisinin suçu ihbar yükümlülüğünün düzenlendiği TCK m. 279 normudur.

³⁷⁹ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **GÖKTÜRK**, Neslihan: Fikri İçtima, Adalet Yayınları, Ankara 2013.

³⁸⁰ **HAFIZOĞULLARI**, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, s. 486 (<http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/CezaHukuku.pdf>) (Erişim tarihi 4.4.2016);

bu yolla elde edilen delillerin, içtima edilen suçlar bakımından da kullanılabilmesi gerektiği düşünülmektedir.³⁸¹

Bağlantılı suçlar bakımından değerlendirildiğinde, bir görüş burada elde edilen delillerin tesadüfi delillerden daha farklı yorumlanması gerektiğini ve bu denetleme sırasında ele geçirilen delillerin, soruşturma ve kovuşturmada delil olarak kullanılması gerektiğini savunmaktadır.³⁸² Bunun karşısında; katalogda yer almayan bir suçun, katalogdaki bir suçla bağlantılı olması halinde bile bu yolla elde edilen verilerin bu suçların aydınlatılmasında dahi delil olarak kullanılamayacağı düşünülmektedir.³⁸³ Görüldüğü gibi konu doktrinde açıklığa kavuşturulabilmiş değildir. Biz, ikinci düşüncenin daha isabetli olduğuna inanmaktayız.

B. SOMUT DELİLLERE DAYANAN KUVVETLİ SUÇ ŞÜPHESİ

Cumhuriyet savcısı, ihbar, şikayet veya başka bir suretle suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davası açmak üzere işin gerçeğini araştırmaya başlar (CMK m. 158). Savcayı harekete geçiren “şüphe”³⁸⁴dir. Şüphe ise ancak delillerle tanımlanabilir.³⁸⁵

Cumhuriyet savcısı şüpheyi dayanarak başlattığı soruşturma sonunda suçun işlendiği yönünde “yeterli şüphe seviyesi”ne kanaat getirirse iddianame düzenleyip mahkemeye teslim edecektir. Yeterli şüphe konusundaki delilin takdiri ise, Cumhuriyet savcısına aittir.³⁸⁶

³⁸¹ KAYMAZ, s. 477.

³⁸² KAYMAZ, s. 153.

³⁸³ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 549.

³⁸⁴ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 143

³⁸⁵ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 539.

³⁸⁶ FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, s. 22.

Şüpheyi basit şüphe (başlangıç şüphesi) ve yoğun şüphe olarak iki ayrı biçimde inceleyen kimi yazarlara göre; basit şüphe, soruşturmaya başlanabilmesi için gerekli olan şüphe seviyesini ifade etmekteyken yoğun şüphe “yeterli şüphe” ve “kuvvetli şüphe” olarak kendi içinde de iki ayrı şekilde incelenmektedir.³⁸⁷ Buna göre “yeterli şüphe” elde edilen delillere göre sanığın mahkum olma ihtimalinin beraat etme ihtimaline göre daha kuvvetli olması” olarak ifade edilmekte iken, kuvvetli şüphe “yapılacak duruşmada sanığın mahkum olmasının kuvvetle muhtemel olması” olarak tanımlanmaktadır.³⁸⁸

O halde, sadece soyut suç şüphesinin varlığı yetmez, şüphenin belirli olgulara dayanması ve somut delillere dayanan bir yoğunluğa erişmesi gerekmektedir.³⁸⁹ Deliller, olayın belirlenmesine³⁹⁰ yarar ve muhakeme sonucunda maddi olayın çözülmesine hizmet eder ve araç görevi³⁹¹ görürler. Şüphe, delillere dayanır³⁹², delil, bir sonucu kanıtlamak için ileri sürülen bir sebep ya da argüman olmakla birlikte, muhakeme hukukunda bir davada ileri sürülen tezi kanıtlamak amacıyla hukuk düzeni tarafından kabul edilen araçlar olduğundan amacı maddi gerçeğe ulaşmak olan ceza muhakemesinde, hukuka uygun olmak kaydıyla bu vasıta olma özelliği dolayısıyla yararlanılırlar.³⁹³ Muhakeme makamları, kolektif bir hükümle³⁹⁴ birlikte maddi ve hukuki meseleyi³⁹⁵ çözer ve uyuşmazlık hakkında bir hüküm verirler.³⁹⁶

³⁸⁷ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SITMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 439.

³⁸⁸ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SITMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 439.

³⁸⁹ BİÇAK, s. 586.; ŞAHİN, Ceza Muhakemesi Hukuku –I-, s. 288.

³⁹⁰ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 498.

³⁹¹ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 171.

³⁹² “Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenebilmesi için kuvvetli şüphe sebeplerinin, yani kuvvetli delillerin bulunması gerekmektedir”, ŞAHİN, Ceza Muhakemesi Hukuku –I-, s. 288.

³⁹³ TEZCAN, Durmuş: “AİHM Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Delillerin Değeri”, Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER Armağanı, C. II, s. 1221-1328.

³⁹⁴ KUNTER, s. 29.

³⁹⁵ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 171.

³⁹⁶ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 498.

Madde metninin ilk halinde, “kuvvetli suç şüphesi” ifadesi yer alırken, daha sonra yapılan 6526 sayılı kanundaki değişiklikle birlikte “somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesi” ibaresi eklenmiştir. Belirtmek gerekir ki düzenlemenin kaynağı olan Alman CMK’unda “kuvvetli şüphe” değil “şüphe”nin varlığı yeterli görülmekte ve faile veya iştirake ilişkin olarak da belli olgular aranmaktadır.³⁹⁷ Değişikliğin gerekçesi³⁹⁸ olarak; kanunun koruma tedbirleri bakımından öngördüğü sisteme paralellik sağlanması olduğu belirtilmiştir. Bu değişiklikle beraber “kuvvetli suç şüphesi” ile “somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesi” kavramları arasında ne gibi bir fark olduğu sorusu akıllara gelmektedir. Denmektedir ki, şüpheye ilişkin şartlarda böyle bir düzenlemeye gidilip tedbire başvurmada somut delillere dayanan şüphe sebepleri aramak, malumun ilanından başka bir şey değildir.³⁹⁹

O halde, denilebilir ki, somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesinden de kuvvetli suç şüphesinden de anlaşılması gereken şüpheli veya sanığın mahkum olma ihtimalinin mahkum olmama ihtimaline göre yüksek olmasıdır.⁴⁰⁰ Ancak, kuvvetli şüphe deyiminden, sanığın mahkum edilmesinin yüksek bir olasılık olması şeklinde anlaşılması halinde tedbire başvurmak için artık orantılılık şartının gerçekleşmemiş olacağını, zira sanık hakkında zaten onu mahkum edebilecek kadar delil mevcutsa, tedbire başvurma bir gerekliliğinin de kalmayacağını düşünenler de vardır.⁴⁰¹

³⁹⁷ CENTEL/ZAFER, s. 435.

³⁹⁸ (<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-1981.pdf>) Erişim Tarihi (4.2.2016)

³⁹⁹ AKKAŞ, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbirinin Şartlarında 6526 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 6, Sayı 21, s. 467-488

⁴⁰⁰ CENTEL/ZAFER, s. 435.

⁴⁰¹ ERDEM, Mustafa Ruhan: “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, (<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc>) (Erişim Tarihi: 4.3.2016)

Bununla birlikte bir görüş, tedbirin uygulanma şartlarından biri olarak kuvvetli suç şüphe seviyesinin aranmasını, tedbirin uygulanmasını kısıtlayacağını ve ayrıca bu kavramın da iinin boşalacağını savunmaktadır.⁴⁰² Ayrıca “somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesinin” kavramıyla birlikte ağır ceza mahkemesinin “oybirliğı” şartıyla bu tedbir kararı alınabilmesinin artık soruşturmada ve kovuşturmada tedbiri uygulanamaz hale getireceğı görüşü yer edinmeye başlamıştır.⁴⁰³

Kamu davası açabilmesi için yeterli şüphe seviyesinin öngörüldüğünden hareketle, soruşturma evresinde de bu tedbire başvurulabileceğinden dolayı bu tedbire artık başvurma imkanının kalmadığı yönündeki doktrin görüşü⁴⁰⁴ eleştirilmektedir. Denmektedir ki, madem ki kuvvetli şüphe, halen bir “şüphe” seviyesini ifade etmektedir ve henüz şüphe yenilememiştir, o halde, kuvvetli şüphe var olsa dahi sanık hakkında mahkumiyet kararı bile verilemeyecektir. Bundan dolayı, sanık veya şüpheli hakkında suçu işlediğini dair “kuvvetli şüphe”nin varlığı tedbire başvurma gereksizliğini ifade etmediğı gibi, ikincilliğine de aykırı değildir. Çünkü tedbirin uygulanması ile amaçlanan kuvvetli şüphe oluşturacak delil elde edilmesi değil, şüpheli veya sanığın suç işleyip işlemediğı işlenmişse de tedbirin icrasıyla elde edilebilecek tüm delilleri elde etmektir. Ayrıca, Cumhuriyet savcısının görevi şüpheyi yenmek değildir. Bundan dolayı, savcı, soruşturma aşamasında uygulanan tedbir sonucu dava açmak için yeterli delillere ulaştığında tedbirin

⁴⁰² KAYMAZ, s. 214.

⁴⁰³ AKKAŞ, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbirinin Şartlarında 6526 Sayılı Kanun İle Yapılan Değışikliklerin Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 6, Sayı 21, s. 467-488

⁴⁰⁴ ŞEN, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir, s. 91. Görüşün eleştirisi için bkz. KAYMAZ, s. 220 vd.

uygulanmasına son verip, dava açma yoluna gitmemeli, elde edebileceği tüm delilleri toplamalıdır.⁴⁰⁵

Görüldüğü gibi, bu koruma tedbirlerine başvurulması ağır bir müdahale kabul edildiğinden, basit bir şüpheyile yetinilmemiş, şüphenin nitelikli bir yoğunluğa ulaşması amaçlanmıştır.⁴⁰⁶

C. BAŞKA SURETTE DELİL ELDE EDİLME İMKÂNININ BULUNMAMASI

Bu ifadeden anlaşılması gereken, “iletişimin denetlenmesinin son çare” olması ve bunun doğal sonucu olarak da failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesi başka bir tedbirle mümkün ise, daha ağır bir tedbir olan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmamasının gerekliliğidir.⁴⁰⁷ Bu halde, bu tedbirin diğer tedbirlere göre bir ikincil nitelikte olduğundan bahsetmek mümkündür⁴⁰⁸.

Bu koşul, aynı amaca hizmet eden iki tedbir arasında öncelik-sonralık ilişkisini ifade eder ve suçu aydınlatmak üzere başvurulabilecek birden fazla tedbir arasında bir karşılaştırma yapılmasını ve bunlardan temel hak ve özgürlüklere en az müdahale oluşturan tedbir hangisiyse ona başvurulmasını gerektirir.⁴⁰⁹ Burada esas sorun, bu ilişkinin nasıl kurulacağıyla ilgilidir. Denmektedir ki, diğer tedbirlerle ulaşılması amaçlanan delillerin elde edilmesinin imkansız olduğunun kabul edilebilmesi için bu tedbirlerin uygulanması ve başarısız olduklarının kanıtlanması

⁴⁰⁵ KAYMAZ, s. 222 vd.

⁴⁰⁶ ŞAHİN, Ceza Muhakemesi Hukuku –I-, s. 288.

⁴⁰⁷ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 441.

⁴⁰⁸ ŞAHİN, Ceza Muhakemesi Hukuku –I-, s. 288.; ŞEN, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir, s. 60.

⁴⁰⁹ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 539.

gerekir ki⁴¹⁰ bu emek/zaman kaybı olur ve bu süre içinde delillerin kaybolma ihtimalini de güçlendirir ve kanun koyucunu da zaten bunu amaçlamış olamaz. Bu nedenle, diğer tedbirlere başvurulsa da bir sonuç alınamayacağına dair bir beklentinin varlığı yeterli olacağı savunulmaktadır.⁴¹¹ Bu düşünce eleştirilmektedir; öyle ki 2007 tarihli yönetmelikte de m. 4/1-c’de belirtilen bu tanımın karşısında, normlar hiyerarşisi gereği kanun hükmü karşısında yönetmelik hükmünün ihmal edilmesi gerektiği, zira CMK m. 135’de ifade olunan başkaca surette delil elde edilememesinden “bir beklentinin varlığı” anlamı çıkarılamayacağı; kanun koyucunun ön görmediği bu kavramın arkasına sığınarak hukukun dolanılabileceği savunulmaktadır.⁴¹²

Geleneksel koruma tedbirleri olarak anılan arama elkoyma tutuklama gibi tedbirler ile iletişimin denetlenmesi arasında bir öncelik sonralık olduğu düşüncesi, iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri gibi ağır müdahaleler içeren “gizli soruşturmacı görevlendirilmesi” veya “teknik izleme tedbirleri” arasında nasıl bir öncelik sonralık ilişkisi değerlendirilmesi yapılacağı sorusunu gündeme getirmiştir. Denmektedir ki, geleneksel koruma tedbirleri açısından, daha ağır bir tedbir olan iletişimin denetlenmesi tedbirine göre bir başka tedbire başvurulup sonuç alınamamış olması şart değildir; bunlara başvurulduğunda sonuç alınamayacağı beklentisinin varlığı yeterlidir⁴¹³. Bu görüş, CMK m. 140, m. 141’de düzenlenen tedbirler ile CMK m. 135’de düzenlenen tedbirin aralarında orantılılık olması koşuluyla her birine aynı

⁴¹⁰ KAYMAZ, s. 226.

⁴¹¹ KAYMAZ, s. 226; aksi yönde görüş için bkz. ŞEN, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhabir s. 60.

⁴¹² ŞEN, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhabir, s. 61.

⁴¹³ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 540.

zamanda da başvurulabileceğine⁴¹⁴ bir engel olmadığını savunmaktadır. Bu görüş gerekçelendirilirken, tedbirler arasında derecelendirmenin kanunla açık bir şekilde yapılmasının gerektiğini savunmakta; böyle bir düzenleme olana kadar üç tedbire de aynı anda başvurma bir engeli olmadığını bunun tek ölçütünün “hakimin” takdiriyle hangi tedbirin kişi hürriyetini daha az sınırladığının tespit edilip karar verilmesi gerektiği belirtmektedir.⁴¹⁵

Bu konudaki uyuşmazlık, Yargıtay 18. CD tarafından⁴¹⁶ şöyle değerlendirilmiştir: *“Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenen özel koruma tedbirlerinden iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması başlıklı 135. maddenin 1. fıkrasında "başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması..." ibaresinin gizli soruşturmacı görevlendirmesine ilişkin 139. ve teknik araçlarla izlemeye ait 140. maddelerde bulunmaması ve anılan maddelerde "başka suretle delil elde edilememesi halindeki düzenlemeler ile soruşturma ve kovuşturma evreleri ve kapsadıkları suçlar yönünden aralarında öncelik-sonralık ilişkisi olduğu, bu bağlamda öncelikle 135. maddenin diğer iki koruma tedbirine nazaran öncelik aldığı, sonuç alınamaması halinde 140. ve ancak örgütün mevcudiyeti halinde ise 139. maddeye başvurulabileceği gözetildiğinde, her üç koruma tedbirine aynı anda ve birlikte karar verilemeyeceği gözetildiğinde;”*. Görüldüğü gibi yüksek mahkeme, son tarihli kararında “başka surette delil edilmesinin imkanı olmaması” şartıyla düzenlenen CMK m. 135, 139 ve 140 maddelerinden üçünün bir arada

⁴¹⁴ “Eğer telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri ile daha güçlü deliller elde edilmesi ve suçun bütün yönleriyle ortaya çıkarılması imkanı mevcutsa, diğer soruşturma yöntemleriyle kamu davası açılması için yeterli delillere ulaşılmış olması da bu tedbirin uygulanmasına bir engel teşkil etmez.” KAYMAZ, s. 222.

⁴¹⁵ KAYMAZ, s. 229.

⁴¹⁶ Yargıtay 18. CD 9.7.2015, E. 2015/29744, K. 2015/4468.

uygulanamayacağını, bu tedbirler arasında, birinden delil elde edilememesi kaydıyla, diğerine karar verilebileceği yönünde karar vermiştir.

D. KARARI VERMEYE YETKİLİ MERCİ

1. GECİKMESİNDE SAKINCA BULUNAN HALLERDE CUMHURİYET SAVCISININ VERDİĞİ KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

CMK m. 135/1’de sayılan iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin tedbire konu hallerde, Cumhuriyet savcısı, gecikmesinde sakınca bulunan durumda kararını derhal mahkeme onayına sunmak zorundadır. Mahkeme, kararını en geç yirmi dört saat içinde vermek zorundadır. Mahkeme kararı onaylamaz ya da belirlenen süre içinde bir karar vermezse tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılmak zorundadır (CMK m. 135/1).

CMK m. 135/5’de gösterilen ve sadece şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi amacıyla sınırlı olarak başvurulabilen mobil telefonun yerinin tespiti ise “hakim” veya “gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden” karar alınabileceği belirtilmiştir; ağır ceza mahkemesinden bahsedilmediği gibi, Cumhuriyet savcısının kararını onaylatmasından da bahsedilmemiştir. Ağır ceza mahkemesinden bahsedilmemesi isabetlidir, çünkü 6526 sayılı kanun değişikliğiyle birlikte bu yetki CMK m. 135/6’da düzenlenen “iletişimin tespiti” ve CMK m. 135/5’de düzenlenen “mobil telefonun yerinin tespiti” bakımından sulh ceza hakimliklerine bırakılmıştır.⁴¹⁷ Fakat Cumhuriyet savcısının kararının onaylatılmaması halinde ne olacağından bahsedilmemiş olması isabetsizdir. Burada AİHS m. 8/2 ve Anayasa hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; kararın mutlaka

⁴¹⁷ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 458.

hakime onaylatılması gerektiği sonucuna varmak mümkündür. Doktrinde konunun tartışmalı olduğuna değinmiştik.

Yine bununla birlikte, CMK m. 135/6'da düzenlenen iletişimin tespitine ilişkin hükümde, “soruşturma aşamasında hakim, kovuşturma aşamasında mahkeme kararı” ifadesi kullanılmış, CMK m. 135/1’de bahsedildiği gibi gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısının bu kararı alıp alamayacağından hiç bahsedilmemiştir. Daha ağır şartlara bağlanan birinci fıkradaki tedbirlere başvurmada Cumhuriyet savcısına tanınan bu hakkın, daha hafif ve iletişimin içeriğine müdahale etmeyen bu tedbirde Cumhuriyet savcısına “gecikmesinde sakınca olan hallerde” tanınmamış olduğu gibi bir sonuç çıkmaktadır.

Kararı, Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlisi yazılı olarak telekomünikasyon hizmeti veren kurumdan ister (CMK m. 137/1). Ancak her ne kadar kanunda kararın ilgili telekomünikasyon kurumundan doğrudan yetkilileri vasıtasıyla işlemin yerine getirileceği belirtilse de, 2005 tarihli yönetmelikte bu kararların tek bir merkezden yürütüleceği (2005 tarihli Yön. m. 17) düzenlenmiştir. Bu kurum Telekomünikasyon İletişim Başkanlığıdır. Yönetmelik hükmü, kanunla çelişmektedir.⁴¹⁸

Cumhuriyet savcısınca belirlenen kolluk birimince; iletişimin dinlenmesi, kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve tespitle ilgili işlemlerin yerine getirilmesi amacıyla yeterli sayıda personel görevlendirilir. (2007 tarihli Yön. m. 11/1)

⁴¹⁸ CENTEL/ZAFER, s. 437.

Dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesiyle ilgili alınan kararlar, yerine getirilmek üzere Cumhuriyet savcısı tarafından ilgili kolluk birimine gönderilecektir (2007 tarihli Yön. 9/2-a). İletişimin tespitinde ise, ilgili işlemlerin icrası ise Cumhuriyet savcısı tarafından doğrudan veya kolluk aracılığıyla Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'ndan istenecektir (2007 tarihli Yön. m. 9/2-b).

Uygulamada soruşturma numarası/mahkeme esas numarası, tedbir türü-kapsamı-süresi, suç türü ve şüphe seviyesinin nedenleri, diğer surette delil elde edilememesine ilişkin tespitler veya belgeler, kişinin kimliği, iletişim aracının türü ve numarası veya bağlantıya imkan kodu yanında ayrıca tedbire konu kişinin mesleği, daha önce tedbir kararı alınıp alınmadığı ve talep reddedilmişse bunu gösteren kararların TİB kanuni dinleme modül sayfasından otomatik olarak alınıp A4 kağıdına işlenerek bir tutanak oluşturulduğu ve bunun da dosyaya eklendiği belirtilmektedir.⁴¹⁹ Dinleme, kayda alma işlemleri aidiyet numaraları bildirilen kolluk görevlileri tarafından numaralar sisteme tanıtıldıktan sonra ilgili birimlerin kendi bünyelerinde gerçekleştirilir.⁴²⁰ TİB bünyesinde bir dinleme faaliyetinde bulunulmaz.⁴²¹

İşlemin başladığı, bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır. (2007 tarihli Yön. 9/4). Bununla birlikte sürenin ne zaman başlayacağına ilişkin yönetmelikte düzenlenen “sisteme tanıtıldığı andan itibaren başlar” hükmü iptal edilmiştir.

⁴¹⁹ TAMÖZ/KOCABEY, s. 58.

⁴²⁰ KAYMAZ, s. 314.

⁴²¹ KAYMAZ, s. 314.

Tutulan kayıtlar, Cumhuriyet savcılığınca görevlendirilen kişiler tarafından çözülerek metin haline getirilir. Yabancı dildeki kayıtlar, tercüman aracılığıyla Türkçe'ye çevrilir.(CMK m. 137/2).

Tespit veya sinyal bilgisi değerlendirme sonuçları dökümü de, görevlendirilen kolluk birimi personeline Cumhuriyet başsavcılığına teslim edilir. (2007 tarihli Yön. m 9/8)

2. AĞIR CEZA MAHKEMESİNİN KARARI

İletişimin denetlenmesi kararları, mahkeme tarafından verilir. Bu tedbire, soruşturmada da kovuşturmada da başvurulabilir. Her iki halde de yalnızca CMK m. 135/1'le sınırlı olmak kaydıyla bu karar, ağır ceza mahkemesi tarafından oybirliğiyle verilir. CMK m. 135/5 ve m. 135/6'daki tedbirler için ise sulh ceza yargıçlıkları yetkilidir. 6526 sayılı kanun değişikliğinden önce, “hakim” kararından bahsedilmekte iken, yürürlükte olan düzenleme “ağır ceza mahkemesinin” kararından bahsetmektedir.

Birinci fıkrada öngörülen tedbir türleri bakımından (dinleme, kayda alma, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi) alınacak kararlar için aranan şart, ağır ceza mahkemesinin bu kararı “oybirliği” ile verilmiş olmasıdır. Bir görüş, ağır ceza mahkemesi kararının sulh ceza mahkemesi yerine kendisine tanınmasını temel hak ve hürriyetlerin güvencesi anlamında yerinde görmekte iken bu halde oybirliği ile kararın verilmesinin artık imkansız hale geldiğini savunmaktadır.⁴²²

⁴²² ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 540.

Mahkeme kararları gerekçeli olmak zorundadır. Gerekçesiz takdir, keyfilik demek, keyfilik de doğru yargılanma temel hakkının ihlali demektir.⁴²³

Ağır ceza mahkemesi tarafından verilen kararlar da bir önceki başlıkta anlatılan usuller dairesinde Cumhuriyet başsavcılığı tarafından yerine getirilir, bu konuda sürecin nasıl işleyeceği bir önceki başlıkta bahsedildiğinden, tekrara düşmemek adına burada tekrar incelenmeyecektir. Bununla birlikte mahkemenin kendisi de kararın yerine getirilmesini ilgili kurumdan isteyebilir.⁴²⁴

Bununla birlikte, beşinci ve altıncı fıkra özel olarak düzenlenen ve birinci fıkra kapsamı dışında tutulan tedbir türleriyle ilgili “hakim veya mahkeme” kararı ifadesi kullanılmıştır. Burada hakim veya mahkeme kararından ne anlaşılması gerektiğinin tartışmalı olduğu düşünülebilir, mahkemeden, birinci fıkradaki yetkili ağır ceza mahkemesi mi yoksa davayı gören mahkeme mi olduğu tartışılabilirse de, kanun koyucu gerekçesinin yirmiüçüncü maddesinde *“maddede yapılan değişiklikte soruşturma ve kovuşturma aşamasında iletişimin tespitine ilişkin karar ayrı bir fıkra düzenlenmiş ve bu kararların ağır ceza mahkemeleri yerine sulh ceza hakimliklerinden veya yargılama yapan mahkemelerce alınabilmesi sağlanmaktadır”* ifadesine yer verildiğinden, bu iki tedbir bakımından yetkili ve görevli mahkemenin davayı görmekte olan mahkeme, soruşturma aşamasında ise yeni ihdas edilen sulh ceza hakimlikleri⁴²⁵ anlaşılmalıdır.⁴²⁶

⁴²³ HAFIZOĞULLARI, “Türk Ceza Hukuku Ders Notları”, s. 682 (<http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/CezaHukuku.pdf>) (Erişim tarihi 4.4.2016);

⁴²⁴ KAYMAZ, s. 313 vd.

⁴²⁵ Sulh ceza hakimlikleri hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. TANER, Fahri Gökçen: “Terörle Mücadele Kanunundan 6545 Sayılı Kanun Sonrası Sulh Ceza Hakimliğine Soruşturma Evresine Özgülenmiş Hakimlik Makamı”, Prof. Dr. Nevzat TOROSLU’ya Armağan, Ankara 2015, C. II, s. 1071-1092.

⁴²⁶ (<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-2397.pdf>) (Erişim Tarihi: 12.2.2016)

V. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KARARININ SÜRESİ

Komisyon gerekçesinde⁴²⁷, sürelerin sınırını belirlerken hangi ölçünün kullanıldığı belirtilmemiştir. Elbette, süreleri belirlemek kanun koyucunun takdirindedir. Kanun koyucu, daha sonraları yaptığı değişikliklerle tedbire başvurma konusundaki süreleri birçok kez değiştirmiştir.

Kanunun ilk metninde, iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi amacıyla başvurulabilen mobil telefonun yerinin tespiti ile ilgili verilen kararların en fazla üç ay süreyle uygulanabileceği ve bu sürenin de bir defa daha uzatılabileceğinden bahsedilmekteydi.

Uygulamada, süre uzatılmasına ilişkin kararlara, “yenileme kararları” denmektedir.⁴²⁸

5353 sayılı kanunla yapılan değişiklikle birlikte “sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi” tedbiri de düzenlendikten sonra, bu süreler örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda bir defada en fazla bir ay olmak sınıрыyla “müteaddit defalar” uzatılma hükmü getirilmişti. 6526 sayılı kanun değişikliğiyle “müteaddit defa” uzatma hükmü kaldırılmıştır.

Buna göre, sadece katalog suçlar bakımından uygulanabilen CMK m. 135/1’de sayılan iletişimin dinlenmesi, kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kararları en fazla iki ay için verilebilmektedir (m. 135/4). Bu süreler, bir ay daha uzatılabilmektedir. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla

⁴²⁷ “Üçüncü fıkrasında, telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması hususunda verilecek kararın içeriğine ve uygulama süresine ilişkin düzenleme yapılmıştır.”

⁴²⁸ TAMÖZ/KOCABEY, s. 62.

ilgili olarak ise her bir defasında en fazla bir ay süre uzatılabilecek olmasına rağmen toplam uzatma üç ayı geçemeyecektir. Böylece örgüt faaliyeti çerçevesinde olmadan en fazla süre uzatmalarla birlikte üç ay, örgüt faaliyeti çerçevesinde olduğunda ise en fazla bir ay uzatma üçer kez verilebileceğinden toplamda altı ay sürecektir⁴²⁹ (CMK m. 135/4-son). Yürürlükten kaldırıldığı için artık “müteaddit” defalar uzatma yapılamamaktadır. Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi amacıyla mobil telefonunun yerinin tespiti ise bu süre en çok iki ay için verilebilir ve bu süre bir ay daha uzatılabilir, yani, üç ay içinde bu karar da kendiliğinden sona erecektir. (CMK m. 135/5).

Tedbir, uygulanabileceği temel süreler ve uzatmalarla bir bütündür. Tedbir süresinin, kararın verildiği tarihten itibaren mi yoksa fiilen uygulanmaya başladığı tarihten itibaren mi başlayacağı hususunda CMK’da açıklık bulunmamaktadır.⁴³⁰ Tedbir kararının hangi tarih ve saatte başladığı ve ne zaman bitirildiği işlemi yapanın kimliğiyle birlikte tutanak altına alınır (CMK m. 137/1, 2005 tarihli Yön. m. 9/4) Dinleme veya mobil telefonun yerinin tespiti kararlarında sürenin “kararın Başkanlıkta sisteme tanıtıldığı andan itibaren başlar” hükmü Danıştay kararıyla⁴³¹ iptal edilmiştir. Süre hakim tarafından karar verildiği andan itibaren başlar çünkü kanuni şartları o an o zaman dilimi için o hakim tarafından tespit edilmiştir; aksi bir kabul süre başlangıcında keyfiyete yer verir.⁴³²

⁴²⁹ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 438 vd.

⁴³⁰ CENTEL/ZAFER, s. 439.

⁴³¹ Danıştay 10. Dairesi’nin 22/10/2010 tarihli ve Esas No. 2007/2795, Karar No. 2010/1399.

⁴³² ŞEN, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir, s. 78.

VI. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİNİN KARARININ SONA ERMESİ

Tedbir kararı, ister birinci fıkrada gösterilen isterse de beşinci fıkrada gösterilen kararlardan veya altıncı fıkrada gösterilen kararlardan hangisine ilişkin olursa olsun, kovuşturmayla yer olmadığı kararının verilmesiyle ortadan kalkar (CMK m. 137/3).

Tedbir kararına konu şartların, somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesinin veya başka suretle delil elde edilmesinin mümkün olduğu hallerde de kararın sona ermesi gerektiği düşünülmelidir.⁴³³

Bu tedbirler, sadece soruşturmaya sınırlı olarak değil, kovuşturma evresinde de uygulanabileceğinden, kanun koyucunun sadece soruşturmayı sona erdiren kovuşturmayla yer olmadığına dair karardan bahsetmiş olması çelişkilidir. Tedbire konu süre sona erme bile kovuşturmanın sona ermesiyle birlikte tedbirin de kalkacağını düşünmekte bir sorun görünmemektedir.⁴³⁴

Tedbir kararları, belirli süreler için verilir. Bu sürelerin hangi koruma tedbirleri bakımından ne kadar uzatılabileceği kanunda gösterilmiştir. Dinleme veya mobil telefonun yerinin tespiti kararlarında sürenin “kararın Başkanlıkta sisteme tanıtıldığı andan itibaren başlar” hükmü Danıştay kararıyla⁴³⁵ iptal edildiğinden bir üst başlıkta bahsedilmiştir. Sürenin sona ermesiyle birlikte, tedbir kararı kendiliğinden

⁴³³ ŞEN, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir, s. 85.

⁴³⁴ Nitekim Mülga 4422 sk. m.2/7’de “İletişimin dinlenmesi ve tespiti sırasında bu Kanunda öngörülen suçların işlendiğine ilişkin şüphe ortadan kalkarsa, tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından kaldırılır.” ve bu kanuna dayanılarak çıkartılan yönetmelik m. 13/4’de “İletişimin dinlenmesi ve tespiti sırasında bu Kanunda öngörülen suçların işlendiğine ilişkin şüphe ortadan kalkarsa, tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından kaldırılır.” şeklinde bir düzenleme yer almaktaydı. Mevcut düzenlemede böyle bir hüküm yer almamaktadır.

⁴³⁵ Danıştay 10. Dairesi’nin 22/10/2010 tarihli ve Esas No. 2007/2795, Karar No. 2010/1399.

ortadan kalkmaktadır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından iletişimin dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin kararı verilmesi halinde, karar mahkeme tarafından süresi içinde onaylanmadıktan sonra veya reddedildikten sonra derhal kaldırılır. (CMK m. 137/3)

Son verilen işlemlere ilişkin “yapılan tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtlar” Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on beş gün içinde yok edilir ve durum tutanakla saptanır (CMK m. 137/3-son). Burada “tespit” ve “dinlemeye” ilişkin ifadeler kullanılmış olsa da, iletişimin tespiti, iletişimin dinlenmesi yanında iletişimin kaydedilmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespiti kararlarından bahsedilmemesi bir eksikliktir. Kanun koyucu, CMK m. 135/3’de “135. maddeye göre verilen kararın uygulanması sırasında...” başladığı cümleyi “... bu durumda yapılan tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtlar ... yok edilerek...” şeklinde bitirmiştir. Giriş ifadesinden, sadece tespit ve dinlemenin değil, CMK m. 135’e göre verilen bütün kararların anlaşılması gerektiğini düşünüyoruz. Aksi bir kabul, diğer kararların yok edilmemesi gerektiği ihtimalini doğurur ki, kanun koyucunun normu koyuş amacına ters düşer.

Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturmadan itibaren en geç onbeş gün içinde muhataba bu tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı bilgi verileceğinden de bahsetmiştir (CMK m. 137/4). Tespit ve dinlemeye ilişkin bir sınırlama olmaması gerektiğinden ve tedbire de kovuşturmada da başvurulabileceğinden bahsetmiştik. Burada da aynı eksik düzenlemenin yer aldığını görmekteyiz. Tekrara düşmemek adına yukarıda yaptığımız açıklamaları yeterli görüyoruz.

İletişimin dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin kararlara karşı yapılacak itirazlar, kararın verilmesiyle aynı usule tabidir. Buna göre, itiraz konusunda da ağır ceza mahkemesinin kararı “oybirliğiyle” vermesi gerekecektir. Çünkü kanun koyucu *“bu fıkra uyarınca alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verilir”* demekle bu fıkradaki türden iletişimin denetlenmesi bakımından özel bir düzenlemeye gitmiştir.

Bunun dışında iletişimin tespiti, mobil telefonun yerinin tespiti kararları kovuşturmada da verilebileceğinden ancak kanunda açıkça gösterilmiş olması halinde itiraz edilebilecektir. Kanunda bu iki tedbir yönünden de “itiraz edilebileceğine” dair ifade bulunmamaktadır. Böyle olunca, bu kararlara kovuşturmada itiraz mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte; kararlar soruşturma aşamasında sulh ceza yargıçlıkları tarafından verilebildiğine göre, bu kararlara karşı da genel hükümler nazarında itiraz edilebilecektir.

VII. ÖZEL SORUŞTURMA USULLERİ

Cumhuriyet savcısı soruşturmaya şikayet-izin-müracaat gibi bir şartın gerçekleşmesini beklemeksizin kural olarak re’sen başlar.⁴³⁶

Ceza muhakemesi sistemimizde, suçun türü veya kişinin sıfatı ya da görevi nedeniyle özel soruşturma usulleri öngörülmüştür.⁴³⁷ Bu kişilerin hukuki statüleri muhakemeye engel oluşturabilir.⁴³⁸

⁴³⁶ FEYZİOĞLU, Meclis Soruşturması, s. 4.

⁴³⁷ FEYZİOĞLU, Meclis Soruşturması, s. 4.

⁴³⁸ CENTEL/ZAFER, s. 64.

Görevi sırasında veya görev nedeniyle işlenen suçların soruşturulması veya kovuşturulmasının şarta bağlı olduğu hallerde muhakeme normları kısmen veya tamamen izin verilinceye kadar askıda kalmaktadır.⁴³⁹

Mezuniyet, müsaade, muvafakat şeklinde de ifade edilen izin şartı, kamu davası açılmasında kamu yararı bulunup bulunmamasıyla ilgili olup, izin verildikten sonra soruşturma ve kovuşturmanın adli mercilerce yerine getirilmesini ifade eder.⁴⁴⁰

Özel soruşturma usullerinin öngörülmesi, kişilerin haksız ya da keyfi soruşturmalara maruz kalma korkusu altında olmadan görevlerini gereği gibi yerine getirmeleri düşüncesine dayanmaktadır.⁴⁴¹

A. 4483 SAYILI KANUNLA YAPILAN SORUŞTURMADA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

4/12/1999 tarihli 4483 sayılı Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerin Yargılanması Hakkında Kanun kapsamında yer alan suçlarda; idari mercilerce yapılan bir ön inceleme sonunda verilecek izin neticesinde Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturulmaya başlanabilmektedir (4483 sk. m. 5 vd.).⁴⁴²

Ön inceleme sonucunda, soruşturma izni verilebileceğine ve bundan sonra Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma yapılacağına göre; öninceleme aşamasında CMK hükümleri gereği işlem tesis edilebilmesi mümkün görünmemektedir.⁴⁴³

Çünkü öninceleme, suç işlediği iddia olunan kimsenin hakkında soruşturma yapılmasına “gerek” olup olmamasına ilişkindir ve kişi henüz CMK’ya göre

⁴³⁹ CENTEL/ZAFER, s. 64.

⁴⁴⁰ CENTEL/ZAFER, s. 631.

⁴⁴¹ FEYZİOĞLU, Meclis Soruşturması, s. 19

⁴⁴² FEYZİOĞLU, Meclis Soruşturması, s. 4.; KAYMAZ, S. 194.; CENTEL/ZAFER, s. 632.

⁴⁴³ KAYMAZ, s. 196.

“şüpheli” sıfatını almamıştır. Şüpheli sıfatını almayan kimse hakkında CMK m. 135 hükmü uygulanamaz.

Bununla birlikte ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde veya 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzuklarla Mücadele Kanunu’na⁴⁴⁴ göre soruşturma yapılması genel hükümlere tabidir. Ancak, 3628 sayılı kanun m. 17/2 gereği; valiler, kaymakamlar ve müsteşarlar hakkında bu hüküm uygulanmayacak; 4483 sayılı kanuna göre “izin” şartı gerçekleşmeden doğrudan Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturulamayacaklardır.

B. HAKİMLER VE SAVCILAR İLE YARGITAY ÜYELERİNİN SORUŞTURULMASINDA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Hakim ve Cumhuriyet savcılarının şahsi suçları bakımından soruşturmaya uğramaları, izin şartına bağlanmamıştır (2802 sk. m. 93). Görev sırasında veya görev sebebiyle işlenen suçlarla ilgili ise ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde, soruşturma ve kovuşturma yapılması için Adalet Bakanlığı’ndan izin almaya gerek görünmemektedir. (2802 sk. m. 94)⁴⁴⁵ Bunun dışındaki hallerde hakim ve savcılar, adalet müfettişlerince soruşturulurlar (2802 sk. m. 82). Soruşturmacı hakim (muhabbik) soruşturma neticesinde bir son soruşturma raporu hazırlar ve bunu Adalet Bakanlığına gönderir.⁴⁴⁶ Bununla birlikte bu suçlara iştirak edenler de aynı soruşturma ve kovuşturma usulüne tabidirler (2802 sk. m.86). Ancak bu sınırlama, kişisel suçlara iştirak halinde ise geçerli değildir. Adalet bakanlığı, adalet müfettişini yetkilendirmedikçe ve Adalet bakanlığı konu hakkında izin vermedikçe, soruşturma

⁴⁴⁴ “Madde 19 – Cumhuriyet Savcısı 17 nci maddede yazılı suçların işlendiğini öğrendiğinde sanıklar hakkında doğrudan doğruya ve bizzat soruşturmaya başlamakla beraber durumu atamaya yetkili amirine veya 8 inci maddede sayılan mercilere bildirir.”

⁴⁴⁵ “Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde hazırlık soruşturması genel hükümlere göre yapılır. Hazırlık soruşturması yetkili Cumhuriyet savcılar tarafından bizzat yürütülür.”

⁴⁴⁶ CENTEL/ZAFER, s. 632.

başlatılamaz (2802 sk. m. 82). Adalet Bakanlığı, Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün de görüşünü alarak kovuşturma yapılıp yapılmayacağı hususunda karar verir; kovuşturma yapılacağına dair bu karar izin niteliğindedir.⁴⁴⁷

Ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında Yargıtay üyelerinin yargılanmasına görevleriyle ilgili veya kişisel suçlarından dolayı soruşturma başlatılabilmesi ise Birinci Başkanlık Kurulu'nun kararına bağlıdır (YK m. 46) Başkanlar kurulu izni vermeden, üye hakkında soruşturma yapılması ve haliyle de iletişimin denetlenmesi kararı verilmesi mümkün değildir.⁴⁴⁸ Birinci başkanlık kurulu, soruşturma açılmasını gerekli gördüğü halde, soruşturmayı yürütmesi için bir Ceza Dairesi Başkanı'nın görevlendirir (YK m. 46/4). Ceza Dairesi Başkanı⁴⁴⁹ sorgu hakiminin yetkisine sahip olup, tutuklamaya ilişkin kararları Başkanlar Kurulu'nun onamasına tabidir. Burada diğer koruma tedbirleri yönünden bir ifade bulunmasa da, doktrinde “sorgu hakiminin CMK'nın soruşturmaya ilişkin hükümlerini uygulayacağı” ve “tutuklama dışında birinci başkanlar kurulunun onamasına ihtiyaç olmadığı” gerekçesiyle iletişimin denetlenmesine de başkanlar kurulunun onayı olmadan başvurulabileceğini düşünenler vardır.⁴⁵⁰

Konuyu Hakim ve Savcılar Kanunu kapsamında ele aldığımızda; buradaki en önemli problem, 2802 sk. m. 88'de düzenlenen normda⁴⁵¹ sadece yakalama, arama ve sorguya ilişkin tedbirler sayıldığından ve CMK m. 135'e konu tedbir ve türleri

⁴⁴⁷ CENTEL/ZAFER, s. 632.

⁴⁴⁸ KAYMAZ, s. 205.

⁴⁴⁹ “Soruşturmaya yapan ceza dairesi başkanı sorgu hakiminin yetkisini haiz olup Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun ilk soruşturmaya ait hükümlerini uygular. Vereceği tutuklama ve tutuklamanın kaldırılması veya kefaletle salıvermeye ait kararları Birinci Başkanlık Kurulunun onaması ile tekemmül eder.”

⁴⁵⁰ KAYMAZ, s. 206.

⁴⁵¹ “Madde 88 – Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri dışında suç işlediği ileri sürülen hâkim ve savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz, sorguya çekilemez. Ancak, durum Adalet Bakanlığına derhal bildirilir.”

burada gösterilmediğinden; iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine başvurulup başvurulamayacağı noktasındadır.⁴⁵² Aynı yönde 2802 sk. m. 101’de “yetki” başlığı altında düzenlenen normda da sadece ‘yeminle dinleme’, ‘soruşturma zorunlu kılarsa arama yapabilme’, ‘sübut delillerini kurum ve kuruluşlardan doğrudan toplayabilme’ gibi tahdidi sayılan⁴⁵³ maddede CMK m. 135 özelinde bir tedbire başvurabileceği düzenlenmemiştir. Burada kullanılan “bilgi/belge” ifadesi, CMK m. 135’de öngörülen koruma tedbirinin kapsamında olamayacağından ve koruma tedbiri kararları kural olarak hakim tarafından verilebileceğinden, bu kapsamda değerlendirilemez.⁴⁵⁴

Bununla birlikte, anılan kanun maddeleri dışında; adalet müfettişine, “yönetmelikle” bir takım yetkiler tayin edilmişti. Adalet müfettişine tanık dinleme, arama, elkoyma, keşif yapabilme, iletişimin tespiti ve dinlenmesi gibi delil toplama işlemleri sırasında CMK’ya ilişkin hükümlerin ve Hakimler ve Savcılar Kanunu’nda düzenlenen delil toplama yetkisini kullanabileceğine dair **“yönetmelik hükmü”**⁴⁵⁵ (24.1.2007 tarihli Teftiş Kurulu Yönetmeliği m. 98/1-ç), Danıştay tarafından iptal edilmiştir.⁴⁵⁶ Konu, Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, somut olayda Adalet Başmüfettişinin “yönetmelikten” aldığı yetkiye dayanarak iletişimin denetlenmesi kararı verdiğini ve hakime de onaylattığını bu nedenle

⁴⁵² KAYMAZ, s. 198.

⁴⁵³ AYM E. 2011/1 K. 2012/1 T. 19/12/2012: “Kanun’da sınırlayıcı (tahdidi) olarak sayılmış olup bunlar arasında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ile teknik araçlarla izleme tedbirlerine yer verilmemiştir. Buna göre, adalet müfettişlerine telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ile teknik araçlarla izleme tedbirlerine ilişkin kararları talep etme veya gecikmesinde sakınca olan hâllerde bu kararları resen verme yetkisi kanunla verilmemiştir. ”

⁴⁵⁴ KAYMAZ, s. 203.

⁴⁵⁵ “İstinabe, tanık dinlenmesi, arama, el koyma, keşif, haberleşmenin tespiti ve dinlenmesi gibi delil toplama işlemleri sırasında Ceza Muhakemesi Kanununun hükümleri ile birlikte 2802 sayılı Kanunun 101 inci maddesindeki yetkiler kullanılır, hâkim ve Cumhuriyet savcıları lehine 2802 sayılı Kanunun 85 ve 88 inci maddelerinde yer alan kısıtlayıcı hükümler dikkate alınır”

⁴⁵⁶ Danıştay 5.D T. 29.3.2011, E. 2009/5240, K. 2011/1619; AYM E. 2011/1 K. 2012/1 T. 19/12/2012.

hüküm kurulurken göz önüne alınmasını talep eden Cumhuriyet savcılığı görüşü karşısında; **kamusal savunmanın** öne sürdüğü gibi, “hukuka aykırı ve yetkisiz işlem tesis edildiğini ve dolayısıyla hukuka aykırı yollarla karar alındığı” yönündeki görüşe dayanıp “kanunla verilmemiş bir yetkinin yönetmelikle verilmeyeceği”ni değerlendirmiş⁴⁵⁷ ve delillerin hukuka aykırı yollarla elde edildiğini tespit etmiştir.⁴⁵⁸

Bununla birlikte, kurul müfettişlerine, 11.12.2010 tarihli ve 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu m.17/2-b’ye getirilen düzenlemeyle birlikte “suçüstünü gerektiren hallerde savcılara tanınan yetki dışındaki” tüm 5271 sayılı kanuna dayalı soruşturma yetkileri yapma hakkı tanınmıştır.⁴⁵⁹ Bu hallerde, iletişimin denetlenmesi kararı da şartları varsa verilebilecektir.

C. MİLLETVEKİLLERİ YÖNÜNDEN VE BAKANLAR İLE BAŞBAKAN YÖNÜNDEN MECLİS SORUŞTURMASINDA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Milletvekilleri, haklarında ceza muhakemesine ilişkin bazı işlemlerin hemen yapılamaması ayrıcalığına sahip olup, buna milletvekilliği dokunulmazlığı

⁴⁵⁷ “... Anayasa’da, 2802 sk.’da ve diğer kanunlarda adalet müfettişlerine hakim ve savcılar ile bunların suçlarına iştirak edenlerin işledikleri suçların soruşturılması sırasında bu kişilerin iletişimlerinin denetlenmesi veya teknik araçlarla izlenmesine ilişkin herhangi bir yetki verilmemiştir.”

⁴⁵⁸ “... Teftiş kurulu yönetmeliğiyle bu yetkilerin verilmesi anayasal olarak kabul edilemez... Bu nedenle, adalet müfettişlerinin iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme kararı verilmesini mahkemeden talep etme yetkileri bulunmadığı gibi gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de bu kararları resen verme yetkileri yoktur. Adalet müfettişlerinin yaptıkları soruşturmalar sırasında başvurulmuş iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme yetkisi olarak talep edilerek alınmış hakim kararına dayanması ya da yetkisiz olarak resen verilen kararların sonradan hakim tarafından onaylanmış olması yapılan işlemleri hukuka uygun hale getirmez.” AYM E. 2011/1 K. 2012/1 T. 19/12/2012

⁴⁵⁹ “Yapacakları inceleme ve soruşturmalarda bu Kanunda verilen yetkilere ilave olarak 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa göre işlem yapabilir; kanunlarda kendilerine ve Cumhuriyet savcısına, soruşturmanın yürütülmesiyle ilgili tanınan tüm yetkileri kullanabilir. 5271 sayılı Kanunda gecikmesinde sakınca bulunan hâllere ilişkin olmak üzere Cumhuriyet savcısına tanınan yetkiler bu hükmün dışındadır.”

denmektedir.⁴⁶⁰ Dokunulmazlığın kapsamına seçilmeden önce veya seçildikten sonra işlediği iddia edilen suçlar girer (AY m. 83) Burada önemli olan suçun niteliği, ağırlığı veya hükmolunacak ceza miktarı değildir.⁴⁶¹

Anayasa’da milletvekillerinin görev veya şahsi suçlarından dolayı haklarında yapılamayacak işlemler gözaltına alınma, sorguya çekilme, tutuklama ve yargılama olarak sayılmış olması karşısında kimi yazarlar bu istisnalar dışındaki bütün işlemler yapılır dese de, kimileri maddenin bir bütün olarak ele alınması gerektiğini ve madde ile getirilen korumanın böyle bir amacı olamayacağı gerekçesiyle⁴⁶² bu görüşe katılmamaktadırlar. Buna göre denmektedir ki, madem ki m. 83/4 milletvekili hakkında soruşturma yapılabilmesi için dokunulmazlığının kaldırılması gerektiğini söylemektedir ve iletişimin denetlenmesine de soruşturma aşamasında başvurulabilecektir; o halde dokunulmazlık kaldırılmadıkça buna imkan görünmemektedir.

Bununla birlikte, ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanmış olmak kaydıyla belirli suçlar yönünden soruşturma yapılabilmesi için dokunulmazlığın kaldırılmasına zaten gerek yoktur (AY m. 83/2). Bu halde, iletişimin denetlenmesi kararı da evleviyetle şartları varsa alınabilecektir.⁴⁶³ Aynı zamanda dokunulmazlığın sona ermesiyle birlikte (üyeliğin bitmesi veya yeniden meclis üyesinin seçilememesi, istifa neticesinde milletvekilliği sıfatının kaybedilmesi, dokunulmazlığın kaldırılmasına gerek olmadan yürütülen muhakeme neticesinde milletvekili seçilmeye engel bir mahkûmiyet hükmünün tesis

⁴⁶⁰ CENTEL/ZAFER, s. 68.

⁴⁶¹ CENTEL/ZAFER, s. 68.

⁴⁶² KAYMAZ, s. 206.

⁴⁶³ KAYMAZ, s. 208.

edilmesi veya dokunulmazlığın kaldırılması halinde) de aynı sonuca ulaşılabilir; milletvekili hakkında soruşturma yapılabilir ve şartları da varsa iletişimin denetlenmesi kararı alınabilecektir.⁴⁶⁴

Ancak, mecliste oylanan ve kabul edilen son Anayasa değişikliğiyle birlikte⁴⁶⁵; mecliste dosyası bulunan milletvekilleri yönünden dokunulmazlığı kaldırılan vekiller hakkında soruşturma ve kovuşturma engeli artık kalkmış olacağından, bu vekiller hakkında da yürütülmekte olan muhakemede şartları varsa iletişimin denetlenmesi kararı verilebilecektir.

Bununla birlikte konu bakanlar veya başbakan özelinde değerlendirildiğinde, öncelikle meclis soruşturmasının ele alınması gerekecektir. Meclis soruşturmasında TBMM genel kurulu ilgili bakan veya başbakanın yargılanmak üzere Yüce Divan’a sevk edilip edilmeyeceğine karar vermekte; bu soruşturma CMK’nın soruşturma evresi içinde değerlendirilmekte ve bu süreç Meclis’in yasama faaliyeti değil, AY m. 100’ dayanarak yürüttüğü adli bir faaliyet olmakta; soruşturma yerine geçen belgenin Yüce Divan’a teslim edilmesiyle birlikte de bu “soruşturma evresi” sona ermektedir.⁴⁶⁶

⁴⁶⁴ CENTEL/ZAFER, s. 70.

⁴⁶⁵ “GEÇİCİ MADDE 20 - Bu maddenin Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edildiği tarihte; soruşturmaya veya soruşturma ya da kovuşturma izni vermeye yetkili mercilerden, Cumhuriyet başsavcılıklarından ve mahkemelerden; Adalet Bakanlığına, Başbakanlığa, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına veya Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında, bu dosyalar bakımından, Anayasanın 83 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü uygulanmaz. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş gün içinde; Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığında, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığında, Başbakanlıkta ve Adalet Bakanlığında bulunan yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyalar, gereğinin yapılması amacıyla, yetkili merciine iade edilir.”

⁴⁶⁶ FEYZİOĞLU, Meclis Soruşturması, s. 6.

Soruşturma önergesinin teslimiyle birlikte, meclis soruşturması başlamakta; ilgili bakan veya başbakan “şüpheli” sıfatını almaktadır.⁴⁶⁷

Meclis soruşturma komisyonu, soruşturma evresini yürüten Cumhuriyet savcısı gibi işin gerçeğini araştırmak zorunda olup doğrudan doğruya delil toplayabilir, şüphelilerin ifadesini alabilir, arama ve elkoyma gibi işlemlerin yerine getirilmesini sulh ceza hakiminden talep edebilir.⁴⁶⁸

O halde, CMK m. 135’de öngörülen tedbire, soruşturma aşamasında da başvurulabildiğinden; meclis soruşturma komisyonunun bu kararın verilmesi için türüne göre ağır ceza mahkemesi veya sulh ceza yargıçlığından karar alması şartıyla bu tedbire başvurabilmesi mümkün görünmektedir.

VIII. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ SONUCU ELDE EDİLEN DELİLLERİN DEĞERİ

A. HUKUKA UYGUN VE HUKUKA AYKIRI DELİL KAVRAMI

Maddi gerçeği arayan ceza muhakemesinde, yargıç, tarafların ileri sürdükleri delillerle bağlı değildir.⁴⁶⁹ Kanuni delil sisteminin karşıtı olarak çıkan ve muhakeme düzeninde benimsenen vicdani delil sistemi; delil serbestisi ve delillerin değerlendirilmesi serbestisini ifade eder.⁴⁷⁰

Anayasa m. 38/6-2’de “kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.” denmektedir. Maddi gerçeğin adli yolla araştırma faaliyeti olan ceza muhakemesinde, her ne pahasına olursa olsun delil edilir diye bir kural

⁴⁶⁷ FEYZİOĞLU, Meclis Soruşturması, s. 18.

⁴⁶⁸ FEYZİOĞLU, Meclis Soruşturması, s. 104.

⁴⁶⁹ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 172.

⁴⁷⁰ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 173.

yoktur.⁴⁷¹ CMK m. 135’de düzenlenen şartları taşımayan bütün deliller, hukuka aykırı delildir.⁴⁷² Delilin elde edilmesi sırasında kanuna aykırılık bulunması delilin hükümde kullanılmasına engel olacağı gibi, AİHS m. 8’in de ihlali olarak değerlendirilir.⁴⁷³

Doktrinde kanuna aykırı elde edilen delilleri kimi yazarlar “tasnif” ederek açıklamaktayken, kimi yazarlar⁴⁷⁴ bu ayrıma karşı çıkmaktadır.⁴⁷⁵

Karşılaştırmalı hukukta telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi vasıtasıyla elde edilen delillerin değerlendirilmesi, delilin elde edilmesi ve değerlendirilmesi yasağı biçimindeki klasik ayrıma göre değerlendirilmektedir.⁴⁷⁶ Alman federal mahkemesinin, hukuki alan teorisine itibar etmediği, değerlerin tartımı teorisine itibar ettiği; buna göre müdahalenin, bireyin temel hak ve hürriyetlerine müdahale biçimi ve yoğunluğu ile kamunun ceza adaletinin sağlanmasına ilişkin dengesinin ölçüldüğü söylenmektedir.⁴⁷⁷

CMK’ya göre, sanık sorguya çekildikten sonra, delillerin ortaya konmasına başlanır (CMK m. 206/1). Ortaya konması istenen deliller, kanuna aykırı elde edilmişse (m. 206/2-a), ispat edilmek istenen olayın karara etkisi yoksa (m. 206/2-b)

⁴⁷¹ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 540.

⁴⁷² ŞEN, Türk Hukukunda Telefon Dinleme – Gizli Soruşturmacı – X Muhbir, s. 55.

⁴⁷³ CENGİZ/DEMİRAĞ/ERGÜL/MCBRIDE/TEZCAN, s. 76.

⁴⁷⁴ “Delil elde etme ve delil değerlendirme yasağı gibi bir ayrıma taraftar olmadığımızı belirtmek isteriz”. ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 555.

⁴⁷⁵ Bu görüşü savunanlar, kendi sistematiklerinde delil ve delil yasaklarını şu şekilde sıralamaktadırlar; “hüküm verirken kullanılması yasaklanan deliller”, “konusu bakımından yasaklanmış deliller” özel hayatın korunması amacıyla yasaklanan deliller, “elde edilmesinde uygulanan metod dolayısıyla yasaklanan deliller”, “korunan hak ve hukuki menfaat görüşü” YENİSEY/NUHOĞLU, s. 541.

⁴⁷⁶ ERDEM/ÖZBEK, “4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, Prof. Dr. M. Seyfullah EDİS’e Armağan, İzmir 2000, s. 249-303

⁴⁷⁷ ERDEM/ÖZBEK, “4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, Prof. Dr. M. Seyfullah EDİS’e Armağan, İzmir 2000, s. 249-303

veya sadece davayı uzatmak maksadıyla yapılmışsa (m. 206/2-c) reddolunur. Görüldüğü gibi, delilin kanuna aykırılığı, “ortaya konulması istenildiğinde” tespit edilmesi gereken bir işlemdir. Delil olarak ileri sürülen hususların delil olma değerini yargıç serbestçe takdir eder.⁴⁷⁸ Aynı zamanda, “delilleri takdir yetkisi” başlığı altında düzenlenen m. 217/2’ye göre, yüklenen suç, ancak hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delille ispatlanabilir. Devletin yaptığı işlem, normun koruduğu hukuki menfaati ihlal etmişse, delilin kanuna aykırı olduğu kabul edilir.⁴⁷⁹

Bunun dışında, kanuni unsurlarını taşıyan ve Anayasa m. 13, m. 6/son m. 38/6, CMK m. 217/2, CMK m. 206/2-a hükümlerine uygun olarak elde edilen delil, hukuka uygun delildir.⁴⁸⁰ Bazı hallerde, delil elde edilirken kullanan yöntem hukuka aykırı ise “kanuna aykırı yöntemle elde edilmiş delil”den bahsedilir. Denmektedir ki, burada dikkat edilmesi gereken ispata ilişkin konunun ispatının yasak olması değil, delil elde etme sırasında “kanuna aykırı bir yöntem” kullanılmış olmasıdır, ör. ifade veren kişinin iradesinin serbest olması gerekirken hukuka aykırı bir biçimde zor kullanma, hile, tehdit veya yorgun düşürmek gibi hallerin varlığında (CMK m. 148) elde edilmesi durumunda olduğu gibi.⁴⁸¹

Kanuna aykırı yollarla elde edilen delillerin kullanılabileceğini savunan bir görüş, bunun ancak “istisnai hallerde” mümkün görülebileceğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre, polis kolluk faaliyetini yürütürken, ör. *arama kararında hakim kararının yasal ve fiili dayanakları kalkmış olsa bile*, her zaman iyiniyetli hareket

⁴⁷⁸ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 172.

⁴⁷⁹ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 549.

⁴⁸⁰ ACAR, Kurucu İktidar Olma Eylemi ile Anayasayı İhlal Suçuna Konu Kalkışma Suçuna Konu Hareketlerinin Farklı Nitelikte Eylemler Olması ve Hukuki Sonuçları (Milli Güvenlik Konseyi Başkanı ve Üyesinin Erksiz/Yetkisiz Yargılanmasına İlişkin Esas Hakkında Savunma) , s. 6 vd.

⁴⁸¹ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 542.

ettiğinden bahsedilerek; yapılan arama veya yakalama gibi işlemlerin kanuna uygun sayılacağı savunulmaktadır.⁴⁸²

5272 sayılı CMK'da, Mülga 1412 sk. CMUK m. 254/2'de düzenlenen delil yasaklarından farklı bir düzenleye gidildiği, bununla birlikte artık mutlak bir yasağın değil fakat hakimin takdir hakkını kullanabildiği bir hükmün getirildiği düşünülmektedir.⁴⁸³

Burada tartışılması gereken sorun, hukuka aykırı olduğu düşünülen bir delilin mahkemeye getirilip getirilmeyeceği hususudur. Bir görüşe göre, delilin kullanılmaması tek başına yeterli değildir; çünkü artık süjelerin delile temas etmesiyle birlikte –dosyayı okuyarak da olsa- bu delilin tesiri altında kalamayacakları söylenemeyecektir. Bu yüzden, delilin kanuna aykırılığı için bir tali ceza davası açılabilmelidir.⁴⁸⁴ Bununla birlikte, AY m. 38 ve CMK m. 217/2'de gösterilen delillerin hukuka aykırı olamayacağı ilkesinin, yargı önüne “yasak delilden arınmış” dosyaların sunulacağı gerekçesiyle sanık için getirilen bu güvencenin ortadan kalkacağını düşünenler de vardır.⁴⁸⁵ Yargıtay ise, delillerin mahkeme huzuruna getirilip tartışılmamasını bozma nedeni olarak kabul etmektedir.⁴⁸⁶

⁴⁸² YENİSEY/NUHOĞLU, s. 548.

⁴⁸³ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 552.

⁴⁸⁴ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 551.

⁴⁸⁵ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 180.

⁴⁸⁶ Yargıtay 4.CD T. 10.7.2008, E. 2008/8558, K. 2008-15780 “CMK'nın 135, 206/2-a, 230/2 ve 217. maddeleri gereğince iletişimin tespitine dair kararların dosya içerisine konulması ve duruşmada okunmak suretiyle delillerin hukuka uygun ya da aykırı olup olmadıklarının tartışılıp değerlendirilmesi gerekirken eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle hükümler kurulması, bozmayı gerektirmiş...”

İletişimin denetlenmesi sonucunda elde edilen delil, iletişimin istisnai bir delil elde etme yöntemi olduğundan, sadece o soruşturma veya kovuşturmayla bağlı olarak kullanılabilmelidir.⁴⁸⁷

Doktrinde, kişinin kendisine karşı işlenen bir suça karşı; kendisini arayan kişinin iletişimini o an kayıt altına alması hususunu hukuka uygunluk sebepleri içinde değerlendiren görüş⁴⁸⁸ ve buna ilişkin 2011 tarihli Yargıtay CGK kararı da eleştirilere konu olmuştur.⁴⁸⁹ Denmektedir ki, mağdurun, o sıradaki telefon görüşmesini habersiz ve izinsiz kaydetmesi saldırıyı def etmek için olamaz. Çünkü ne amaç açısından saldırıyı def etmek içindir ne de böyle bir kayıt altına alma o saldırıyı engellemeye yeterli veya ortadan kaldırmaya elverişli bir harekettir. Burada, suç mağdurunun, bir önceki suçun failine karşı işlemiş olduğu başka bir suç vardır. Burada yapılması gereken delil toplamak için, kayıt altına almak değil, adli makamlara suçtan dolayı şikayetçi olduğunu bildirmektir. Meşru müdafa, saldırıyı savuşturmak için yapılır, delil toplamak için değildir.⁴⁹⁰ Eleştiriler, yerindedir.

Hukuka aykırı dinleme ve kayıtlar bakımından hakim kararlarına itiraz kanun yolunun açık olduğunu kabulü gerekmektedir.⁴⁹¹ Bunun için, şüpheli veya sanığın hakkında uygulanan tedbirlerden haberi olması gerekmektedir. Ancak bu tedbirlerin süresi boyunca gizli tutulduğu ve tedbir sona ermeden ilgilisinin öğrenemeyeceği göz

⁴⁸⁷ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 466.; ERDAĞ, “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, TBB Dergisi, Yıl 2011, Sayı 92 s. 31-61.

⁴⁸⁸ ŞEN, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir, s. 129 vd.

⁴⁸⁹ ÜNVER/HAKERİ, s. 436.

⁴⁹⁰ ÜNVER/HAKERİ, s. 436.

⁴⁹¹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 456.

önüne alındığında, itiraz kanun yoluna başvurmanın tedbir sona ermeden gerçekleştirilmesi mümkün görünmemektedir.⁴⁹²

Doktrinde kıyas yoluyla kişinin hak ve hürriyetlerine müdahale edilemeyeceği, bu normlar bakımından kıyas yapılamayacağı hakim görüş olarak kabul edilmekteyse de bazı yazarlar bu alanda da kıyasa başvurulabileceğini düşünmektedirler.⁴⁹³

B. TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİL KAVRAMI

Tesadüfen elde edilen delil kavramı, CMK m. 138’de iki fıkra olarak düzenlenmiştir. Birinci fıkra, sadece arama ve elkoyma tedbirlerinin uygulanması sırasında delile rastlanma olasılığını *“arama veya elkoyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.”* biçiminde düzenlemişken, konumuzu ilgilendiren telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında nasıl hareket edileceği ise *“Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135 inci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.”* şeklindeki düzenlemeyle hüküm altına almıştır.

⁴⁹² ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 456.

⁴⁹³ ŞEN, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, Ceza Hukuku Dergisi Y. 2 S. 4, Ankara 2007, s. 97-135.

Görüldüğü gibi, anılan düzenlemeye göre, şüpheli veya sanık hakkında muhakkak iletişimin denetlenmesi kararlarından birinin alınması⁴⁹⁴ gerekmektedir. Bu tedbir uygulanırken, yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak 135/8’de sayılan⁴⁹⁵ suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandıracak bir delile rastlanması gerekmektedir.⁴⁹⁶ Bu halde, kanun koyucu delilin “muhafaza altına” alınacağını ve derhal Cumhuriyet savcılığına bildirileceğini belirtmiştir.

Tesadüfen elde edilen delil, yapılan soruşturma ile ilgisi bulunmayan ve bir başka suçun işlendiğini gösteren ve kararın verildiği soruşturmayla sınırlı yürütülen muhakemede ele geçirilen delillerdir.⁴⁹⁷ Bu delil, iletişimi denetlenen şahsın, kararın konusu suç dışında başka bir suça veya başka bir şahsın işlediği suça ilişkin de olabilir; bu halde, hakkında soruşturmaya başlanmış fakat denetlemeye konu yapılmamış bir başka suçla ilgili elde edilen delil de katalogdaki suçlardan olmak kaydıyla, tesadüfen elde edilen delil olarak değerlendirilebilir.⁴⁹⁸ Rastlantı sonucu

⁴⁹⁴ Kanunun ilk metninden beri defalarca tedbire konu düzenleme değişikliğe uğramışken, bu norm hakkında yeni bir düzenlemeye gidilmemiştir. İlk düzenlemede, sayılan bütün tedbirler “*Bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir*” denilmek suretiyle katalog suçlar bakımından uygulanabiliyordu. Ancak şimdiki haliyle artık iletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti kararları katalog suçlar dışında da uygulanabileceğinden, katalog suçlar kapsamında verilmeyen bir iletişimin tespiti veya mobil telefonunun yerinin tespiti kararı uygulanırken, katalog dışında olan bir başka delil elde edilirse ne yapılacaktır sorusu akıllara gelmektedir.

⁴⁹⁵ “*Madde, suçun katalogda yer almaması halinde, bu şekilde elde edilen bir tesadüfî delilin Cumhuriyet savcılığına bildirilmesinin önünü kapatıyor gözükmektedir.*” **ŞAHİN**, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi –Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, Sa. 1-2, Yıl 2007, s. 1095 - 1112.

⁴⁹⁶ “Tesadüfî delili ayrıca düzenleyen kanun, sadece “denetleme sırasında ortaya çıkan diğer bir suç” olasılığını düzenlemiş ve buna izin vermiştir”, **YENİSEY/NUHOĞLU**, s. 467.

⁴⁹⁷ **ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN**, s. 555.; **ŞAHİN**, Ceza Muhakemesi Hukuku –I-, s. 294.

⁴⁹⁸ **ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN**, s. 555.

elde edilen delille birlikte yeni bir suç şüphesi ortaya çıkıyor veya yeni bir şüpheliye işaret ediliyorsa yeni bir karar alınmadan tedbire devam etmemek gerekir.⁴⁹⁹

Bununla birlikte, tesadüfen elde edilen delilin, hakkında iletişimin denetlenmesi kararı verilmiş kişiyle sınırlı olduğunu düşünenler de vardır.⁵⁰⁰ Denmektedir ki, aksi kabul olunduğunda, bir kişi hakkında verilmiş olan kararlar onlarca kişinin dinlenebilmesi söz konusu olabileceğinden, ilgililer artık birer muhakeme objesi konumuna indirgenmiş olacaktır; böylece bir kişiyi içeren kararın alınması adeta “denize atılan bir ağ” gibi olacak ve diğer kimselerin bu ağa takılması beklenecektir. Burada, işkencenin, yasak ifade ve sorgu usullerinde gösterildiği gibi (CMK m. 147) bu suretle elde edilen delillerin de dinlemeye takılan herkesi kapsayacak şekilde kabul etmenin “yasak olması” gerektiği savunulmaktadır. Denmektedir ki, bir an için bu dinlemeye “takılan” üçüncü kişiler için kabul edilecek olsa bile, yapılması gereken delili muhafaza altına alıp, Cumhuriyet Savcısına haber vermek ve hakkında karar verilmemiş ve dinlemeye “takılan” kişi hakkında bir karar alınmasını sağlamak olmalıdır. “Takılan” kişi hakkında karar verilmezse ve dinlemeye devam edilirse bu tutanaklar artık “hukuka aykırı” hale gelmiş olur ve ortada tesadüfen elde edilen bir delilden söz etmek mümkün görünmez.⁵⁰¹ Bu görüşü savunanlar, düşüncelerini Yargıtay’ın⁵⁰² “... tesadüfen elde edilen bu kanıt üzerine, ilk görüşme tespitinden sonra değil, bütün kayıtlardan sonra durum savcıya bildirilmiş; sanık hakkında iletişimin denetlenmesi kararı alınmamasına rağmen tespit yapılmış olduğundan, tutanaklar hukuka aykırı yolla elde edilen delildir” ve

⁴⁹⁹ YCGK, tesadüfen elde edilen delil üzerine ilk görüşmenin tespitinden sonra yapılan onbir adet telefon görüşmesinin sonradan bildirilmesi neticesinde ele geçen delillerin kanun dışı olduğuna karar vermiştir. CENTEL/ZAFER, s. 441.

⁵⁰⁰ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 456.

⁵⁰¹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 456.

⁵⁰² Yargıtay CGK, T. 3.7.2007, 5-23/167.

“... sanık hakkında iletişimin tespiti kararı da bulunmadığından, hükme dayanak yapılan iletişim tespit tutanaklarının yasa dışı elde edilmiş delil niteliğinde olduğu, Anayasa m. 20, 38/6, AİHS m.6, m.8 CMK m. 217/2 uyarınca ... beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulduğu” şeklinde kararlarına⁵⁰³ dayandırmaktadırlar.

Tedbir kararlarının, suç sayısına göre veya dinlenecek cihaza göre değil; şüpheli, sanık sayısına göre belirlenmesi gerektiği -yani suçla ilgili olarak bir telefon numarasına göre alınmış bulunan bir tek tedbir kararıyla o suçla ilişkili olan veya o telefona takılan herkesi dinlemeye devam etmenin mümkün görünmediği- düşünülmektedir.⁵⁰⁴

Tedbir konusu suç dışında, başkaca suçlara ilişkin delil elde edilmesi de mümkün olması yanında bu şekilde bir müdahalenin temel hak ve hürriyetlere müdahale alanının genişletildiği için, günümüzde bunun da özel hayata yeni bir bağımsız bir müdahale olarak nitelendirildiğinden dolayı bu bilgilerin sınırlı bir şekilde değerlendirilmesinin gerektiği kabul edilmektedir.⁵⁰⁵

Denilmektedir ki, sınırlama sadece katalog suçlar bakımından öngörüldüğünden⁵⁰⁶, kanun koyucu, görüşünü en başından belli etmiş olmaktadır.

⁵⁰³ Yargıtay 1.CD, 6.2.2009, E. 2008/8783 K. 2009/437 “*Tesadüfen 19.8.2004 tarihinde tespit edilen ilk görüşmeden sonra bu durum derhal C. savcısına bildirilmemiş, davayı gören mahkemenin 11.2.2005 tarihli yazısı ile istenen tespit tutanakları, dosyaya 7.4.2005 tarihinde girmiştir. Sanık hakkında iletişimin tespiti kararı da bulunmadığından, iletişimin tespiti tutanakları yasa dışı elde edilmiş delil niteliğindedir.*”

⁵⁰⁴ **ŞAHİN**, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi –Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, Sa. 1-2, Yıl 2007, s. 1095 - 1112.

⁵⁰⁵ **ERDEM/ÖZBEK**, “4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, Prof. Dr. M. Seyfullah EDİS’e Armağan, İzmir 2000, s. 249-303

⁵⁰⁶ **ŞAHİN**, Ceza Muhakemesi Hukuku –I-, s. 254.

Buna göre, elde edilen deliller ancak katalog suçlara ilişkin ise kullanılabilir.⁵⁰⁷ Sınırlamanın getirilmesinin amacı kolluğun bu sınırlamayı aşp katalog suç sınırını “keyfiyete” dönüştürülmesinin engellenmesidir.⁵⁰⁸ Bu halde, tesadüfen elde edilen delil katalog dışındaki bir suça ilişkinse derhal yok edilmelidir.

Yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak katalogda belirtilen suçların işlendiğini gösteren bilgilerin; sınırlama getirilmeden delil olarak değerlendirilmesine imkan tanınması, hakkında tedbir kararı uygulanmasına olanak bulunmayan suçların aydınlatılması amacıyla da olsa, tedbirin kötüye kullanılmasına açık kapı bırakır.⁵⁰⁹

Anılan hükümlerde, katalog dışında sayılan suçlara ilişkin tesadüfen delil elde edilmesi halinde ne yapılacağı düzenlenmemiştir.⁵¹⁰ Denmektedir ki, m. 138/2’nin aksi yorumundan tesadüfen elde edilen bu deliller, akıllara bir başka suçla ilgili “başlangıç şüphesi” getirecek olsa da, “uydurma soruşturmaların başlatılabileceği tehlikesi” karşısında, tedbirin sadece katalog suçlarla sınırlı olarak uygulanmasının amacıyla da bağdaşmaz.⁵¹¹

Doktrinde bu bulgunun soruşturmayı başlatan “suç şüphesi”ne konu olabileceği ve ilgili makamlara ihbar edilip kişi hakkında da soruşturmaya

⁵⁰⁷ “Yargıtay 2. CD 21.12.2015, E. 2014/16461, K. 2015/23643: “... hakkında iletişimin tespiti karar verildiği, sanıkların, katalog kapsamındaki suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan haklarında iletişimin denetlenmesi kararı uygulanması sırasında sanıkların hırsızlık suçunu işledikleri kabul edilerek mahkumiyetlerine hükmolunmuş ise de, yukarıda yapılan açıklamalar karşısında, suç tarihi itibarıyla hırsızlık suçunun 5271 sayılı CMK’nın 135/8. maddesi kapsamında bulunmaması nedeniyle anılan dinleme kayıtlarının aynı Kanun’un 138/2. maddesi gereğince bu suçun delili olarak kullanılamayacağı, ... atılı suçları işledikleri yönündeki savunmalarının aksine başkaca delil de bulunmadığı gözetilmeden, yazılı şekilde mahkumiyetlerine hükmolunması,”

⁵⁰⁸ ÜNVER/HAKEKİ, s. 442.

⁵⁰⁹ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 556.

⁵¹⁰ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 555.; ERDAĞ, “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, TBB Dergisi, Yıl 2011, Sayı 92 s. 31-61.

⁵¹¹ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 556.

başlanabilmesini savunanlarla⁵¹² birlikte, bunun soruşturma makamlarının “kötüye kullanma”sına açık kapı bırakacağını savunanlar da mevcuttur.⁵¹³

Katalog dışında bir suçun tespit edilmesi halinde, düşünülmesi gereken CMK m. 279’da düzenlenen “kamu görevlisinin suçu bildirmemesi” normudur.⁵¹⁴ Anılan düzenleme “*Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” biçimindedir. İletişimin denetlenmesi kararların derhal yerine getirileceğinden hareketle, kamu görevlisinin “göreviyle” bağlantılı olarak; tedbirin uygulanması sırasında bir suçtan haberdar olması halinde bunu ilgili makamlara bildirmesi gerektiği, kanunun emridir. CMK m. 138 sadece tesadüfî delillerin katalog kapsamında olmuş olmasını gerektiriyorsa da, TCK m. 279’a bakıldığında CMK hükmünün bu bildirimin yapılması zorunluluğunu ortadan kaldırmadığı düşünülmektedir.⁵¹⁵ Bununla birlikte, CMK m. 138/2’deki düzenlemenin TCK m. 279/2 bakımından özel bir hukuka uygunluk nedeni getirdiğinin kabul edilmesi gerektiğini düşünenler de vardır.⁵¹⁶

Haklarında dinleme kararı verilmemiş ve fakat dinleme sırasında suç ortağı anlaşılmış olan kimseler bakımından bu delillerin “hiçbir sınırlamaya tabi olmadan

⁵¹² İletişimin denetlenmesi koruma tedbiri uygulanırken, katalog dışında yer alan suçlara ilişkin elde edilen delillere dayalı olarak Cumhuriyet savcısının soruşturma başlatabileceği de düşünülmektedir. **KAYMAZ**, s. 481.

⁵¹³ **ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN**, s. 556.

⁵¹⁴ **ERDAĞ**, “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, TBB Dergisi, Yıl 2011, Sayı 92 s. 31-61.; **ŞEN**, Türk Hukukunda Telefon Dinleme – Gizli Soruşturmacı – X Muhbir, s. 113.

⁵¹⁵ **ÜNVER/HAKERİ**, s. 438.

⁵¹⁶ **ŞAHİN**, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi –Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, Sa. 1-2, Yıl 2007, s. 1095 - 1112.

kullanılabileceği” savunulmakta⁵¹⁷ ve verildiği sırada diğer suç ortaklarının bilinmemesi, tesadüfen elde edilen delil olduklarından dolayı kullanılmayı etkilemez denmektedir.⁵¹⁸ Bir başka görüş, burada tesadüfen elde edilen delillerden bahsedilemeyeceğini çünkü tesadüfen elde edilen delilden bahsedilebilmesi için “yürütülen soruşturma veya kovuşturmayla ilgili olmayan bir başka suçun varlığı”nın gerektiğini düşünmektedir.⁵¹⁹ İki görüş de farklı gerekçeyle, delillerin haklarında karar alınmamış kimseler bakımından değerlendirilmesi sonucuna varmaktadır.

Ayrıca kişinin iştirak ilişkisi anlaşıldığında “kendiliğinden şüpheli konumuna düşeceği ve delillerin koşulsuz bir biçimde kullanılabileceği” görüşü, bir kimsenin sadece telefon konuşması yaparak şüpheli konumuna geçemeyeceği ve bunun için o kimse hakkında soruşturma yürütülmesinin gerektiği gerekçesiyle haklı ve çok ciddi bir şekilde eleştirilmektedir.⁵²⁰

Biz, yapılmakta olan muhakemeyele ilgili olsun veya olmasın; dolaylı dinlenen hakkında ayrıca bir karar alınması gerektiği görüşünü⁵²¹ savunmaktayız. AİHS, Anayasa ve CMK da bunu emretmektedir. Muhakemede, delile ulaşabilmenin tek yolu CMK m. 135’de düzenlenen norm değildir.

⁵¹⁷ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 467.; “Hakkında tedbir kararı verilen şüpheli veya sanıkla görüşen kişinin tedbir konusu suça azmettiren veya iştirak eden olmasının anlaşması halinde kişinin kendiliğinden “şüpheli” konumuna düşeceği ve elde edilen bulguların “hukuka uygun şekilde elde edilmiş deliller” olduğundan hareketle ceza muhakemesinde kullanılabileceğini düşünenler de vardır. Buna göre, elde edilen bulgunun, hakkında soruşturma açılmamış kişi hakkında “soruşturma başlatılması” için bir hareket noktası olmasının ötesinde, muhakemede “delil” özelliği taşıyacağı düşünülmektedir.” Bu görüş için bkz. ŞEN, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir, s. 57 vd.

⁵¹⁸ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 467.

⁵¹⁹ KAYMAZ, s. 474.

⁵²⁰ ÜNVER/HAKERİ, s. 449.

⁵²¹ “Buradaki sorun, m. 138/2 kapsamında değil, m. 135 kapsamında karar şartı ile ilgili bir sorundur” ŞAHİN, Ceza Muhakemesi Hukuku –I-, s. 295.

C. RIZANIN YA DA TALEBİN VARLIĞI HALİNDE ELDE EDİLEN DELİLLER

Rıza, ceza hukukunda, hukuka uygunluk sebebi olarak görülmektedir.⁵²²

Bununla birlikte, kanun koyucunun rızayı “kusurluluğu kaldıran veya azaltan sebepler” başlığı altında düzenlemiş olması haklı olarak eleştiri konusu olmuştur.⁵²³

Hükümet tasarısı gerekçesinde “...telefonla sürekli rahatsız edildikleri için, polise başvurarak telefonlarının dinlenmelerini istemiş bulunan kişiler bakımından, elbette ki, bu usul uygulanmayacaktır.” biçiminde yer alan bu örnekle, mağdurun rızasının “bu tedbire başvurmayı” gerektirmediği ve bu usulün uygulanmayacağını belirtmiş⁵²⁴ bulunmaktadır.

Buna rağmen, 2007 tarihli Yönetmeliğin “işlemlerin niteliği” başlıklı onuncu maddesinin dördüncü fıkrasında, şikayetçinin açık rızasının varlığı halinde iletişimin tespitine olanak tanınan bir hüküm bulunmaktadır.

Anılan düzenleme “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

⁵²² Ceza hukukunda rıza konusunda daha detaylı bilgi için bkz. **ŞAHİN**, Meral Ekici: Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012, s. 64 vd.; **KÜÇÜKTAŞDEMİR**, Özgür: Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir, Ankara 2012, s. 46 vd.

⁵²³ “... aynı başlık altında düzenlenen şiddet, tehdit, hata gibi kurumlar kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan kısacası kusurluluğa etki eden nedenlerdir. Yine aynı başlık altında düzenlenen yas küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır dilsizlik, sarhoşluk, uyuşturucu madde etkisinde olma gibi kurumlar ise isnat yeteneğini kaldıran veya azaltan nedenlerdir. Görüldüğü üzere birbirinden farklı bu kurumların aynı başlık altında toplanması, suç teorisi ile ilgili gelişmelere terstir.” **GÜNGÖR**, Devrim: Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007, s. 66,

⁵²⁴ “... 4. Hâkim, müdahale kararını sadece hakkında soruşturma açılmış kişiler için değil ve fakat, iletişimlerine girildiğinde soruşturma yapılan suç ve suçlular bakımından delil, iz, eser ve emare elde edilebilecek diğer kişiler hakkında da verebilecektir. Telefonla sürekli rahatsız edildikleri için, polise başvurarak telefonlarının dinlenmelerini istemiş bulunan kişiler bakımından, elbette ki, bu usul uygulanmayacaktır.”

Cumhuriyet savcısının yazılı kararıyla Başkanlıktan istenir.” şeklindedir. 2007 tarihli yönetmelikle ilgili hususları, birinci bölümde incelediğimizden orada belirttiklerimizi burada da aynen tekrarlamaktayız. Belirtmek gerekir ki, bu fıkra getirilmezden evvel, yapılan soruşturma/kovuşturmalarda şikayetçinin rızası ve iletişim cihazının kendine ait olduğunun anlaşılmasının belirtilmesiyle birlikte TİB’den belirtilen numaraya ilişkin bilgilerin istenilmekteydi.⁵²⁵

Doktrinde aksi savunulmakla birlikte⁵²⁶, rızanın, delil elde etmede hukuka uygun olduğunu düşünmek mümkün değildir.⁵²⁷ Nitekim arama koruma tedbirine ilişkin de rızanın varlığı, hukuka uygun kabul edilmemektedir.⁵²⁸

CMK, m. 135, yalnızca şüpheli ve sanıklar hakkında uygulanabilecek bir tedbir olduğunu açıkça düzenlemiş olması karşısında; madde metninde bulunmayan içerik ve anlam keyfi yorumlarla bu madde kapsamına sokulamaz.⁵²⁹

Bununla birlikte, doktrinde, mağdurun rızasının varlığı bakımından tespit, dinleme, kayda alma, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kararlarının mümkün olabileceği fakat bunun m. 135’ göre değil, Cumhuriyet savcısının genel soruşturma yetkisinin düzenlendiği CMK m. 160 ve m. 161’e göre yapılmasının gerekliliği savunulmaktadır.⁵³⁰ Denmektedir ki, mağdurun veya müştekinin açık rızası karşısında ve iletişim cihazı kendisine ait olmak şartıyla, maddi gerçeğin araştırılması için ve adil yargılanmanın gerçekleştirilebilmesinin zorunlu olduğu

⁵²⁵ TAMÖZ/KOCABEY, s. 41.

⁵²⁶ YENİSEY/NUHOĞLU, 460; ERDAĞ, “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, TBB Dergisi, Yıl 2011, Sayı 92 s. 31-61.

⁵²⁷ CENTEL/ZAFER, s. 435.

⁵²⁸ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 497.

⁵²⁹ ÜNVER/HAKERİ, s. 435.

⁵³⁰ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 453.

hallerde kararda açıkça da belirtilmek şartıyla ilgili hakkında iletişimin tespiti istenilebilir.⁵³¹

Aynı zamanda, tedbirlerin uygulandığı süre boyunca “gizli” olacağını düzenleyen norm karşısında, gizli nitelikte olan bu tedbirlerin “şüpheli veya sanığın rızasıyla” başvurulabilmesini düşünebilmek de tedbirin niteliğiyle bağdaşmaz.⁵³² Sanığın ya da şüphelinin rızasının varlığı olsa dahi, bu husus, karar alınma zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.⁵³³ Şüpheli ve sanık teriminin de burada kıyasen uygulanacağı da düşünülemez zira CMK’da kıyas yasağı söz konusu değilse de, kıyasın yasak olduğu en önemli konu koruma tedbirleridir ve iletişimin denetlenmesi de bir koruma tedbiri⁵³⁴ olduğundan hareketle, kıyasen “süjeler”in sayısı arttırılamaz.

D. ELDE EDİLEN DELİLİN TEK BAŞINA İSPATA ELVERİŞLİ OLUP OLMAYACAĞI SORUNU

Ceza muhakemesi hukukumuzda, delil serbestisi ve vicdani kanaat ilkesi geçerlidir. Vicdani kanaat gereği, yargıç, bir delili diğer bir delile üstün tutabilir; bu anlamda imtiyazlı kabul edilen bir delil yoktur.⁵³⁵ Yeminli dinlenen bir tanığın beyanı yerine, yeminsiz dinlenen bir tanığın beyanına itibar edebileceği gibi, sanığın beyanına da itibar edebilir.⁵³⁶ Gerekçesiz karar, keyfilik demektir; o halde yargıç, hangi delile dayandığını veya dayanmadığını gerekçeli olarak göstermek

⁵³¹ TAMÖZ/KOCABEY, s. 41.; ERDAĞ, “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, TBB Dergisi, Yıl 2011, Sayı 92 s. 31-61.

⁵³² CENTEL/ZAFER, s: 435.

⁵³³ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 452.

⁵³⁴ ÜNVER/HAKERİ, s. 435.

⁵³⁵ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 173

⁵³⁶ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 173

zorundadır.⁵³⁷ Bununla birlikte, vicdani kanaate “sezgi” yoluyla değil, “akıl” yoluyla ulaşılır.⁵³⁸

İkrar, mahkemeyi bağlamadığından⁵³⁹; bu halde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin sonucunda elde edilen tutanaklardaki sanığın ikrarının da mahkemeyi bağlamayacağı düşünülmelidir.

Doktrinde, deliller, farklı ayrımlara tabi tutularak incelenmektedir.⁵⁴⁰ Delillerin ispat edilecek hususu temsil edip etmemesi yönündeki ayrıma katılmayan görüşe göre, bütün deliller ispat edilecek hususu temsil ederler ve somut olaya ilişkin temsili deliller ile genel nitelikte temsili deliller olarak ikiye ayrılırlar.⁵⁴¹ Bunlar, sadece ispat olunacak olayı ispat eden deliller, yani, “beyan ve belge” delili ve ispat olunacak olayın yanında başka hususları da ispat etmeye yarayan “belirtiler”dir.⁵⁴² Buna göre, beyan delilleri tanık beyanı, şüpheli/sanık beyanı ve şüpheli/sanık dışında kimselerin beyanı olarak; belgeler yazılı, şekil veya ses tespit eden belgeler olarak ve belirtiler de tabii ve sun’i olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir.⁵⁴³

Belirtiler, ispat edilecek hususun kendisini veya ilgili olduğu geniş bir gerçekliğin ispatına yaramakla birlikte, tek başına ispata ulaşmakta yeterli olamazlar.⁵⁴⁴ Ancak birbirini destekleyen birden fazla belirtinin bir araya gelerek, buna dayalı olarak mahkûmiyet hükmü verilip verilemeyeceği konusu doktrinde tartışmalıdır. Birden fazla belirti delilin bir araya gelip hükme esas alınabileceğini

⁵³⁷ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 173

⁵³⁸ FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, s. 139.

⁵³⁹ KUNTER, s. 600; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 173

⁵⁴⁰ KUNTER, s. 581.

⁵⁴¹ KUNTER, s. 580; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 178.

⁵⁴² KUNTER, s. 580; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 178.

⁵⁴³ KUNTER, s. 580; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 178.

⁵⁴⁴ FEYZİOĞLU, Metin: “Belirtilerin Şüphelinin Yenilmesindeki İşlevi ve Benzer İsnadlara Ait Delil Araçlarının Somut Olayın Çözümünde Birlikte Değerlendirilmesi”, ABD, Y. 2000, S. 1, s. 19-46

savunanlarla birlikte, belirtilerin muhakkak doğrudan doğruya delillerle desteklenmesi halinde⁵⁴⁵ hükme esas alınabileceğini savunanlar da vardır.⁵⁴⁶

Doktrinde, üzerinde “tahrifat” yapılmamış olması kaydıyla, iletişimin denetlenmesine ilişkin elde edilen verilerin; belirti delili değil, ispata tek başına elverişli “delil” olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünen bir görüş de mevcuttur.⁵⁴⁷ Bu düşünce; daha önceki zamanlarda hukuki düzenleme olmadığı fakat şu an “teminatlı” bir düzenleme olduğu kanaatine dayanmaktadır.⁵⁴⁸ Denmektedir ki, madem ki kolluk bu işi aidiyet numarasını haiz memurlarla, TİB çalışanlarının teknik uzmanı nezaretinde titiz bir şekilde yapmaktadır; o halde ortada “usulsüzlük” de olamayacağından, bu veriler “teminatlı” ve “kanuna uygun” biçimde elde edilmektedir.⁵⁴⁹ Bu görüşün, aynı zamanda, hukuka aykırı delilin yargılamada kullanılmasını kabul ettiğini de belirtmek isteriz.⁵⁵⁰

Türk hukuk düzeninde, ses kayıtlarının tek başına hükme esas alınamayacağı görüşü, 19.8.1971 tarihli E. 1971/41 K. 1971/67 sayılı Anayasa mahkemesi kararına dayanmaktadır.⁵⁵¹ Kararda “... başkaca inandırıcı ve pekiştirici kanıtlar bulunmadıkça yalnızca ses bantlarının ve gizli ajan raporlarının, bir yurttaşın

⁵⁴⁵ “Yalnız belirti, genel mahiyette olduğundan, müşahhas temsil kabiliyeti diğer delillerle sabit olmalıdır”. KUNTER, s. 583.

⁵⁴⁶ FEYZİOĞLU, Metin: “Belirtilerin Şüphenin Yenilmesindeki İşlevi ve Benzer İsnadlara Ait Delil Araçlarının Somut Olayın Çözümünde Birlikte Değerlendirilmesi”, ABD, Y. 2000, S. 1, s. 19-46, dn. 9.

⁵⁴⁷ KAYMAZ, s. 426.

⁵⁴⁸ “Günümüz için telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetimi sonucu elde edilen delillerin, güvenilirlik bakımından iletişimin denetimi için yasal bir zeminin bile bulunmadığı dönemlerdeki denetim suretiyle elde edilen deliller ile aynı kategoride değerlendirilmemesi gerekir.” KAYMAZ, s. 426.

⁵⁴⁹ “Usulüne göre verilmiş ve uygulanmış denetim kararı sonucu elde edilip, yine usulüne uygun olarak içeriği çözüm tutanağına aktarılan ve üzerinde herhangi bir tahrifat yapılmadığı anlaşılan kayıtların ‘belirti’ olarak değil ‘delil’ olarak kabul edilmesi lazımdır.” KAYMAZ, s. 426.

⁵⁵⁰ KAYMAZ, s. 448.

⁵⁵¹ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 198; KAYMAZ, s. 430.; YURTCAN, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 2002, s. 481.

yapılan "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasını teğyir ve tebdile ve bu yasa ile kurulmuş Türkiye Büyük Millet Meclisini iskata veya görevini yapmaktan men'e cebren teşebbüs gayesiyle gizlice ittifak kurmak" gibi çok ağır bir isnada yasama dokunulmazlığının kaldırılması yönünden ciddilik kazandırabilmesi bir hukuk Devletinde düşünülemez." denmekle, ses kayıtlarının tek başına hükme esas alınmaması gerektiği, yetersiz gerekçeyle de olsa ifade olunmuştur.

Yargıtay da tedbire konu kararın yerine getirilmesi neticesinde elde edilen delillerin başkaca delillerle de birlikte değerlendirilerek bir sonuca varılmasını içtihat etmektedir⁵⁵². Bu Yargıtay kararları şu şekilde sıralanabilir: *"belirtli delilleri ise, olayı tek başına ispat edemez, birden çok belirtinin olay resminin büyük çoğunluğunu ortaya koyması gerekir"* (Yargıtay 10. CD, 2.11.2007 K. 2009/479), *"tek delil olarak iletişimin tespiti tutanağı, mahkumiyet hükmü verilmesi için yeterli değildir"* (Yargıtay CGK, 5.10.2010, K. 189), *"kurulan hükümde, ortaklığın bulunduğu dair, iletişim tutanakları dışında delil bulunmadığı gibi ... satmak amacına dair kanıt da bulunmadığından ... bozmayı gerektirmiştir"* (Yargıtay 8. CD 22.1.2009, K. 2009/479)⁵⁵³

Yargıtay'ın uygulaması yerindedir. Doktrinde iletişimin denetlenmesine konu tedbir sonucu elde edilen delillerin "belirti delili" niteliğinde olduğu düşünülmektedir⁵⁵⁴. Bu görüşe katılmaktayız.

Tedbirin niteliğine göre düşünüldüğünde, mobil telefonun yerinin tespiti sadece sanığı veya şüpheliyi yakalamak amacıyla gerçekleştirildiğinden, buradan elde edilen bulgular, belirti delili olarak kullanılamayacak, diğer tedbir türleri (kayıt,

⁵⁵² KAYMAZ, s. 434.

⁵⁵³ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 465.

⁵⁵⁴ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 536 vd.

dinleme, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, tespit işlemleri) açısından ise kullanılabilir.⁵⁵⁵

Bununla birlikte, iletişimin içeriğine ilişkin beyanların, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirildiği hallerde, bu içerikteki beyanlar hiçbir suçun konusunu oluşturamayacağını da belirtmekte büyük fayda vardır.⁵⁵⁶

E. DOĞRUDAN VE DOLAYLI DİNLEME

İletişim, karşılıklı yapma anlamı taşıyan işteş bir fiil olup aynı eylemin iki özne tarafından birbirine karşı gerçekleştirilmesini ifade eder.⁵⁵⁷ Bu nedenle, her zaman karşıda bir kimsenin olmasını gerektirir.⁵⁵⁸ CMK m. 135'in düzenlemesi ise sadece şüpheli ve sanık yönünden uygulanabilir, olayla hiçbir ilgisi bulunmayan diğer kişilerin, *bir suçun failine ulaşmak için dahi olsa bile iletişimlerinin tespit edileceğine* ilişkin mevzuatımızda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.⁵⁵⁹

İletişim sürecine en az iki kişinin katıldığı göz önüne alındığında, suç işleme şüphesi altında olsun olmasın bir başka kimsenin de özel hayatının gizliliğine ve haberleşme hürriyetine müdahale edilmiş olmaktadır.⁵⁶⁰ Bu kimselerin, yasal düzenlemeler karşısında kimler olduğu doktrinde genel olarak “şüpheli veya

⁵⁵⁵ KAYMAZ, s. 428;

⁵⁵⁶ “Üç ses kaydı, -ister tek başlarına, isterse birlikte alınsın—hukukçu olsun olmasın—hiç kimse, bu kayıtlardaki beyanlara konu eylemlerin, TCK 313 ve TCK 314'deki suçlara konu olduğunu ileri süremez. Ayrıca, Cumhuriyet savcısının, iddiasına bakıldığında, ses kayıtlarındaki beyanlara konu muhalif siyasal hareketi, hükümete silahlı isyan hareketi olarak nitelendirmeye çalıştığı görülmektedir. İktidara siyasal muhalefet meşrudur, hükümete karşı silahlı isyanla herhangi bir ilgisi ve ilişkisi yoktur” ACAR, Bülent Hayri: “Türk Demokratik Ceza Hukuku Düzeninde Ur Uygulamalar: (I) İktidar Partisine Meşru Muhalefetin Terörle İlgili Suçun Konusu Yapılamaması”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 2015, Sayı 3, s. 51-110.

⁵⁵⁷ ONAT, Nuray: Yabancı Dil Olarak Türkçe Öğretiminde Fiilde Çatı (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2013, s. 62 vd.

⁵⁵⁸ MURPHY, Walter F.: Wiretapping on Trial: A Case Study in the Judicial Process, Newyork 1967, s. 116 vd.

⁵⁵⁹ YCGK T. 15.11.2011, E. 2011/6-140, K. 2011-222

⁵⁶⁰ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 549.

tanıklıktan çekinme hakkı olanlar”, “müdafî” ve “diğer kimseler” şekilde⁵⁶¹ incelenmektedir.

CMK m. 135 özelinde, hakkında tedbir kararı verilenden bir başkasının iletişimi o kimse hakkında delil olarak kullanılmamalıdır.⁵⁶² Bu kimse, tedbir kapsamında “dolaylı” dinlenen⁵⁶³ olmaktadır.

Hakkında tedbir kararı verilen kimse, karar verilirken henüz şüpheli değilse, hakim vermiş olduğu tedbir kararı hukuka aykırı bir karar olacağından, elde edilen delil de hukuka aykırı kabul edilecektir.⁵⁶⁴

Bununla birlikte dolaylı dinlenin tanıklıktan çekinebilecek kimseler olması da ayrıca değerlendirilmelidir. Çünkü kanun koyucu CMK m. 135/3’de bu konuda bir yasak getirmiştir. Buna göre “*Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.*”

Düzenleme “kayıt altına alınamaz” dediği ve diğer tedbir türlerini göstermediği için doktrinde eleştirilmektedir. Denmektedir ki, kayıt yasağı getirilmiş fakat tespit ve dinleme bakımından bir sınır getirilmemiştir. Herhalde bu sınırın getirilmemiş olması, şüpheli veya sanığın iletişiminin tespit edilmesi halinde, otomatik olarak tanıklıktan çekinebilecek kişilerle de bağlantılarının ortaya

⁵⁶¹ ÜNVER/HAKERİ, s. 449.

⁵⁶² “Haklarında dinleme kararı bulunmayan kişiler arasındaki konuşmanın denetlenmesi sonucu elde edilen tesadüfî delil de hukuka aykırı delildir.” CENTEL/ZAFER, s. 438.

⁵⁶³ “Diğer yandan başvuru, hakkında dinleme kararı alınmasından önce diğer sanıklarla yaptığı görüşmelerinin de kayıt altına alındığını, **dolaylı** şekilde dinlendiğini, hakkındaki dinleme kararının kolluğun talebi üzerine alındığını, bu suretle elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğunu ve hükme esas alınmasının yasal olmadığını; o gece kaldığı otel odasında yapılan aramada o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulundurulmadığını, bu sebeple arama işleminin de hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir.” AYM T. 25/6/2015, RG T. 19/9/2015 S. 29480.

⁵⁶⁴ ŞEN, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir, s. 57 vd.

çıkarılması yani bu durumun önlenmesinin imkansız hale gelmesi nedenine dayandığı düşünülmektedir.⁵⁶⁵ Dinleme ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin de “kayıt yasağı” gibi bu yasak kapsamı içinde sayılmasının gerektiği düşünülmektedir.⁵⁶⁶ Bir diğer görüş burada “dinleme”nin yasaklanmış olmasını ama kayda almanın yasaklanmış olmamasını anlamlı görmektedir ancak bunun gerekçesini izah etmemektedir.⁵⁶⁷ Dolayısıyla, “kayıt altına alınamaz” ifadesinin, çatı kavram olan “denetleme tedbirinin tümü” yönünden mi olacağı yoksa yukarda belirttiği gibi bazıları yönünden mi olacağı hususu hala tartışılmaktadır. Yargıtay CGK 3.6.2014 tarihli bir kararında⁵⁶⁸ bu sınırlamanın sadece kayda alınmasına ilişkin olduğunu belirtmiştir. Bizce, buradaki yasak tedbirin bütün türleri bakımından değerlendirilmelidir. Aksi takdirde “dinleme” türünde bir tedbir uygulandığında, nasıl davranılacağı konusu tam bir çelişki yaratacaktır. Çünkü daha önce de bahsettiğimiz gibi, dinleme, kayıt altına alınarak yapılmaktadır. Bu halde sadece “kayıt altına almanın” yasaklanmış olması anlamsız hale gelmektedir.

Tanıklıktan çekinebilecek kimseler, CMK m. 45’de şüpheli veya sanığın nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi, şüpheli veya sanığın kan kısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu, şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları, şüpheli veya sanıkla aralarında evlatlık bağı bulunanlar olarak sayıldıktan sonra; meslekleri veya

⁵⁶⁵ ŞEN, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhabir, s. 60.

⁵⁶⁶ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 449.

⁵⁶⁷ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 450.; ERDAĞ, “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, TBB Dergisi, Yıl 2011, Sayı 92 s. 31-61.

⁵⁶⁸ Yargıtay CGK E. 2013/10-642 K. 2014/302 T. 3.6.2014 “135. maddenin birinci fıkrasına göre; şüpheli ya da sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında getirilen sınırlama, sadece şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimin kayda alınması işlemine ilişkin olup, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemleri bu kapsamda değildir.”

sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekleri “bazı şartlara” bağlayarak CMK m. 46’da 2 fıkra halinde avukatlar veya stajyerler veya yardımcıları, hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensupları⁵⁶⁹, mali işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve notlerler⁵⁷⁰ olarak sayılmıştır. Belirtmek gerekir ki, avukatlar, avukat stajyerleri ve yardımcıları dışındakiler her halde ve şartta tanıklıktan çekinebilirken, sayılan meslek grupları mensupları sadece ilgilinin rızası halinde tanıklıktan çekinebileceklerdir. Bu meslek mensuplarına tanıklıktan çekinme hakkı tanınmasının sebebi, kişilerin sırlarının açığa çıkma korkusu taşımadan bu kimselerle görüşebilmeleridir.⁵⁷¹

Belirtmek gerekir ki, tanıklıktan çekinebilecekler listesine CMK m. 46’da düzenlenen ve burada sayılan kimselerin dahil edilmemesi gerektiği yönündeki görüş; şüphelinin kendisini suçlayıcı bir şey söylediğinde iletişim tutanaklarının yok edilmesi gibi kanun koyucunu amacına ters bir sorun meydana çıkabileceğini savunmaktadır.⁵⁷²

Dolaylı dinlenenler arasında “müdafî”nin bulunması hususu CMK m. 154, CMK m. 135/3, CMK m. 136 ve CMK m. 46/1-a hükmüyle birlikte değerlendirilmelidir.

⁵⁶⁹ “Bu kimselerin tanıklıktan çekinebilmeleri ancak bu sıfatları dolayısıyla hasta ve hasta yakınları hakkında öğrendikleri bilgilere ilişkindir.” (CMK m. 46/1-b)

⁵⁷⁰ “Bu kimseler ancak sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında bilgi sahibi olurlarsa tanıklıktan çekinebilirler.” (CMK m. 46/1-c)

⁵⁷¹ FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, s. 158.

⁵⁷² YENİSEY/NUHOĞLU, s. 451.

Danıştay, tanıklıktan çekinebilecek müdafîye ilişkin düzenlemenin yer aldığı ve müdafîyi “suç şüphesi altında bulunmayan müdafî” olarak tanımladığı 2007 tarihli yönetmeliğin bu düzenlemesini iptal etmiştir.⁵⁷³

Müdafî, vekâletname aranmaksızın şüpheli veya sanık ile her zaman, konuşulanları başkalarının duyamamağı bir ortamda görüşebilir ve yazışmalar denetime tabi tutulamaz (CMK m. 154). Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafînin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında 135 inci madde hükmü uygulanmaz (CMK m. 136). Burada CMK m. 135’in uygulanmayacağına ifadesinden şüpheli veya sanık arasındaki iletişimin kayda alınamayacağını göstermeye matuf olduğu düşünülmektedir.⁵⁷⁴ Burada dikkat edilmesi gereken husus, mobil telekomünikasyon cihazının denetlenmesine ilişkin bir düzenleme olmaması noktasıdır. Ancak bu nokta doktrinde bir “kanun yapma hatası” olarak değerlendirilmektedir.⁵⁷⁵ Düzenleme meslek sırrını ve savunma hakkını güvence altına aldığından günümüzde mobil telefonla haberleşmenin önemi de dikkate alındığında bu düzenlemenin kapsamına mobil telefonla iletişimin de girdiği sonucuna ulaşılması gerektiği düşünülmektedir.⁵⁷⁶ Nitekim tasarıda da “... *avukatın bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telefon, faks, bilgisayar gibi telekomünikasyon araçları hakkında, savunmasını üstlendiği şüpheli veya sanığın işlediği suç nedeniyle, 107 nci maddenin uygulanamayacağı açıklanmıştır.*” tümcesinde yer alan

⁵⁷³ “Danıştay Onuncu Dairesinin 22/10/2010 tarihli ve Esas No. 2007/2795, Karar No. 2010/1399 sayılı kararı ile bu yönetmeliğin 7 nci maddesinin dördüncü fıkrasının son cümlesi, aynı maddenin beşinci fıkrasındaki “...suç şüpheli olmayan...” ibaresi; 12 nci maddesinin dördüncü fıkrası; 28 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi ve aynı maddenin üçüncü fıkrası iptal edilmiştir.” (<http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.11092&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=ileti%C5%9Fimin%20denetlenmesi>) (Erişim Tarihi: 15.4.2016)

⁵⁷⁴ CENTEL/ZAFER, s. 439.

⁵⁷⁵ “Mobil telefonun kapsam dışı tutulmasına bir anlam veremediğimiz için burada bir kanun yapma hatası olduğunu düşünüyoruz.” YENİSEY/NUHOĞLU, s. 450 vd.

⁵⁷⁶ CENTEL/ZAFER, s. 439.

“gibi telekomünikasyon araçları” ifadesinden, mobil telefonun da düzenleme kapsamına alındığını düşünmeye engel bir hal görünmemektedir. Ayrıca müdafî hakkındaki yasak, müdafinin suça iştirak etmiş olması halinde veya başka bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık olması halinde uygulanmaz denmektedir.⁵⁷⁷ Bu hal tasarıda da “... bunun dışında, avukatın kendisi suç işleme şüphesi altındaysa ve diğer dinleme koşulları varsa 107 nci madde uygulanabilecektir.” biçiminde belirtilmiştir.

Yargıtay, şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinme hakkına sahip kardeşlerin arasındaki konuşmaların kayıtlarını hukuka aykırı bulmakta⁵⁷⁸, bunun için bu kardeşlerin hepsi hakkında şüpheli veya sanık haline gelmeleri nedeniyle ayrı ayrı iletişimin denetlenmesi kararları verilmesi⁵⁷⁹ gerektiğini düşünmektedir. Biz de bu kanaatteyiz. Bununla birlikte YCGK’nın hakkında soruşturma başlatılmamış olan kardeş hakkında “hukuka uygun” bulduğu dinlemeye ilişkin “*aynı suçu birlikte işlemelerinin kanun koyucu tarafından himaye edildiği sonucunu doğurur ki, bunun kabulü de mümkün değildir.*” gerekçesiyle bir karar verdiğini de belirtmek gerekir. Bu karara ilişkin özellikle karşıoy gerekçesinde “*Hakkında iletişim kararı alınan sanık ile bu sanığın iletişime takılan ve tartışılan sanığın kardeş oldukları*

⁵⁷⁷ CENTEL/ZAFER, s. 439.; “Bu konuşmalarda şüpheli veya sanığın iletişim kurduğu vekilin suça iştirak ettiği tespit edilirse, kayıtlar veya dinleme geçerli delil olacaktır ve CMK m. 136 uygulama alanı bulmayacaktır.” ŞEN, İletişimin Denetlenmesi – X Muhbir, s. 93; Müdafinin suç şüphesi altında olsun olmasın, büro-konut ve yerleşim yeri dışındaki iletişiminin de dinlenebileceğini düşünen bir görüş için bkz. ERDAĞ, “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, TBB Dergisi, Yıl 2011, Sayı 92 s. 31-61.

⁵⁷⁸ Yargıtay 1. CD, 13.10.2008, K. 2009-5855. “Sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurulurken, delil olarak kabul edilen telefon dinleme kayıtları, dosya içindeki nüfus kayıtlarından da anlaşılacağı üzere, sanık İlhan ile 5271 sayılı CMK’nın 45. maddesi uyarınca tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kardeşleri sanık Mükerrrem, tanık Emrah ve babası sanık Karabey arasında yapılan görüşmelere ilişkin kayıtlar olup, kanun dışı elde edilmiş delil niteliğindedir.”

⁵⁷⁹ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 451.; ERDAĞ, “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, TBB Dergisi, Yıl 2011, Sayı 92 s. 31-61.

anlaşılmaktadır. Bu sanığın iletişiminin tespit ve kayda alınması da CMK'nın 135. maddesine aykırıdır. Kardeşlerin iletişiminin kayda alınabilmesi için her iki sanık hakkında baştan itibaren soruşturma yapılıyor olması gerekir.” şeklinde gösterilen bu nedenlerin normun konuluş amacına daha uygun olacağını düşünmekteyiz.

Bununla birlikte, tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kimsenin kendisinin konu yapılmadığı iletişimin denetlenmesi kararı sırasında ve dolaylı olarak dinlendiği hallerde suça iştirak ettiği anlaşılmış olmakla birlikte “tanıklıktan çekinmek hakkını yitirdiğini” düşünenler de vardır.⁵⁸⁰ Bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Ancak belirtmek gerekir ki Yargıtay’ın yukarıda belirtilen kararının dayanağı da bu görüştür.⁵⁸¹

Ayrıca belirtmek gerekir ki, şüpheli veya sanık yönünden başvurulabilecek bu tedbirlere “tanık” için de başvurulabileceğini düşünen görüşe göre; tanık olarak dinlenen kişinin bildirdiği telefon hattı ile yapılan konuşmaların dökümü şüpheli veya sanık söz konusu ise CMK m. 135; diğer kişiler içinse CMK m. 160 vd. hükümlerine göre değerlendirilebilir.⁵⁸²

⁵⁸⁰ ŞEN, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir, s. 91.

⁵⁸¹ Yargıtay CGK, E. 2011/5-137, K. 2013/58 “Öğretide aksine görüşler bulunmakla birlikte, CMK m.135/2’nin birlikte suç işleme şüphesi altında bulunan kişileri kapsamayacağı, tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişinin suça katıldığı daha önceden başka delillerle belirlenmiş ise artık bu noktada CMK m.135/2 kapsamına giren bir dinleme ve kayıt yasağından söz edilemeyeceği, çünkü konuşması kayıt altına alınan kişinin, tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişi sıfatını o kayıttan önce kaybettiği kabul edilmektedir.”

⁵⁸² YENİSEY/NUHOĞLU, s. 443.

F. SUÇ VASFININ DEĞİŞİKLİĞİ DURUMUNDA ELDE EDİLEN DELİLLERİN DEĞERİ

Mahkeme, kural olarak, fiil ve fail ile bağılyken⁵⁸³; iddianamede belirtilen fiilin hukuki nitelendirmesi ile⁵⁸⁴ bağıly değildir. Bu nedenle yürütölmekte olan bir muhakemede, kovuşturma aşamasında, fiilin hukuki niteliğı değışebilir. Suçun hukuki niteliğinin değışmesi ile birlikte, sanık, mahkeme tarafından bu değışiklik nedeniyle önceden haber verilip de savunmasını yapabilecek halde bulundurulmadıkça iddianamede suçla konu fiilin hukuki nitelendirilmesinden başka bir hükümle mahkum edilemez.⁵⁸⁵

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinde, sadece birinci fıkrada yazılı dinleme, kayda alma veya sinyal bilgilerinin değılendirilmesi tedbir türleri bakımından sadece belirli suçlarla sınırlı olarak tedbir kararı alınabilmektedir. (CMK m. 135/1)

Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi açısından başvurulabilen mobil telefonun yerinin tespiti (m. 135/5) veya şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti kararı ise, katalog dışındaki (m. 135/8) bütün suçlar bakımından uygulanabilmektedir. Kanun koyucu bu konuda birinci fıkrada getirdiğı gibi bir sınırlama getirmemiştir.

Bu koruma tedbirlerinden, CMK m. 135/1’de sayılan dinleme, kayıt altına alma veya sinyal bilgilerinin değılendirilmesine ilişkin tedbirlere, yapılan

⁵⁸³ CMK m. 225/1: “ Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin fiil ve faili hakkında verilir.”

⁵⁸⁴ CMK m. 225/2: “Mahkeme, fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağıly değildir.”

⁵⁸⁵ CMK m. 226/1: “Sanık, suçun hukukî niteliğinin değışmesinden önce haber verilip de savunmasını yapabilecek bir hâlde bulundurulmadıkça, iddianamede kanunî unsurları gösterilen suçun değındiğı kanun hükmünden başkasıyla mahkûm edilemez.”

değişiklikler de göz önüne alındığında sadece belirli katalog suçlar yönünden başvurulabileceği m. 135/7’de “*bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:*” denilerek belirtilmiştir.

Bununla birlikte, karar alınırken m. 135/4 gereği “*birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü*” ifadesinden de bu kararda muhakkak yüklenen suçun türünün belirtileceği kurala bağlanmıştır.

Bu maddeye göre verilecek kararda, yüklenen suçun türünün belirtilmesi bazı tartışmalara yol açmıştır. Denilmektedir ki, “fiilin” belirtilmesi, suç tavsifinin değişme ihtimali karşılığında, “hukuki niteliğinin” belirlenmesinden daha önemlidir.⁵⁸⁶

Suç tiplerinin birbirine yakın olduğu hallerde, ör. Yargıtay rüşvet suçu nedeniyle görülmekte olan bir davada⁵⁸⁷, fiilin görevi kötüye kullanma olarak nitelendirilmiş olması nedeniyle ilgili vasıf değişikliğinin hukuka uygun delil olarak değerlendirilebileceğini mütalaa etmiştir. Yargıtay burada “suçun nitelik değiştirme olanağı olup olmaması” nı ölçü olarak kullanmıştır.⁵⁸⁸

⁵⁸⁶ KAYMAZ, s. 274.

⁵⁸⁷ YCGK 12.6.2007, E. 2006/5-154, K. 2007/145. “Sanık hakkındaki soruşturma izni, iddianame ve son soruşturmanın açılması kararına konu olan suçlar rüşvet ve görevde yetkiyi kötüye kullanma suçlarıdır. 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 de kanıt olarak değerlendirilir. Özel Dairece isnat edilen eylemlerin bir kısmından beraat bir kısmından ise suç niteliğinin değişmesi suretiyle görevi kötüye kullanma suçundan mahkumiyet 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. Somut olayda, iletişimin tespiti suretiyle elde edilen kanıtlar hukuka uygun kanıt niteliğinde bulunduğundan, bunun ayrıca hükümde belirtilmemesi ve bu kanıtlara dayanılarak hüküm tesisi CYY’nın 230. maddesine aykırılık oluşturmamaktadır.”

⁵⁸⁸ ÜNVER/HAKERİ, s. 441.

Yargıtay 18. CD'nin 2015 tarihli bir kararındaki karşı oy yazısı bu açıdan dikkat çekicidir. Karşı oy yazısında, üye, “dönüşebilir suçların katalog dışına çıkması halinde hukuka aykırı olacağını” belirtmiştir. Buna göre *“Suçun sübutu yönünden Sayın Çoğunlukla aramızda görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Görüş ayrılığının konusu; CMK 135/6-a bendinde sayılan suçlar nedeniyle alınan dinleme kararının dönüşebilir suçlarda kullanılıp kullanılamayacağı yönündedir. Kanun Koyucu iletişimin denetlenmesini belirli suçlar yönünden öngörmüştür. Kıyas ya da yorum yoluyla sınırlı olarak sayılan suçların çoğaltılması kanunun düzenleme amacına kanaatimizce uygun düşmemektedir. Kanunların net ve belirli olması gerekir. Kural olarak ceza kanunları açısından yorum olanaklı değildir. İhtiyaç duyulduğunda Kanun Koyucu katalog suçların sayısını artırmaktadır. 25.05.2005 tarihinde fuhuş suçunu da Kanun Koyucu katalog suçlar kapsamına dahil etmiştir. Anayasa ile teminat altına alınan kişi hak ve özgürlüklerin ve bu özgürlüklerden biri olan haberleşme özgürlüğünün korunması ve bu korumanın devamlı olması açısından; CMK 135/6-a bendinde sayılan suçlar yönünden kanunda öngörülen kurallara uygun olarak iletişimin tespitine gidilmesi ve iletişimin tespitinin de hangi suç için talep edilmişse ancak o suç yönünden delil olarak kullanılması gerektiği, Aksi bir durumun yasanın amacına uygun olmadığı, Değerlendirilmiştir. Belirtilen nedenlerden dolayı iletişimin tespiti sonucu elde edilen delillerin kullanılması açısından çoğunluğun görüşüne iştirak edilmemiştir.”*. Karşı oy yazısından da anlaşılacağı üzere, denetlemenin hangi suç için talep edilmişse ancak o suç yönünden delil olarak kullanılması gerektiği, aksi bir durumun yasanın amacına uygun olmayacağı belirtilmiştir. Burada Yargıtay'ın da suçun tavsifinin değişmesi halinde delilin hukuka uygunluğu konusunda bir görüş birliği içinde olmadığı düşünülebilir.

Doktrinde, bu yolla elde edilen delillerin kullanılabilceğinin kabul edilmesi, kovuşturma organlarının yasal sınırları dolaşmak suretiyle tedbirin kötüye kullanılabilceği tehlikesine yol açacağından; suç yeni niteliği itibariyle katalog suç kapsamına girmiyorsa, o aşamaya kadar elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılmaması gerektiği savunulmaktadır.⁵⁸⁹ Denmektedir ki, suç tipinde bir tavsif değişikliğinin meydana gelmesi halinde, elde edilen delillerin tedbire konu soruşturma veya kovuşturmada kullanılabilmesi, ancak varlığı kabul edilen yeni suç tipinin ilgili kanun hükmü gereğince, bu tedbirin uygulanabilmesi için mümkün görünebilecek bir suç tipi olup olmadığıyla alakalıdır; aksi bir uygulama, suiistimallere imkan tanıyacak ve tedbiri talep eden veya karar veren merciin hatası nedeniyle şüpheli veya sanık aleyhine yorumlanıp uygulanacaktır. Böyle olunca, dar suretle yorumlanması gereken istisnai hükümler amacı dışında bir uygulama alanına kavuşulacak ve hukuka aykırılıklar ve kanun koyucunun iradesine aykırı uygulamalar doğacaktır.⁵⁹⁰

Bunun dışında, yeni elde edilen delillerin ancak “başlangıç şüphesi” olarak değerlendirilebileceği, ayrıca delil olarak kullanılamayacağı⁵⁹¹; yeni suç yine katalogdan olsa bile şartların ayrıca tekrardan değerlendirilmesi ve ayrı ve yeni bir karar verilmesi gerektiğini⁵⁹² savunanlar da vardır. Aranan şüpheyile başlayıp, daha sonra bu şartın ortadan kalkmasıyla veya azalmasıyla veya katalog dışına çıkan bir suç olmasıyla birlikte yani bu tedbirin alınmasını gerektiren bir suç olmadığı

⁵⁸⁹ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 551.; ÜNVER/HAKERİ, s. 442.

⁵⁹⁰ ÜNVER/HAKERİ, s. 442.

⁵⁹¹ ŞEN, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir, s. 146 vd.

⁵⁹² KAYMAZ, s. 454.

anlaşıldığında, AİHM’in de aradığı “son çare” şartı hukuken dolanılmış olmakta ve bu da elde edilen verilerin yok edilmesi yaptırımına bağlanmış olmaktadır.⁵⁹³

Suç tavsifinin değişmesi, tedbire kovuşturma aşamasında da başvurulabileceğinden, kanun yolları uygulanırken de mümkün görünmektedir.⁵⁹⁴



⁵⁹³ ÜNER/HAKERİ, s. 441.

⁵⁹⁴ ÜNER/HAKERİ, s. 442.

SONUÇ

İletişimin denetlenmesi koruma tedbirine, soruşturma aşamasında da kovuşturma aşamasında da başvurulabilir. Ancak soruşturmada gizlilik esasken, kovuşturmada duruşmanın aleniliği esastır. Böyle olunca, tedbir kural olarak süresi boyunca gizli uygulanacağından, kovuşturma aşamasında tedbirin etkinliğinden bahsetmek mümkün görünmemektedir.

Alınan karar ve işlemler, tedbir süresince gizli tutulacağı için; bu tedbir süresince, alınan kararlarına karşı itiraz kanun yoluna gidilebilmesi imkansızdır. Bu nedenle, itiraz kanun yolunun, tedbir sona ermedikçe, hiçbir işlevi yoktur. Kanun koyucu, birinci fıkra düzenlenirken; iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kararlarına itiraz edilebileceğini belirtmiştir. İletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti kararlarına itiraz edilebileceğini ise belirtmemiştir. Böyle olunca, soruşturmada uygulanan iletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti kararlarına itiraz mümkünken, kovuşturmada özel olarak itiraz edilebileceği düzenlenmediği için itiraz mümkün görünmemektedir.

Kanun son değişiklikleriyle birlikte “kuvvetli suç şüphesi” ifadesi yerine “somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesi” ifadesini kullanmıştır. Şüphe, zaten delillere dayalı olarak belirlenebileceğinden, biz, bu ifadenin teorik olarak bir farklılık yaratmadığı düşünmekteyiz. Dolayısıyla bu değişikliğin, uygulamaya, bilineni tekrar hatırlatmak olduğu kanaatindeyiz.

Anayasa ve AİHS normları dikkate alındığında, tedbirin sadece kanunla düzenlenebileceğini belirtmiştik. Böylece bu tedbire ilişkin düzenlemelerin, yönetmelikle değil, ayrıntılı bir şekilde kanunda düzenlenmesi gerektiğini

savunmaktayız. Konu itibariyle, tedbirin farklı ve teknik kavramlar barındırması göz önüne alacak olduğumuzda, çok titiz bir düzenleme getirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Gerçekten de şu anki kanuni düzenlemede, hiçbir tanım hükmü bulunmamaktadır. Yönetmeliklerle bu boşluğun doldurulması, yerinde değildir. Danıştay’ın yönetmeliğin bazı maddelerini iptal ettiği kararında, Adalet Bakanlığı’nın iletişimin denetlenmesi konusunda yönetmelikle düzenleme yapma yetkisinin bulunmadığına dair tespitini içeren kararını olumlu karşılamakla birlikte; “yokluğu” tespit edilmiş ve bu yetkiye dayanılarak çıkarılan yönetmeliğin neden hala yürürlükte olduğunu anlayabilmek güçtür. Ayrıca Danıştay’ın vardığı sonuca farklı bir gerekçeyle ulaştığımızı belirtmek isteriz. Danıştay, kararını, CMK m. 333’ün *“bu Kanunda öngörülen yönetmelikler, aksine hüküm bulunmadıkça, ilgili bakanlıkların görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılır.”* düzenlemesine dayanmaktadır. Bizim ise, CMK m. 333 olsun olmasın, Anayasa’nın Başbakanlığa, bakanlıklara ve kamu tüzel kişilerine “kendi görev alanlarıyla” ilgili kanun ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere düzenleme yapma yetkisi verdiği; CMK’nın bu görev alanlarına giren bir kanun olmadığı ve bu alanda da düzenleme yapamayacağı şeklindeki doktrin görüşüne dayanmaktayız.

İletişimin dinlenmesine ilişkin kararların “kayıt altına alma suretiyle” gerçekleştirileceğine ilişkin “yönetmelik” hükmü anlamlı değildir. Böylece, kayıt altına alma tedbir türüyle dinleme tedbir türü arasında bir fark kalmamaktadır. Bununla birlikte, dinlemeyi yapan memurun mahkemede tanık olarak ifadesine başvurulabileceği yönündeki doktrin görüşüne de katılmamaktayız.

Sinyal bilgilerinin dinlenmesi tedbir türünün, çıkarılacak bir kanun düzenlemesiyle anlaşılabilir ve amaca hizmet edecek bir şekilde tanımlanması

gerekmektedir. Uygulamada, failin bilinmediği suçların aydınlatılabilmesi açısından geriye tek çare olarak baz istasyonlarının incelenmesi yolu kaldığında hukuka uygun bir karar alınabilmesi zordur. Çünkü sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin karar alınabilmesi için tedbirin uygulanacağı kişinin kimliğinin de kararda belirtilmesi gerekmektedir. Konu, kanunla detaylıca düzenlenirse bu karmaşaya bir son verilebilir.

Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için mobil telefonun yerinin tespiti kararıyla ilgili olarak kanuni düzenlemede Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebileceği belirtilmesine rağmen bu kararın hakim onayına sunulmasından bahsedilmemesi çelişkilidir. Bu karara her ne kadar delil elde etme amacı olmadan sadece şüpheli veya sanığın yerinin tespit için başvurulabilse de; Anayasa ve AIHS normları karşısında muhakkak hakim onayına sunulmasını gerektiren bir düzenleme getirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Katalog suçlardan çıkarılan TCK m. 220'ye ilişkin düzenleme yerinde olmuştur. Kanun koyucunun gerekçesi yerindedir.

İletişimin denetlenmesi ile diğer tedbirlerin aynı anda uygulanıp uygulanamayacağı veya bir öncelik sonralık ilişkisinin durumuyla ilgili olarak, tezimizde de bahsettiğimiz son tarihli Yargıtay 18. CD'nin kararı oldukça isabetlidir. Özellikle CMK m. 139 ve CMK m. 140'da düzenlenen gizli soruşturmacı ve teknik takibe ilişkin koruma tedbirlerinin, iletişimin denetlenmesi koruma tedbiriyle aynı şartlara bağlanmış koruma tedbiri türleri olduğundan, birinden delil elde edilemezse öbürüne başvurulabileceği yönündeki kararı olumlu karşıyoruz.

İletişimin denetlenmesi kararı verildiğinde, sürenin mahkeme tarafından verildiği anda başladığını düşünmekteyiz. Yönetmeliğin ilgili maddesini bu yönden iptal edilmesini isabetli olmuştur.

Kanunun, tanıklıktan çekinebilecek kimselerle şüpheli veya sanık arasındaki iletişimin kayda alınamayacağını düzenlemiştir. Burada sadece “kayıtlar”dan bahsedilmesi anlamlı değildir. Gerçekten de “dinleme”nin “kayda alınmak suretiyle” gerçekleştirdiği göz önüne alındığında; kayıt altına almayı yasaklayan ama dinlemeyi yasaklamayan bu hükme anlam vermek çok zordur. Böyle olunca “kayıt” altına alınan belgelerin derhal imha edilmesi gerekecek ama “dinleme” de aynı usulle gerçekleştirilmesine rağmen elde edilen delillerin imha edilmemesi gibi bir sonuç doğacaktır. Farklı sebeplerden aynı sonucun doğması ama birinin yok edilip öbürünün yok edilmemesi anlamlı olamayacağından, burada sadece kayıt altına alma değil, tedbirin bütün türleri olduğunu düşünmekteyiz. Bu nedenle bu maddede açık bir düzenleme yapılması kafa karışıklığını gidermek bakımından yerinde olacaktır.

Rızanın varlığı, tedbirin uygulanması bakımından geçerli olamaz. Rızanın mağdurun veya sanığın/şüphelinin olması açısından bir önemi yoktur. Aksi bir kabul, iletişimin diğer tarafını göz ardı etmek olur. Zaten burada rıza sahibi olması gereken iletişim hattı sahibi değil iletişimin gerçekleştirildiği öbür kimsedir. İletişim hattı sahibinin rızasının geçerli olması, rızası olmayan öbür tarafla yapılan konuşmaları hukuka uygun hale getiremez. Kaldı ki bu tedbir sadece mahkeme kararıyla ve şüpheli veya sanık hakkında uygulanabilmektedir. Şüpheli veya sanığın “kıyas” yoluyla genişletilip üçüncü bir kimseyi de içine alması düşünülemez.

İletişimin tespitine ilişkin düzenlemenin, son kanun değişikliğiyle birlikte birinci fıkradan alınıp ayrı bir fıkra düzenlenmesi yerinde olmuştur. Böyle olunca, yeni fıkra “somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesi” ve “başkaca delil elde edilme imkânının bulunmaması” şartlarını belirtir ifadeler artık yer almamaktadır. Biz, burada yine birinci fıkradaki genel şartların arandığına dair doktrin görüşüne üstünlük tanınması gerektiğini düşünmekteyiz.

İletişim içeriklerinin yok edilmesinin düzenlendiği CMK m. 137/3’ün son fıkrasında “tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde...” ifadesi kullanılmaktadır. Bu tedbir, sadece tespit ve dinleme türünden değil; kayıt altına alma, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonunu tespiti kararları türünden de verilebileceğinden, bu madde düzenlemesinin diğer türleri de içerecek şekilde yeniden ele alınması gerektiğini düşünüyoruz.

Tesadüfen elde edilen deliller, yapılmakta olan soruşturma ve kovuşturmayla ilgisi olmayan hallerde ve katalog suçların varlığı halinde söz konusu olmaktadır. Burada sorun, katalog dışında bir suça ilişkin tesadüfi bir bilginin öğrenilmesinde ortaya çıkmaktadır. Bu halde, katalog dışındaki bir suça ilişkin elde edilen bulgu, delil değeri taşımamaktadır. Ancak, bu bulgu, TCK m. 279 anlamında başlangıç şüphesine konu olabilir. Başlangıç şüphesine konu bulgunun kendisi ise bu tedbir sırasındaki muhakemede delil olarak kullanılamaz. Yaptığımız açıklama tesadüfen elde edilen delili düzenleyen normun tersini düşündüğümüz olasılıkta da, yani, “yapılmakta olan soruşturma ve kovuşturmayla ilgili olan” hallerde de, geçerlidir. Bu kimse hakkında ayrıca karar alınmalı ve karar tarihinden itibaren elde edilen bulgular muhakemede kullanılabilmelidir. Bu açıdan, bu normun daha detaylı ve muğlak olmayan şekilde düzenlenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Tedbir kararı uygulanırken, yüklenen suçun nitelik değiştirmesi mümkündür. Tedbir kovuşturmada da uygulanabilir. Mahkeme fiil ve fail ile bağlıyken, suçun hukuki nitelendirmesiyle bağlı değildir. Bu tedbir kararı verildiğinde, belirli bir suça ilişkin ve belirli bir şüpheli veya sanık yönünden verileceğinden dolayı; suçun tavsifinin değişmesi halinde, elde edilen delilin kullanılmaması gerektiğini düşünüyöruz.

Cumhuriyet savcısının hukuki nitelemeyi değil, sadece fiili göstermesi gerektiği yönündeki görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz.

Ayrıca, özel hayatı ilgilendiren konuşmalara tedbir uygulama sırasında rast gelinmesi halinde, bunların tutanaklardan çıkarılması gerektiği yönünde bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu çok açıktır.

Sonuç olarak, anılan düzenlemeye ilişkin yönetmeliklerin “yok hükmünde” olduğu için burada yer alan bütün “tanımların” içtihat, doktrin, bilimsel gelişmeler dikkate alınarak “kanunla” ve AİHS, Anayasa normlarına uygun olarak düzenlemesi gerektiğini düşünüyöruz.

ÖZET

Ceza muhakemesi hukukunda esas olan, adli yolla maddi gerçeğe ulaşmaktır. Geçmişte yaşandığı iddia edilen bir olayın aydınlatılması ise sadece hukuka uygun delillerle mümkün olabilir. Koruma tedbirleri, delil elde etmek için birer vasıtadırlar. Bu tedbirlere temel hak ve hürriyetleri sınırladığından sadece belirli şartlarda altında başvurulması mümkün olmaktadır. Bu koruma tedbirlerinden biri de iletişimin denetlenmesidir.

Gelişen teknolojiyle birlikte suç işlenmesi ve delillerin saklanması daha kolay bir hal almıştır. Bu nedenle maddi gerçeğe ulaşabilmek için bu delillere kaybolmadan ulaşabilmek gerekmektedir.

Türkiye, AİHS'e taraftır ve AİHS m. 8/2'de haberleşme hürriyetinin hangi hallerde sınırlanabileceği sayılmıştır. Buna aykırı bir kararın yürütülmesi, kararın kendisini de elde edilen delili de hukuka aykırı hale getirecektir. Bu çalışmamızın birinci bölümünde genel hatlarıyla, kanun değişiklikleri ve yönetmelik hükümleriyle birlikte iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri ele alınmış, ikinci bölümde ise Türk Ceza Muhakemesi hukukunda adli amaçlı telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi incelenmiştir.

ABSTRACT

Essentiality in the Criminal Procedure Law is to reach material fact through judiciary. Clarification of an event alleged to be happened in a time in the past can only become possible by the help of legal evidence. Measures of protection are means in order to obtain evidence. As these measures limit fundamental rights and liberties, they can only be applied in certain circumstances. One of these measures of protection is also to provide surveillance of telecommunications. In conjunction with advancing technology, cases of committal of crime and preserving evidences have been more readily seen. Hence, to reach material fact, these evidences necessitate to be collected before they disappear. Turkey is party to European Convention of Human Rights (“ECHR”), and in what circumstances freedom of communication can be limited is listed under the article of 8/2 of ECHR. Implementation of a decision against this article will make the decision itself as well as the evidence illegal. In the first part of this study, amendments to the law and provisions of the regulations along with surveillance of telecommunications are addressed, and in the second part, surveillance of telecommunications as a coercive method of investigation in the Turkish Criminal Procedure Law is examined.

KAYNAKÇA

ACAR, Bülent Hayri: Kurucu İktidar Olma Eylemi ile Anayasayı İhlal Suçuna Konu Kalkışma Suçuna Konu Hareketlerinin Farklı Nitelikte Eylemler Olması ve Hukuki Sonuçları (Milli Güvenlik Konseyi Başkanı ve Üyesinin Erksiz/Yetkisiz Yargılanmasına İlişkin Esas Hakkında Savunma), Us-A Yayıncılık, Ankara 2014.

ACAR, Bülent Hayri: “Birden Çok Tutuklulukta Kişi Özgürlüğünün Kanunsuz, Fiili/Keyfi Kısıtlamaya Dönüşmesi”, (<http://www.turkhukukkurumu.org.tr/sitemizde-yazilar/57-birden-cok-suctan-tutuklulukta-kisi.html>) (Erişim Tarihi: 1 Nisan 2015)

ACAR, Bülent Hayri: “Türk Demokratik Ceza Hukuku Düzeninde Ur Uygulamalar: (I) İktidar Partisine Meşru Muhalefetin Terörle İlgili Suçun Konusu Yapılamaması”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 2015, Sayı 3, s. 51-110.

AKDAĞ, Hale: “Türk Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması İlkeleri”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu Armağanı s. 27-49, Ankara 2015.

AKKAŞ, Ahmet Hulusi: “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbirinin Şartlarında 6526 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 6, Sayı 21, s. 467-488.

AKSU, Muharrem: Özgürlük ve Güvenlik Dengesinde Önleyici Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Doktora Tezi), Isparta 2011.

ARON, Jacob: “Every Click You Make”, New Scientist, T. 11/14/2015, C. 228 S. 3047, s 20-21

AYDIN, Sedat Erdem: AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2014.

AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi: Kalkışma Suçları, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

BASSIOUNI, M. Cherif: Introduction to International Criminal Law, 2nd Revised Edition.

BIÇAK, Vahit: Suç Muhakemesi Hukuku, Ankara 2011, Seçkin Yayınları, 2. Baskı.

BULDUK, Seyfi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile Ceza Muhakemesi Hukukunda telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi (Doktora Tezi), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2014.

CENGİZ, Serkan/**DEMİRAĞ**, Fahrettin/**ERGÜL**, Teoman/**MCBRIDE**, Jeremy/**TEZCAN**, Durmuş: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008.

CENTEL, Nur/**ZAFER**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım, 12. Baskı, İstanbul 2015.

ÇAKMAK, Seyfullah: “İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbiri Çerçevesinde Elede Edilen Tesadüfi Delillerin Disiplin Soruşturmasında Kullanılması”, Terazi Dergisi Y. 5 S.48, Ağustos 2010, s. 71-87.

DEEKS, Ashley.: “An International Legal Framework for Surveillance”, Virginia Journal of International Law. 2015, Cilt 55 Sayı 2, s. 291-368.

DILHAC, Jean-Marie: From tele-communicare to Telecommunications, (<http://ethw.org/images/8/8c/Dilhac-2004.pdf>) (Erişim Tarihi: 20.5.2016)

DİNÇ, Güney: Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBB Yayınları, Ankara 2006.

DOEHRING, Karl: Genel Devlet Kuramı, İnkılap Kitapevi, Ankara 2002, 1. Baskı. (çev. Ahmet MUMCU)

DÖNMEZER, Sulhi/**ERMAN**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I, 7. Baskı, İstanbul 1979

ERDEM, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, (<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc>) (Erişim Tarihi: 4.3.2016).

ERDAĞ, Ali İhsan “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, TBB Dergisi, Yıl 2011, Sayı 92 s. 31-61.

FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, US-A Yayıncılık, Ankara 1996.

FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

FİDAN, Hakan: Intelligence and Foreign Policy: A Comparison of British, American and Turkish Intelligence Systems (Yüksek Lisans Tezi), Bilkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1999.

GERTH, Hans Heinrich/**MILLS**, Wright: From Max Weber: Essays in Sociology, s. 213, Oxford University Press, Newyork 1946.

GOODMAN, Joseph; Telecommunications Policy-making in the European Union, Cornwall 2006.

GÖKTÜRK, Neslihan: Fikri İçtima, Adalet Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2013.

GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Yayınları, Bursa 2008 5. Baskı.

GREENBERG, Andy: “U.S. Law Enforcement Is Tracking Who Calls, Texts And Emails Whom More Often Than Ever Before”, Forbes.com 9/27/2012, s. 32.

GROOM, Raechel: “In Re Pharmatrak & Theofel V. Farey-Jones: Recent Applications Of The Electronic Communications Privacy Act.” Berkeley Technology Law Journal, Cilt 19 Sayı 1 (2004), s. 455-467.

GÜLTEKİN, Nil Melek: Kişisel Verilerin Ceza Hukuku yönünden korunması (Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (2012).

GÜNGÖR, Devrim: Fiil Üzerinde Hata, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2007.

GÜNGÖR, Devrim: 5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikayet Kurumu, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

HAFIZOĞULLARI, Zeki: “24 Mayıs 2003 Tarih ve 25117 Sayılı Resmi Gazetede Yayınlanarak Yürürlüğe Konan ‘Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’ Adli Zabıt ve Aramalar Yönünden Yok Hükmündedir”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2004 S. 3, s. 13-26.

HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Türk Ceza Hukukunun Seksen Yılı, Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 538, 30-31 Ekim 2005 Sempozyumu, s. 115.

HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini Sağlamayan Ceza Ve Ceza Muhakemesi Hukuku Düzenlemeleri Ve Uygulamaları”, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Düzenlemeleri ve Uygulamalarına İlişkin Genel Değerlendirmeler Sempozyumu, Ankara 2009.

HAFIZOĞULLARI, Zeki: “İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Hakkının Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 46 S. 1 Y. 1997, s. 1-40.

HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine”, AÜHFD, Y. 1993 C. 43 S. 1 s. 37-47.

HAFIZOĞULLARI, Zeki: Türk Ceza Hukuku Ders Notları, s. 419 (<http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/CezaHukuku.pdf>) (Erişim tarihi 4.4.2016);

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku (Özel Hükümler), Ankara 2015, US-A Yayıncılık, 4. Baskı.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi/KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: “AİHS Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunlarının Zaman Yönünden Sınırı”, BÜHFD, Y. 2015 S. 1, s. 505-519.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/KURŞUN, Günal: “Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk” (www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/orgutlu.doc) (Erişim Tarihi: 1.4.2015)

HALL, Clare/SCOTT, Colin/HOOD, Christopher: Telecommunications Regulation, Londra 2000.

İPEK, Ali İhsan: “Hukuk Yargılaması Açısından İletişimin Denetlenmesi Tedbirine Başvurulabilip Başvurulamayacağı Üzerine Bir Değerlendirme”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 6 S. 64, Aralık 2011, s. 37-42.

KATOĞLU, Tuğrul: Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Ankara 2008, Seçkin Yayıncılık.

KATOĞLU, Tuğrul: “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine İlişkin 30.11.2007 Tarihli Yönetmeliğin 11. ve 19. Maddeleri Anayasaya Aykırıdır”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2012 S. 4, s. 309-316.

KAYMAZ, Seydi: İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2009, Seçkin Yayıncılık.

KOÇER, Kenan: “Telekomünikasyon Aracılığıyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Araçlarla İzleme Ya Da Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma Suretiyle Elde Edilen Sesli Veya Görüntülü Verilerin Disiplin Soruşturmasındaki Kıymeti”, Ceza Hukuku Dergisi, Y. 4. S. 10., Ağustos 2009, s. 5 – 41.

KUNTER, Nurullah: Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1986, Kazancı Matbaacılık, 8. Baskı.

KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir, Ankara 2012, Yetkin Yayınları

KÜZECİ, Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitapevi, Ankara 2010.

MATTHEWS, Will: “When Alexander Graham Bell made the first phone call in 1876, it would have been hard for him to foresee his invention eventually providing employment for more than 100,000 telephonists and telegraph operators”, Estates Gazette., T. 3/11/ 2015, S. 873.

MCCARTHY, Michael T.: USA Patriot Act, Harvard Journal on Legislation. S. 39, s. 435-454.

METZ, Don: “The Scientific Instruments of Charles Wheatstone and the Blending of Science, Art, and Culture”, Interchange, C. 46, S. 1 Şubat 2015, s. 19-29.

MURPHY, Walter F.: Wiretapping on Trial: A Case Study in the Judicial Process, Newyork 1967.

OKUYUCU ERGÜN, Güneş, Ceza Muhakemesi İşlemleri, Ankara 2015, Yetkin Yayınları, 1. Baskı.

OMBRES, Devon: “NSA Domestic Surveillance from the Patriot Act to the Freedom Act: The Underlying History, Constitutional Basis, and the Efforts at Reform”, Seton Hall Legis. J, S. 39, s. 27-58.

ONAT, Nuray: Yabancı Dil Olarak Türkçe Öğretiminde Fiilde Çatı (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2013.

ÖZEN, Muharrem/**ÖZCAK**, Gürkan: “Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK M. 134)”, ABD Y. 2015 S. 1, s. 41-78.

ÖZEN, Attila: “İdarenin Ceza Yargılaması Alanında Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi” İstanbul Barosu Dergisi, s. 214-228.

ÖZDEMİR, Hayrünnisa: Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Ankara 2009, Seçkin Yayıncılık.

ÖZTÜRK Bahri/**TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**SITMA**, Özge/**KIRIT**, Yasemin/**ÖZAYDIN**, Özdem/**AKCAN** Esra Alan, **ERDEN**, Efser: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ekim 2015.

ÖZBEK, Veli Özer/**KAMBUR**, Mehmet Nihat/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker: “Ceza Muhakemesi Hukuku”, s. 262, Ankara 2012, Seçkin Yayınları, 3. Baskı.

PAYE, Jean-Claude: “Merging Law of War with Criminal Law”, Monthly Review: An Independent Socialist Magazine, Temmuz 2014, s. 128-135.

PEIRCE, John: "Does the Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 Infringe the Fourth Amendment Rights of Nonresident Aliens." A.S.I.L.S. International Law Journal Y. 1979 S. 3, s. 91-108.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, 4. Bası.

ŞAHİN, Meral Ekici: Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012, On İki Levha Yayıncılık.

ŞAHİN, Cumhur: “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi –Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, Sa. 1-2, Yıl 2007, s. 1095 - 1112.

SCHWARZ, Tim/**SATOLA**, David: Telecommunications Legislation in Transitional and Developing Economies, Washington 2000.

ŞEN, Ersan: “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, Ceza Hukuku Dergisi Y. 2 S. 4, Ankara 2007, s. 97-135.

SILVERSTEIN, Adam J.: Postal Systems in the Pre-Modern Islamic World, Cambridge University Press 2007, s. 130 vd.

STAPLETON, Timothy “Electronic Communications Privacy Act and Cell Location Data”, Brooklyn Law Review, C. 73, S. 1 (Güz 2007), s. 383-420

TAMÖZ, Mehmet/**KOCABEY**, Hüseyin: Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Önleme ve Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Teknik Araçlarla İzleme, Yaklaşım Yayıncılık, Aralık 2009.

TAŞKIN, Mustafa: “Türk Hukukunda Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Temmuz 2010, Yıl: 1, Sayı: 2, s. 477-506.

TAŞKIN, Mustafa: “Türk Hukukunda Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi ve Bu Sistemin AİHM Kriterlerine Uygunluğu, Terazi Dergisi, Ocak 2011, Y. 6 S. 53, s. 77-86.

TEZCAN, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**SANCAKDAR**, Oğuz: AİHS Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınlar, Ankara 2004.

TEZCAN, Durmuş: “AİHM Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Delillerin Değeri”, Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER Armağanı, C. II, s. 1221-1328.

TOROSLU, Nevzat/**FEYZİOĞLU**, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 216. Ankara 2015, Savaş Yayınları.

TOSUN, Öztekin: Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1984, 4. Bası.

TOXEN, Bob: “The NSA and Snowden: Securing the All-Seeing Eye”, Communications of the ACM., Mayıs 2014, Cilt 57 Sayı 5, s. 44-51.

ÜNVER, Yener/**HAKERİ**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2014, 9. Baskı, Adalet Yayınevi.

VENTURA, Holly E.: “Electronic Surveillance”, Salem Press Encyclopedia, Ocak 2015

VESELGA, Alexandra D.: “Updating the Electronic Communications Privacy Act to Protect Geolocation Data”, Golden Gate University Law Review, C. 43, S. 3, T. 2013, s. 459-484

WARIS, Husain: “Surveillance And Law Enforcement: Tools In The Fight Against Terror In A Comparative Study Of The United States And Pakistan.”, ILSA Journal of International & Comparative Law. Güz 2014, Cilt 21 Sayı 1, s. 25-59.

YARDIMCI, Mehmet Murat: Amerika Birleşik Devletler Hukuku, AİHM İçtihatları ve Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

YOKUŞ SEVÜK, Handan: “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, TBB Dergisi, Sayı 69, Yıl 2007.

YURTCAN, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, Alfa Yayınları, İstanbul 2002.

YENİSEY, Feridun/**NUHOĞLU**, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 306, Ankara 2016, Seçkin Yayınları, 3. Baskı.

YENİSEY, Feridun/**İÇEL**, Kayıhan: “İletişimin Denetlenmesi Hakkında”, (<http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=15125>) (Erişim Tarihi: 5.5.2016).

ZAFER, Hamide: Özel Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, İstanbul 2010.

DİĞER KAYNAKLAR

Türkiye Telekomünikasyon Sektörü Raporu, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Türkiye Telekomünikasyon Meclisi, Ankara 2009.

Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması) Konulu Panel, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008.

TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Başkanlığı Raporu, (https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/kr_telekulak_102008.pdf) (Erişim Tarihi: 4.5.2016)