



T.C.
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

**İLETİŞİMİN TESPİTİ, DİNLENMESİ VE KAYDA ALINMASI
(CMK mad. 135)**

Muzaffer Enes CİRİT

Danışman: Yrd. Doç. Esra ALAN AKCAN

İstanbul, 2018



T.C.

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUK ANABİLİM DALI

KAMU HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

**İLETİŞİMİN TESPİTİ, DİNLENMESİ VE KAYDA ALINMASI
(CMK mad. 135)**

Muzaffer Enes CİRİT

Danışman: Yrd. Doç. Esra ALAN AKCAN

İstanbul, 2018

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	vi
ÖZET	viii
ABSTRACT	ix
ÖNSÖZ	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KORUMA TEDBİRLERİ VE İLETİŞİMİN DENETLENMESİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER, TARİHİ GELİŞİM, MUKAYESELİ HUKUK VE TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM

I. KORUMA TEDBİRLERİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER	4
A. KORUMA TEDBİRİ KAVRAMI.....	4
B. KORUMA TEDBİRLERİNİN TÜRLERİ	5
C. KORUMA TEDBİRLERİNİN ORTAK ÖZELLİKLERİ.....	6
1. Kanuni Dayanak Bulunması	6
2. Şüphelerin Belli Bir Yoğunlukta Olması	6
A. Şüphe Kavramı	7
B. Şüphe Türleri	7
i. Basit Şüphe	7
ii. Makul Şüphe.....	8
iii. Yeterli Şüphe	8
iv. Kuvvetli Şüphe	9
v. İletişimin Denetlenmesi Kararı İçin Gerekli Şüphe.....	9
3. Oranılık İlkesi	10
4. Yetkili Mercii Kararı.....	10
5. Hükümden Önce Temel Bir Hakkı Sınırlaması	11

6.Gecikmede Sakınca Bulunması	11
7.Geçici Olması.....	12
II. İLETİŞİMİN TESPİTİ, DİNLENMESİ ve KAYDA ALINMASI	
HAKKINDA GENEL BİLGİLER.....	12
A. KAVRAM.....	12
1.Tanım.....	12
2.Terim.....	14
B. KONUYLA İLGİLİ DİĞER KAVRAMLAR.....	16
1.İletişim.....	16
2.Telekomünikasyon.....	17
3.Veritaaşıyıcı.....	18
4.Terör.....	21
5.Organize Suç Örgütü.....	23
6.İstihbarat.....	25
C. HUKUKİ NİTELİK.....	27
1.Genel Olarak.....	27
2.Ceza Muhakemesinde Denetimin Amacı.....	30
a.Delil Elde Edilmesi.....	30
b.Şüpheli veya Sanığa Ulaşıması.....	30
3.Denetimin Şekilleri.....	31
a.İletişimin Tespiti.....	31
b.İletişimin Dinlenmesi ve Kayda Alınması.....	34
c.Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi.....	35
d.Mobil Telefonun Yerinin Tespiti.....	37
4.Ceza Muhakemesinde Denetimin Önleme Amaçlı Denetimden Farkı.....	39
III. TARİHİ GELİŞİM.....	41

IV. MUKAYESELİ HUKUKTA ve TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM	43
A.MUKAYESELİ HUKUKTA DURUM.....	43
1.ABD'de İletişimin Denetlenmesi.....	44
2.AİHM İçtihatlarında İletişimin Denetlenmesi.....	45
B.TÜRK HUKUKU UYGULAMASININ YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA ELE ALINMASI.....	45
C.DENETİMİN BAZI TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERLE İLİŞKİSİ.....	50
1.Özel Hayatın Gizliliği.....	50
2.İletişim Özgürlüğü.....	51

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

I. KONUyla İLGİLİ HUKUKUMUZDAKİ YASAL DÜZENLEMELER	55
A. ANAYASALARDAKİ DÜZENLEMELER.....	55
1.1921 Anayasası.....	55
2.1924 Anayasası.....	55
3.1961 Anayasası.....	56
4.1982 Anayasası.....	56
B. 1 HAZİRAN 2005 ÖNCESİ YASAL DÜZENLEMELER.....	58
1.Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu.....	58
2.Polis Vazife ve Salahiyeti Kanunu.....	60
3.Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu.....	61
4.Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Kanunu.....	65
5.Sıkıyönetim Kanunu.....	68
6.Posta Kanunu, Telgraf ve Telefon Kanunu.....	69
7.Elektronik Haberleşme Kanunu.....	69

C. 1 HAZİRAN 2005 SONRASI YASAL DÜZENLEMELER.....	70
1.Ceza Muhakemesi Kanunu.....	70
2.6526 ve 6763 Sayılı Kanunlar ile CMK'da Yapılan Değişiklikler.....	74
II. DENETİMİN KOŞULLARI ve DENETİM KARARI.....	76
A. DENETİME KONU ARAÇLAR BAKIMINDAN.....	76
1.Telefon.....	77
2.Telgraf ve Faks.....	77
3.İnternet.....	78
B. DENETİME TABİ SUÇLAR BAKIMINDAN.....	78
1.Ceza Oranına Göre.....	78
2.Suçların İşleniş Şekli ve Niteliğine Göre.....	79
3.Katalog Halinde Sayılarak Yapılanlar.....	79
a.Örgüt Faaliyetleri Kapsamında İşlenen Suçlar Bakımından.....	80
b.Terörle Mücadele Kanunu Kapsamındaki Suçlar Bakımından.....	80
c.Sporta Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun.....	80
4.Karma Nitelikliler.....	81
C. DENETİME TABİ KİŞİLER BAKIMINDAN.....	81
1.Şüpheli veya Sanık.....	81
2.Şüpheli veya Sanığın İşlediği Suça İştirak Edenler.....	82
3.Hâkim ve Savcılar.....	82
4.Kamu Görevlileri, Milletvekilleri ve Avukatlar.....	83
D. DENETİME TABİ YERLER BAKIMINDAN.....	83
III. DENETİME KARAR VERME YETKİSİ ve USULÜ.....	84
A. DENETİME KARAR VERME YETKİSİ.....	84
1.Soruşturma Aşaması.....	84
2.Kovuşturma Aşaması.....	85

B. DENETİM KARARI VERİLMESİNİN USULÜ	86
IV. DENETİMİN YASAK OLDUĞU HALLER	89
A. TANIKLIKTAN ÇEKİNEBİLECEK KİŞİLER YÖNÜNDEN	89
B. MÜDAFİ YÖNÜNDEN	91
V. TEDBİRİN SÜRESİ ve SÜRENİN SONA ERMESİ	92
VI. TEDBİRİN SONA ERMESİNDEN SONRA YAPILACAK İŞLEMLER	94
A. VERİLERİN MUHAFAZASI, PAYLAŞILMASI ve İMHASI	94
B. İLGİLİLERE HABER VERİLMESİ	97
C. DENETİMİN DENETLENMESİ	99
D. DENETİM SEBEBİYLE TAZMİNAT TALEBİ	100
E. DENETİM SONUCU ELDE EDİLEN DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ	102
1.Hukuka Uygun Şekilde Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi	103
2.Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi	104
3.Tesadüfi Şekilde Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi	106
SONUÇ	109
KAYNAKÇA	112

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Any.	: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BTK	: Bilgi teknolojileri ve İletişim Kurumu
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev	: Çeviren
FBI	: Federal Bureau of Investigation (Federal Soruşturma Bürosu)
E.	: Esas Numarası
e.t	: Erişim Tarihi
JTGKYK	: Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu
K.	: Karar Numarası
mad.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
PVSK	: 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih

TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TİB	: Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı
Vb.	: Ve Benzeri
Vd.	: Ve Devamı
Y	: Yargıtay
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

ÖZET

Anayasanın 20. maddesi ile güvence altına alınan "Özel Hayatın Gizliliği" ve 22. maddesi ile güvence altına alınan "Haberleşme Hürriyeti" yalnızca kanunda belirtilen hallerde sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalardan biri de işlenmiş suçları aydınlatmak için CMK'nın 135. maddesinde düzenlenen "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi" koruma tedbiridir. Bu koruma tedbiri teknolojinin gelişmesi ile daha çok uygulama alanı bulacaktır. Sürekli olarak değişim ve gelişim içerisinde olan iletişim, kanun koyucu tarafından yakından takip edilerek düzenlemeler yapılmaktadır.

Bu koruma tedbiri ilk olarak 4422 sayılı Kanun ile mevzuatımıza girmiş olup, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK ile ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Özel hayatın gizliliği, haberleşme hürriyeti, iletişimin denetlenmesi.

ABSTRACT

The "Freedom of Communication" guaranteed by Article 22 of the Constitution and "Secrecy of Private Life" guaranteed by Article 20 of the Constitution can only be limited in the circumstances specified in its law. One of these limitations is the "Supervision of Communication Made Through Telecommunication" protection measure in Article 135 of the Criminal Procedure Law in order to enlighten the crimes committed. This protection will find more application area with the development of preventive technology. Communication, which is constantly changing and developing, is closely monitored and regulated by the legislator.

This protection measure first entered into our legislation by Law No. 4422. It was arranged in detail by Criminal Procedure Law No. 5271, which entered into force on 1 June 2005.

Keywords: Privacy of private life, freedom of communication, communication control.

ÖNSÖZ

Günümüzde teknik aletlerin, suçların işlenmesinde ve suç faillerinin birbirleriyle haberleşmelerinde kullanılması çok artmıştır. Suç işleyen kimseler teknolojiadaki bu gelişmelerden faydalanırken suçlulukla mücadele eden, işlenmiş suçu aydınlatmakta görevli olan kamu makamlarının bir teknolojiden faydalanmamaları düşünülemez. Suçun önlenmesinde ve özellikle işlenmiş suçların aydınlatılmasında iletişimimin denetlenmesi çok büyük bir öneme sahiptir. Ancak bu tedbirler aynı zamanda kişi hak ve özgürlüklerini esaslı bir şekilde ihlal ettiklerinden kanunda öngörülen usul ve esaslara uygun bir şekilde icra edilmelidir. Biz çalışmamızda inceleme konusu koruma tedbirinin usul ve esaslarını ortaya koymak suretiyle Ceza Muhakemesi makamlarının bu tedbirlerden en etkili şekilde yararlanmasını sağlamaya çalıştık.

Çalışmamızda bizi daima destekleyen Sayın Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN’’e desteklerinden dolayı teşekkür ve şükranlarımızı sunarız. Ayrıca Danışmanlığımı kabul eden ve bana desteğini esirgemeyen Sayın Yrd. Doç. Esra ALAN AKÇAN’a teşekkürlerimi sunarım.

GİRİŞ

Bilim ve teknolojinin gelişmesine bağı olarak işlenen suçlar teknik bir boyut kazanmaktadır. Telefon başta olmak üzere gelişmekte olan iletişim araçları insanların özel hayatının gizliliğini ihlal etmekle birlikte, işlenmiş suçların aydınlatılmasında yargı teşkilatımıza önemli bir imkân sağlamaktadır. Bu sayede, delilden sanığa ulaşma ve etkili bir soruşturma yürütülebilmekte, klasik koruma tedbirleri ile elde edilemeyen delillere ulaşılabilir. Günümüzde teknik bir boyut kazanan ve karmaşık bir biçimde işlenen suçların aydınlatılmasında en önemli vasıtalarından biride telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesidir.

Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usul Kanununda (CMUK) iletişimin denetlenmesi hakkında bir düzenleme yoktu. Bu tedbir ilk kez, 01.08.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ile mevzuatımıza girmiştir. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK ile birlikte “telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi” ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

İnsan sosyal bir varlık olduğu için toplu halde yaşar. Kişiler arasında haberleşme toplu halde yaşamının doğal bir sonucudur. Bu yüzden haberleşme hürriyeti ve bunun gizliliği Anayasanın 22. maddesi ile güvence altına alınmıştır. Hükme göre, herkes haberleşme hürriyetine sahiptir ve haberleşmenin gizliliği esastır. Ancak belirli koşulların varlığı halinde usulüne göre yetkili kılınmış merciin emrinin bulunması şartıyla haberleşme engellenebilecek veya gizliliği ihlal edilebilecektir. Bu istisnai durumlardan biri de işlenmiş suçun aydınlatılmasıdır. Bu amaçla uygulanacak olan iletişimin denetlenmesi tedbiri esnasında kişilerin özel hayatının gizli alanına girilmekte, özel hayatlarının gizli alanı ihlal edilmektedir. Bu yönüyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, kişilerin özel hayatını ve onun gizli alanını ihlal eden onu sınırlayan önemli bir koruma tedbiridir.

Çalışmamızda bu koruma tedbiri ele alınacaktır. Bu kapsam da iki bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde, konu genel hatlarıyla ele alınmış, bağlantılı olduğu kavramlar incelenmiş ve diğer koruma tedbirleriyle olan ilişkisi irdelenmiştir.

İkinci bölümde ise, inceleme konumuz olan iletişimin denetlenmesi tedbiri kavramı, niteliği, mukayeseli hukukta ele alınışı, usul ve esasları ile Türk hukukunun Yargıtay kararları ışığında uygulanması incelenmiştir.

Sonuç kısmında ise, kendi değerlendirmelerimizle birlikte telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri yönünden eleştirilerimizi dile getirmeye çalışmış bulunmaktayız.

BİRİNCİ BÖLÜM

**KORUMA TEDBİRLERİ VE İLETİŞİMİN DENETLENMESİ
HAKKINDA GENEL BİLGİLER, TARİHİ GELİŞİM,
MUKAYESELİ HUKUK VE TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM**

I.KORUMA TEDBİRLERİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. KORUMA TEDBİRİ KAVRAMI

Ceza muhakemesinde karar verme yetkisine sahip yargılama makamlarının delilleri toplamak, bu suretle muhakemenin yapılmasını mümkün kılmak ve verilen kararların infazını sağlamak amacıyla başvurabilecekleri çok çeşitli kanuni çareler vardır. İletişimin denetlenmesi, yakalama, tutuklama, arama, elkoyma, adli kontrol tedbirlerini müracaat etme bu çarelerin başlıcalarındandır¹.

Kanunda bu çarelerin hepsini ifade etmek üzere "koruma tedbirleri" (mad. 90 vd.) terimi tercih edilmiştir.

Koruma tedbirleri terimi Türk doktrin ve uygulamasında yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Biz de çalışmamızda koruma tedbirleri ibaresini kullanacağız.

Koruma tedbirleri kesinleşmiş bir mahkeme hükmü olmadan insan hak ve özgürlüklerine önemli sınırlamalar getirdiği için sadece kanunlarda değil milletlerarası sözleşmelerde ve anayasalarda da düzenlenmiştir. Bunun sebebi insan hak ve özgürlüklerini etkili bir biçimde korumaktır².

Ceza hukuku genel hükümleri açısından usulünce icra edilen koruma tedbirleri hukuka uygunluk sebebi oluşturlar. Örneğin; hâkim kararıyla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi³, kişinin haberleşme hürriyetini ve özel hayatın gizliliğini ihlal etmesine karşılık kanuna ve yetkili kılınan merciin emrine (hâkim kararı) dayalı olarak yapıldığı için bir hukuka uygunluk sebebi oluşturur⁴.

Koruma tedbirleri, ceza muhakemesi işlemi olup, yargılama sürecini bir ileri aşamaya götüren, meşru bir amaca hizmet eden, yasalarda usul ve esasları gösterilen temel haklara bir “*müdahaledir*”⁵.

¹Ahmet Gökçen/Murat Balcı/Mehmet Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Adalet Yayınevi, 2017 Ankara, s. 1.

²Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 1.

³ Çalışmamızda iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması koruma tedbirinden “iletişimin denetlenmesi” olarak bahsedilecektir.

⁴Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 3.

⁵Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 13. Bası, İstanbul 2016, s. 319; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 1; Hakan Hakeri/Yener Ünver, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2017, s. 301.

Kısaca koruma tedbirlerinin genel özellikleri ise;

- Delillerin kaybolmasına ilişkin riskleri ortadan kaldırma,
 - Geçici olma,
 - Risk ortadan kalktığında sona erme,
 - Belirli bir zamanla sınırlı olma,
 - Temel hak ve özgürlüklere orantılılık ilkesi ölçüsünde müdahale etme,
 - Zamanla şartların değişmesi ile kendilerini güncelleme,
- şeklinde sayılabilir⁶.

Koruma tedbirleri, kişi hak ve özgürlüklerine en az düzeyde müdahale etmeli ve son çare olarak uygulanmalıdır. "*Ultima Ratio*" olarak da bilinen son çare olma ve temel hak ve özgürlüklere en alt düzeyde müdahalede bulunma ilkesi ile devletin fertlerin tercihlerine, kendi aralarındaki ilişkilere gereğinden fazla karışmama hususu kastedilmektedir⁷.

B. KORUMA TEDBİRLERİNİN TÜRLERİ

Koruma tedbirleri belli başlıklar altında tasnif edilebilir.

Bunlar;

- Kişisel özgürlükleri etkileyen tedbirler (tutuklama, gözaltı, kefaletle salıverme)
 - Kişisel bütünlüğü etkileyen tedbirler (vücut üzerinde yapılan kan veya DNA testleri)
 - Mülkiyeti etkileyen tedbirler (elkoyma)
 - Mahremiyeti etkileyen tedbirler (arama, kişisel kayıtların incelenmesi, kişisel iletişimin dinlenmesi)
- olarak sınıflandırılabilir⁸.

⁶Centel/Zafer, s. 320; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 2; Hakeri/Ünver, s. 302.

⁷Juan Carlos Da Silva/Albrecht Strange/Fatih Birtek, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi-İletişimin Denetlenmesi Tedbiri Eğitim Modülü, Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Yayınevi, 2014, s.11.

⁸Centel/Zafer, s. 319.

C. KORUMA TEDBİRLERİNİN ORTAK ÖZELLİKLERİ

Bu özellikler; “kanuni dayanak bulunması, suç şüphelerinin belli bir yoğunlukta olması, oranlılık ilkesi, yetkili merci kararı, hükümden önce temel bir hakkı sınırlaması, geçici olması, gecikmede tehlike bulunması ve geçici olması başlıkları altında incelenebilir.

1. Kanuni Dayanak Bulunması

Koruma tedbirleri, insan haklarına ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerine bir müdahalede bulunduğu için, ancak yasalarda öngörülen durumlarda başvurulabilen bir yoldur. Yasa, yalnızca TBMM tarafından çıkarılan metinlerle sınırlıdır. Bu nedenle idarenin düzenleyici işlemleriyle kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale oluşturabilecek şekilde koruma tedbirlerinin uygulanabileceği haller düzenlenemez⁹. Ayrıca Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca uluslararası anlaşmalar da kanun ile denk sayılmaktadır. Bu nedenle uluslararası anlaşmalar ile de koruma tedbirlerinin uygulanabileceği haller düzenlenebilir¹⁰.

2. Suç Şüphesinin Belirli Bir Yoğunlukta Olması

A) Şüphe Kavramı

Şüphenin sözlük anlamı, "*zihnin birçok düşünce arasında bir tercih yapmasında duraksamasıdır*" şeklindedir¹¹. Diğer bir ifadeyle, iki kanıyı destekleyen nedenlerin eşit görünmesi sonucunda seçim yapılamaması durumuna "*şüphe*" denmektedir¹².

Şüphe ceza yargılamasının faaliyete geçmesi ve sonuca ulaşması için gereklidir.

⁹Arda Atakan, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması ve Sınırlamanın Sınırını Oluşturan Ölçütler, Yayınlanmamış Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul 2006, s. 4; Centel/Zafer, s. 320.

¹⁰Gökçen/Balci/Alşahin/Çakır, s. 5; Hakeri/Ünver, s. 305.

¹¹Şüphe iki anlama gelen bir sözcüktür. İlki, beynin çeşitli alternatifler arasında seçme yapma konusunda tereddüt etmesi, hangisinin doğru olduğunu kestirememesidir. İkincisi ise, bir şeyin olup olmadığı hakkında tereddüte düşmedir (Ferit Devellioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, İstanbul 1981, s. 402).

¹²Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/M. Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin F. Saygılar Kırıt/Özdem Özaydın/Esra Alan Akcan/Efser Erden, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2016 (10. Baskı), s. 438; Gökçen/Balci/Alşahin/Çakır, s. 6; Hakeri/Ünver, s. 304.

YCGK'nun 17.05.2011 tarihli, 2011/9-93 esas ve 2011/95 karar sayılı ilamında, şüphe kavramının önemi şu şekilde vurgulanmıştır. Karara konu olayda; sanık hakkında iletişimin denetlenmesi tedbiri verilmesi sonucunda terör örgütüne mensup kişi ile görüştüğü tespit edilmiştir. Ancak bu kişi yakalanamamıştır. Sanığın terör örgütüne yardım ettiği telefon görüşmelerinde tespit edilse de, sanık yardım yaptığını yargılama aşamasında kabul etmemiş ve örgüt tarafından tehdit edildiğini savunmuştur. Bu durumda denetim sonucunda elde edilen delilden başka bir delil elde edilemediğinden dolayı YCGK yardımın yapıldığına dair maddi kanıt ve tespit bulunamadığı gerekçesi ile kararı bozmuştur. Ayrıca kararda, ceza yargılamasının amacının suçluyu cezalandırmak olduğunu ancak kişi hakkında kamu davasını açacak derecede bir şüphenin olmaması durumunda soruşturmanın açılmayacağı vurgulanmıştır.

B) Şüphe Türleri

i. Basit Şüphe

Basit şüphe, soruşturma evresinin başlaması için gerekli şüphe türüdür¹³. Doktrinde “başlangıç şüphesi” olarak da adlandırılır¹⁴. Nitekim hukukumuzda basit şüpheye CMK'nın 160. maddesindeki, Cumhuriyet savcısının ihbar yoluyla veya farklı bir yöntemle basit de olsa bir suçun işlendiği şüphesinde bulunması durumunda, vakit geçirmeden bu konuyu araştıracağı ve araştırması sonucunda kamu davası açılıp açılmayacağı yönünde karar vermesi gerektiği düzenlemesi örnek gösterilebilir¹⁵.

¹³Mesut Bedri Eryılmaz, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 44; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 7.

¹⁴Centel/Zafer, s. 80; Hakeri/Ünver, s. 304.

¹⁵“...Soruşturmayı başlatmaya yetebilecek nitelikte olması gereken ve **basit şüphe** de denilen başlangıç şüphesi, 5271 Sayılı C.M.K.nun 160. maddesinin 1. fıkrasında "bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hal" şeklinde ifade edilmiştir. Başlangıç şüphesinin, dayandığı deliller basit, diğer aşamalarda elde edilebilecek delillere göre yetersiz ve/veya sayıca az olmakla birlikte en azından belirti düzeyinde delillere dayanıyor olması ve bir suçun işlendiği yolunda akla ve mantığa uygun bir şüphe ortaya koyması gerekmektedir. Bu bakımdan somut olaylara dayanmayan, soyut iddia ve tahminler başlangıç şüphesi olarak kabul edilemeyecek, buna karşılık başlangıç şüphesinin belirli bir kişiye yönelmesi de gerekmeyecektir. Ortada bu nitelikte bir şüphe yokken ceza muhakemesi soruşturmasının başlatılması ve koruma tedbirlerine müraaat edilmesi halinde, bu işlemin kaynağı hukuki olmayacağından keyfîlik olarak değerlendirilmesi söz konusu olacaktır” (Y. CGK., 2013/9-841E., 2014/513K., 25.11.2014 T., <http://www.kazanci.com>, e.t: 05.10.2017).

ii. Makul Şüpheler

01.06.2005 tarihli Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 6. maddesinde makul şüpheler kavramı tanımlanmıştır. Bu yönetmeliğe göre makul şüpheler, *"kişinin yaşadığı olaylar neticesinde tepki olarak gösterdiği ve hayatın olağan akışına uygun şekilde hissedilen şüpheler"* dir. Tabii bu şüphelerin var olan birtakım kanıtlara dayanması gerekir¹⁶.

Hukukumuzda makul şüphelere dayanılarak bir işlem yapılmasına örnek olarak CMK'nın 116. maddesi gösterilebilir¹⁷. Bu maddede; şüpheli veya sanığın yakalanması ya da suçunu işlediği yönünde delil elde edilmesi yönünde makul şüphelerin varlığı halinde şüpheli/sanığın üstünün, eşyasının, konutunun, işyerinin veya ona ait diğer yerlerin aranabileceği ifade edilmiştir¹⁸.

iii. Yeterli Şüpheler

Yeterli şüpheler, şüphelinin beraat etme ihtimaline nazaran mahkûm olma ihtimalinin daha yüksek olması durumudur¹⁹.

Hukukumuzda yeterli şüphelere dayanarak bir işlem yapılmasına örnek olarak CMK'nın 170. maddesinin ikinci fıkrası gösterilebilir. Bu maddede; *"Cumhuriyet savcısı bir suçun işlendiği düşüncesi ile soruşturma işlemlerine başladıktan ve bu işlemleri sonuçlandırdıktan sonra şüphelinin suçunu işlediği yönünde kanaat oluşturması, yani yeterli şüphelerin mevcudiyeti halinde iddianame düzenler"*

¹⁶Centel/Zafer, s. 83; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 9.

¹⁷ PYSK ek mad. 6/8'de, olay yeri dışında kalan ve o suçla ilişkin delil elde edebileceği yönünde kuvvetli şüpheler sebebi bulunan konut, iş yeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda yapılacak işlemler için CMK'nın arama ve el koymaya ilişkin hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür. 5681 sayılı yasa ile PYSK'da yapılan değişiklikle aranacak yerde delilin bulunduğu dair şüpheler, makul şüpheler seviyesinden kuvvetli şüpheler seviyesine yükseltilmiştir (RG. 14.06.2007 gün, 26552 nolu).

¹⁸ "...CMK'nun 116. maddesinin suç tarihinde yürürlükte bulunan haline göre şüpheli veya sanıkla ilgili yapılacak aramalarda arama sonunda şüpheli veya sanığın yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüpheler bulunmalıdır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 6. maddesine göre makul şüpheler; hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphelerdir. Aramanın kişi hak ve özgürlüklerine ciddi boyutta bir müdahale olduğu göz önüne alındığında makul şüphelerde, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması ve belirtilen konularda şüphelerin somut olgulara dayanması şarttır. Başka bir anlatımla, arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut olmalıdır" YCGK., 2016/20-361E., 2016/20-36 E., 2017/139 K., 14.03.2017 T., <http://www.kazanci.com>, e.t: 05.10.2017).

¹⁹Centel/Zafer, s. 83; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 11; Hakeri/Ünver, s. 305.

denilmek suretiyle kamu davasının açılması için yeterli şüphenin mevcudiyeti aranmıştır²⁰.

iv. Kuvvetli Şüphe

Yeterli şüpheyeye oranla daha fazla yoğunluğa sahip şüphe türüdür. Sanığın suçu işlediğinin kuvvetle muhtemel olması halidir²¹. Başka bir deyişle, mevcut delillere göre, yapılacak muhakeme sonunda sanığın mahkûm olma ihtimali kuvvetle muhtemel ise “kuvvetli şüphe”den bahsedilir²². CMK’nın 74/1, 100/1, 128/1, 133/1, 135/1, 139/1 ve 140/1. maddelerinde düzenlenen koruma tedbirlerine başvurulması için kuvvetli şüphe aranır.

v. İletişimin Denetlenmesi Kararı Verilebilmesi İçin Gerekli Şüphe

İletişimin denetlenmesi koruma tedbirine başvurulabilmesi için, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı aranır²³.

Kanun koyucu tutuklama, adli kontrol gibi koruma tedbirleri için “kuvvetli suç şüphesinin varlığı”nı aramışken iletişimin denetlenmesi için “kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı”nı aramıştır.

Kuvvetli şüphe sebeplerinden anlaşılması gereken, basit bir başlangıç şüphesinden daha yoğun fakat yeterli ya da kuvvetli şüphe derecesine ulaşma zorunluluğu bulunmayan şüphe derecesidir²⁴.

²⁰Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 11.

²¹Centel/Zafer, s. 83.

²²Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 11.

²³Yargıtay’ın kararlarında da iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için kuvvetli şüphenin bulunması gerektiği sık sık vurgulanmaktadır; “Sanığın silah ticareti yaptığı konusundaki **kuvvetli şüphe** üzerine usulüne uygun olarak verilen iletişimin tespiti kararlarına istinaden yapılan iletişim tespitlerinde sanığın; 03.10.2007 tarihinde ... ile, 13.10.2007 tarihinde ... ile 19.10.2007 tarihinde ... isimli şahısla, 26.10.2007 tarihinde ... ile 31.10.2007 tarihinde ... ile 04.01.2008 tarihinde ... ile 31.01.2008 tarihinde ... isimli şahısla 15-17.02.2008 tarihinde ...’la yapılan görüşme içeriklerinde açık ya da kapalı şekilde tabancalardan bahsedildiği ve tüm görüşmelerde görüşme yapan kişilerin sanıktan silah talep ettiklerinin anlaşıldığı birçoğuna olumlu yanıt verip buluşma yer ve saati verdiği, evinde yapılan aramada kuru-sıkı tabir edilen tabanca ele geçtiği” (Y. 8. C.D, 2016/7595 E.,2017/10275 K., 25.09.2017).

²⁴Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 176.

Bu tedbire başvurulması için objektif olarak tespit edilmiş olaylar, vakalar ve haricen algılanabilir olaylar bulunmalıdır. Bu olaylar, bunu izleyen kişide hayat tecrübesine ve kriminalistik tecrübelerine göre, suç işlendiği duygusunu oluşturmalıdır²⁵.

3. Oranlılık İlkesi

Her ne kadar oranlılık ilkesinin kökeni anayasa hukukuna dayansa da, bu ilke pek çok alanla birlikte Ceza Muhakemesi Hukuku açısından da bir önem teşkil etmektedir.

Oranlılık ilkesi, AB Lizbon Antlaşması'nın iki numaralı ek protokolünde tanımlanmış ve bu ilkenin tüm AB kurumlarında uygulanacağı yönünde alınan karar ile uluslararası alanda önemini ve yerini göstermiştir²⁶.

Oranlılık ilkesi koruma tedbirleri bakımından, tedbire karar verme neticesinde elde edilecek yarar ile tedbir sonucunda ortaya çıkacak zarar arasında bir ölçünün olmasını ifade eder. Bazı hallerde bu ölçüyü kanun koyucunun kendisi koyar²⁷. Örneğin; CMK'nın 100. maddesinin dördüncü fıkrasına göre; *“sadece adli para cezasını gerektiren suçlarda veya vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenenler hariç olmak üzere hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez”* denilmektedir.

Oranlılık bir yandan aynı amaca hizmet eden tedbirlerden hangisinin uygulanacağına belirlenmesi bakımından bir yandan da tedbirin ne şekilde, ne kadar süre ve ne yoğunlukta uygulanacağı bakımında belirleyici bir ölçüttür²⁸.

4. Yetkili Merci Kararı

Koruma tedbiri kararını kural olarak hâkim verir. Bununla birlikte gecikmesinde sakınca bulunan hallerde birçok koruma tedbirine savcının veya kolluk amirinin karar vermesi de mümkün olabilir (CMK mad. 127).

²⁵ Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku (4. Baskı), Seçkin Yayınevi, İstanbul 2016, s.177; Centel/Zafer, s. 422; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 173; Hakeri/Ünver, s. 305.

²⁶ Orantılılık ilkesinin kökeni XIX. y.y'da Prusya Yüksek İdare Mahkemesinin polis hukuku alanında verdiği kararlara dayanmaktadır. Jellinek, bu ilkeyi “polis bir kırlangıcı topla vurmamalıdır” ifadesiyle anlatmıştır (Atakan, s. 41).

²⁷ Centel/Zafer, s. 322; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 18; Hakeri/Ünver, s. 307.

²⁸ Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 17.

5. Hükümden Önce Temel Bir Hakkı Sınırlaması

Koruma tedbirlerinin en temel özelliklerinden birinin kanunilik ilkesi olmasının sebebi, kesin hükümden önce bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahalede bulunmasıdır.

Devletin bu temel haklara müdahale etmesinin sebebi, şüpheli ya da sanıkların işledikleri suçun aydınlatılmasının, ispatlanmasının mümkün olabilmesidir²⁹.

Koruma tedbirleri vasıtasıyla Anayasada düzenlenen temel haklarda oluşabilecek sınırlamanın orantılılık ilkesine uygun olarak yapılması gerekir.

6. Gecikmede Tehlike Bulunması

Koruma tedbirinin derhal uygulanmaması halinde tedbirden beklenen faydanın elde edilemeyerek ceza muhakemesinin ilerlemesi gereken şekilde ve amacına uygun biçimde yapılamayacak olması durumunda sakıncanın varlığından bahsedilir. Başka bir anlatımla, gecikmede tehlike ile maddi gerçeğe ulaşılamayacak, deliller elde edilemeyecek ve neticede kararın yerine getirilmesi mümkün olmayacaktır³⁰.

Her olayda gecikmede sakıncanın var olup olmadığı, olayın durumuna göre karar vermeye yetkili yargı mercileri tarafından tespit edilmelidir. Kanunda bu durum hakkında bir ölçü bulunabilir. Örneğin, CMK'da belirli suçların işlendiği konusunda kuvvetli şüphenin varlığı halinde tutuklama nedeni varsayılır (CMK mad.100)³¹.

Gecikmede tehlike, soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısının tedbire karar verdiği hallerde, yargı makamına (sulh ceza hâkimi) başvurulup karar alınmasının o tedbiri uygulanamaz bir hale getirmesini veya tedbirden beklenen yararın sağlanamayacak olmasını ifade eder. Bu tip koruma tedbirlerinden gecikmede tehlike olma-

²⁹ **Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır**, s. 12.

³⁰ **Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır**, s. 14.

³¹ **Erdener Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, Erdener Yurtcan Yayınevi, İstanbul 2007 (12. Baskı), s. 323; **Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır**, s. 18; **Hakeri/Ünver**, s. 306.

dan tedbire başvurulması, tedbiri ve o tedbirle elde edilen delilleri hukuka aykırı hale getirir³².

7. Geçici Olması

Koruma tedbirleri nitelik olarak geçicidir. Nihai hüküm kesinleşinceye kadar devam edebilirler.

Örneğin gözaltı, en yakın sulh ceza hâkimine götürülmek için gerekli süre hariç en çok yirmi dört saat sürebilir. Yol süresi ise, on iki saatle sınırlandırılmıştır (CMK mad. 91/1). Tutuklama, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde en çok bir yıl sürebilir. Bu sürenin, zorunlu hallerde gerekçe gösterilerek altı ay daha uzatılması mümkündür. Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Zorunlu hallerde bu sürenin gerekçeli olarak uzatılması mümkündür. Ancak uzatma süresi toplamı üç yılı geçemez (CMK mad. 102/1-2).

II. İLETİŞİMİN TESPİTİ, DİNLENMESİ ve KAYDA ALINMASI HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. KAVRAM

1. Tanım

14.02.2007 tarih ve 26434 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan “Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”te söz konusu koruma tedbirinin uygulanmasına ilişkin usul düzenlenmişti. Ancak Danıştay 10. Dairesi 9/3/2017 tarihli, 2012/1001

³² Yargıtay CGK'nın gecikmede sakınca bulunması durumunun varlığının tespitine ilişkin 2009 tarihli bir kararında; “...Gecikmede sakınca bulunduğundan söz edebilmek için de, ilgilinin hakime başvurup karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi halinde o tedbirin uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması halinde dahi beklenen faydayı vermemesi söz konusu olmalıdır....Dosya içeriğinde de gerçekleştirilen arama için hakim kararı alınmasının gecikme yaratacağını ve bunun da sakınca doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır” (YCGK 2009/160 E., 2009/264 K., 17.11.2009 T).

Esas ve 2017/1361 Karar sayılı ilamı ile söz konusu 33 maddelik yönetmeliğin tamamını hukuka aykırı olması sebebiyle iptal etmiştir. İptal kararının gerekçesinde; Adalet Bakanlığının iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme koruma tedbirlerine ilişkin düzenleme yapma yetkisinin bulunmadığına işaret edilmiştir. Zira mahkemelerin yargılama faaliyeti içinde yer alan usul konusunun, idare alanın dışında kaldığı ve yasa konusu olduğu anlatılan kararda, kanun koyucunun düzenleme yapma yetkisi vermediği hususların idare tarafından düzenlenmesinin, yargı yetkisinin idare tarafından kullanılması anlamına geleceği, bu durumda “fonksiyon gaspı” olduğu belirtilmiştir.

Diğer bir ifadeyle, CMK'nın 135 ila 140. maddelerinde düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme konularında Adalet Bakanlığının düzenleme yetkisi olmadığından yönetmeliğin tamamı yetki unsuru yönünden hukuka aykırı olması sebebiyle iptal edilmiştir³³.

İptal edilen bu yönetmelikte CMK'da bulunan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve bazı diğer koruma tedbirlerinin uygulanması amacıyla ilgili makamlardan talepte bulunulması, karar alınması ve tedbirin uygulanmasında uyulacak usul ve esaslara değinilmişti³⁴.

Nitekim söz konusu yönetmeliğin 4. maddesinde bazı kavramların ve tedbirlerin tanımları yapılmıştı.

Çalışmamız bakımından önem arz eden bu tanımlar şöyledir:

"Başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması hâli: Soruşturma veya kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı veya başka yöntemlerden biri veya birkaçının

³³<http://www.ankara.adalet.gov.tr/sayfalar/duyuru/egitim-sosyal-isler/vekilleryazisi.pdf>, e.t:

15.10.2017

³⁴ Centel/Zafer, s. 417; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 163; Hakeri/Ünver, s. 429; Seyfi Bulduk, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Adli ve Önleme Amaçlı Olarak Denetlenmesi, Ankara 2015, s. 7; Necati Meran, Ceza ve Hukuk Davalarında Yasak Delil İletişimin Denetlenmesi & Gizli Soruşturmacı ve Teknik Takibin Hukuki Boyutu, Ankara 2015, s. 2; Ahmet Ataman, Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, Ankara 2016, s. 7.

uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi ve delillere ancak bu Yönetmelikte düzenlenen tedbirlerle ulaşılabilecek olmasını,

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

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

Sinyal bilgisi: Bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi,

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

ifade etmektedir³⁵.

2. Terim

Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi, CMK'nın 135. maddesinde düzenlenmiştir³⁶.

Söz konusu tedbirin uygulanabilmesi için suç işlendiği şüphesi ile başlatılan soruşturma veya kovuşturma aşamasında, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin var olması gerekir. Ayrıca bu yeterli olmayıp başka türlü delil elde etme imkânının da bulunmaması gerekmektedir. Ancak bu iki halin gerçekleşmesi durumunda söz konusu tedbire başvurulabilir³⁷.

³⁵Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 165-168; Hakeri/Ünver, s. 429; Mehmet Murat Yardımcı, Amerika Birleşik Devletleri Hukuku, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları ve Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 181.

Yasin Sezer/Ali İhsan İpek/Engin Parlak, Temmuz 2012 Değişiklikleriyle, Adli ve Önlem Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Gizli Soruşturmacı, Teknik Araçlarla İzleme, Eylül 2012, s. 76; Bulduk, s. 10-14; Meran, s. 3; Ataman, s. 7.

³⁶Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 163; Centel/Zafer, s. 417; Hakeri/Ünver, s. 411.

³⁷Centel/Zafer, s. 417; Meran, s. 4; Sezer/İpek/Parlak, s. 76; Yardımcı, s. 179; Ataman, s. 8.

İletişimin denetlenmesi koruma tedbirine hâkim karar verir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı da bu tedbire karar verebilmektedir.

Kanunda iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi olarak adlandırılmış olan koruma tedbiri doktrinde farklı şekillerde ifade edilmiştir. Bunlara bakacak olursak; “*iletişimin dinlenmesi*”³⁸, “*haberleşme araçlarının dinlemeye alınması*”³⁹, “*iletişimin izlenmesi*”⁴⁰, “*elektronik takip*”⁴¹, “*telefon konuşmalarının koruma tedbiri olarak gizli dinlenmesi*”⁴², “*uzakla haberleşmenin kontrol edilmesi*”⁴³, “*telekomünikasyon araçlarıyla yapılan haberleşmenin denetlenmesi*”⁴⁴, “*uzakla yapılan haberleşmenin denetlenmesi*”⁴⁵, “*haberleşmenin dinlenmesi*”⁴⁶, “*telefon, faks, teleks, bilgisayar gibi araçlarla yapılan haberleşmenin gizlice denetlenmesi*”⁴⁷, “*telefon, faks, teleks, bilgisayar gibi araçlarla yapılan haberleşmenin denetlenmesi*”⁴⁸, “*telefon dinleme*”⁴⁹ şeklinde ifadeler kullanıldığını görürüz. Biz çalışmamızda “*iletişimin denetlenmesi*” tedbirini kullanacağız.

İletişimin adli amaçlı dinlenmesi ile önleyici amaçlı dinlenmesi birbirinden farklıdır. Önleyici amaçlı dinleme, adından da anlaşılacağı üzere suçun işlenmesinden önce suçun işlenmesinin önlenmesi ve istihbarat amacıyla

³⁸**Nurullah Kunter/Feridun Yenisey**, Arama, Elkoyma ve İletişimin Denetlenmesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2010, s. 110.

³⁹**Erdener Yurtcan**, s. 370.

⁴⁰**Sulhi Dönmezer**, Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 Sayılı Kanunla Kabul Edilen Koruma Tedbirleri, İzmir 2000, s. 268.

⁴¹**Aytekin Geleri/Hakan İleri**, Organize Suçlarla Mücadelede Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 102.

⁴²**Öztekin Tosun**, Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.41, 1976, s. 85 vd.

⁴³**Feridun Yenisey**, Hazırlık Soruşturması ve Polis, Beta Basım Yayın, İstanbul 1987, s. 138.

⁴⁴**Bahri Öztürk/M. Ruhan Erdem/Veli Özer Özbek**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000 (5. Bası), s. 629.

⁴⁵**Ahmet Gökçen**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara 1994, s. 188.

⁴⁶**Erol Cihan/Feridun Yenisey**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 1997 (2.Bası), s. 258.

⁴⁷**Bahri Öztürk**, Delil Yasakları, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995, s. 60.

⁴⁸**Adem Sözüer**, Türkiye'de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzer Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LV, S. 3, 1997, s. 65 vd.

⁴⁹**Centel/Zafer**, s. 268.

denetlemedir. Bu dinleme çeşidi, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun Ek-7, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanununun Ek-5 ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 6. maddesi hükümleri ile düzenlenmiştir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan adli amaçlı dinleme ise 5271 sayılı CMK'nın 135 ila 138. maddelerinde düzenlenmiştir.

İletişimin önleme amaçlı olarak denetlenmesi sonucunda ortaya çıkan ve dinleme amacının kapsamında olmayan bilgilerin, tedbirin sonlandırılmasından itibaren en geç 10 gün içerisinde yok edilmesi gerekir (PVSK mad. 7).

Söz konusu işlemler tedbir talebinde bulunan kurumların en üst amirleri, kayıtların Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nda (BTK) tutulması durumunda Başkanın denetimi altında yok edilir. Denetleme sonucunda ortaya çıkan bilgiler tedbir süresinin bitiminden sonra dahi haberleşme özgürlüğü, özel hayatın gizliliği ve soruşturmanın gizliliği gereği gizli tutulur⁵⁰.

B. KONUYLA İLGİLİ DİĞER KAVRAMLAR

1. İletişim

İletişim kavramı, teknolojiye bağlı ilerlemelerin ortaya çıkardığı veya çıkaracağı haberleşme vasıtalarının tümünü kapsar. Bu bağlamda iletişim; bilgisayar, faks, telefon ile bilgisayar ya da benzeri kablolu kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle tek yönlü sistemler vasıtasıyla sinyal, yazı, ses ve haberlerin iletilmesi olarak ele alınır⁵¹.

En geniş ifadeyle iletişim; davranış, ifade, bilgi, fikir ve inançların aynı sembol biçimleri vasıtası ile kişi ya da topluluklar arasında takas edilmesidir⁵². Kişiler tek başlarına yaşayamayacağı için, diğer insanlarla sürekli iletişim halindedir. Bu iletişim, yüz yüze veya teknolojik imkânlar vasıtasıyla yapılmaktadır.

⁵⁰**Burak Cenk İlhan**, Türkiye'de Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 14, 2013, s. 771.

⁵¹**Nurullah Kunter/Feridun Yenisey**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2003, s. 638; **Hakeri/Ünver**, s. 412; **Seydi Kaymaz**, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 51.

⁵²**Kayhan İçel**, "Kitle Haberleşme Hukuku", İstanbul 2007, s. 4.

Son olarak TDK'ya göre iletişim; “*duygu, fikir ya da bilgilerin akla uygun her türlü vasıtayla diğer kişilere bildirilmesini sağlayan haberleşme*” dir⁵³.

2. Telekomünikasyon

Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin⁵⁴ 4. maddesinde telekomünikasyon kavramı tanımlanmıştır.

Buna göre telekomünikasyon; işaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletişim kaynakları aracılığıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını ifade etmektedir.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi kavramından ise; herhangi bir vasıta aracılığıyla yapılan her türlü iletişimin dinlenmesi, izlenmesi, kayda alınması, tespiti sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi anlaşılır. Kanun koyucu, hangi araçlarla yapılan iletişimin denetlenebileceğini açıkça saymayıp, günümüzde öngöremediğimiz ya da gelecekte ortaya çıkabilecek tüm iletişim araçlarını bu kapsamda ele almıştır⁵⁵.

İletişimin denetlenmesi, telekomünikasyon vasıtasıyla yapılan her türlü iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, işlemlerini barındıran bir üst kavram olarak ele alınır. Bu nedenle iletişimin denetlenmesi tedbiri her türlü faks, telefon, telefaks, telsiz, telgraf ve internet gibi iletişim vasıtalarını kapsamasına rağmen, toplumda çoğunlukla telefon dinlemesi olarak algılanmakta olup, tartışmalar bu yönde yapılmaktadır⁵⁶.

Günümüzde faks ve telsiz gibi iletişim vasıtaları sınırlı kullanılırken, sabit telefon ve cep telefonları neredeyse herkes tarafından kullanılmaktadır. İletişimin ço-

⁵³<http://www.tdkterim.gov.tr>, e.t: 14/08/2010.

⁵⁴10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı yönetmeliğin tanımlar başlıklı üçüncü maddesinin (l) bendi ile 04.01.2007 tarih ve 26434 sayılı yönetmeliğin tanımlar başlıklı 4. maddesinin (j) bendinde tanımlanmıştır.

⁵⁵**Ramazan Keklik**, *Ceza Yargılamasında İletişimin Denetlenmesi*, Adalet Dergisi, Mayıs 2006, s. 228; **Yardımcı**, s. 178.

⁵⁶**Kaymaz**, s. 51; **Bulduk**, s. 8; **Ataman**, s. 36.

ğunlukla telefon aracılığıyla yapılması sebebiyle, CMK'nın 135. maddesindeki bu tedbir uygulamada sabit telefonlar ve cep telefonları üzerine yoğunlaşmıştır.

Telefon dinleme, telefon vasıtasıyla gerçekleştirilen haberleşmenin teknik araçlarla dinlenmesi ve kaydedilmesidir⁵⁷. İletişimin denetlenmesi ise, bir iletişim aracıyla yapılan her türlü haberleşmenin gizlice dinlenmesi, ulaşılan veri ya da bilgilerin kaydedilmesi ve değerlendirilmesidir. Bu nedenle telefon dinleme kavramı, teknolojinin gelişmesiyle çeşitlenen iletişim araçlarını ifade etmekte yetersiz kalmaktadır⁵⁸.

3. Veri Taşıyıcı

İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile gizli soruşturmacı ya da teknik araçlarla izleme tedbirlerinin uygulanması sonucu elde edilen ses ve bilgilerin kaydedildiği araçlar veri taşıyıcısı olarak adlandırılır⁵⁹.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi demek; herhangi bir iletişim aracıyla yapılan her türlü haberleşmenin gizlice dinlenmesi, izlenmesi ve buradan elde edilen bilgilerin kaydedilmesi anlamına gelir⁶⁰.

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının 2006, 2007 ve 2008 yıllarındaki faaliyet ve işlemlerinin denetlenmesine ilişkin Devlet Denetleme Kurumu'nun raporunda, telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin denetlenmesi; *"yasada belirlenmiş belirli suçların işlenmesinin önlenmesi veya suçluların tespiti amacıyla yapılan (sabit telefon, cep telefonu, internet, uydu vb.) iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemleri"* şeklinde tanımlanmıştır⁶¹.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, bu koruma tedbirinin tam olarak anlaşılmasını ve amacının gerçekleştirilmesini sağlayan bir kavram-

⁵⁷**Aytekin Geleri**, "Organize Suçlarla Mücadelede Elektronik Takip'in Rolü, Avrupa Birliği Sürecinde Türk Polisi", Polis Akademisi Seminer, Konferans, Sempozyum Bildirileri Dizisi: 4, Ankara 1996, s. 7.

⁵⁸**Bulduk**, s. 10; **Yardımcı**, s. 179.

⁵⁹**Meran**, s.4; **Mustafa Taşkın**, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2008. s. 39; **Ataman**, s. 39.

⁶⁰**Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 25; **Yardımcı**, s. 179; **Meran**, s. 5; **Bulduk**, s. 10.

⁶¹Devlet Denetleme Kurumu'nun, "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının 2006-2007 ve 2008 Yılları Faaliyet ve İşlemlerinin Denetlenmesi Raporu" <http://www.tcgb.gov.tr/ddk/ddk34.pdf>,s.4, e.t: 13/09/2010).

dır. Çünkü iletişim yalnızca telefon vasıtasıyla gerçekleştirilmediğinden, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kavramı ile bu sınır belirlenmektedir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin CMK'daki madde başlığı, "iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması" şeklindedir. Bu durumda söz konusu tedbirin iletişim araçları üzerindeki uygulama alanının daha geniş mi yoksa daha dar mı olduğunun öncelikle belirlenmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle iletişim kavramının, hangi iletişim araçlarını kapsadığının belirlenmesi gerekir⁶².

Mukayeseli hukuka baktığımda söz konusu koruma tedbirinin Alman hukukundaki düzenlemesinin başlığının, ilgili kanununun 100/a maddesinde "haberleşmenin denetlenmesi" olduğu görülmektedir. Anlaşıldığı üzere Alman hukukunda "haberleşme" kavramı kullanılarak söz konusu koruma tedbiri çok geniş bir alana yayılmıştır. Ancak hukukumuzda posta ya da kargo yoluyla yapılan haberleşme ile bir karışıklığa sebebiyet vermemesi açısından CMK mad. 135'in başlığında "iletişim" kavramı tercih edilmiştir.

Ayrıca iletişim vasıtalarının tamamına bu koruma tedbirinin uygulanmasını engellemek amacıyla CMK mad. 135'in madde başlığında "telekomünikasyon" kavramı kullanılmıştır. Böylelikle "iletişim" kavramı kullanılarak söz konusu koruma tedbirinin uygulama alanı genişletilirken, "telekomünikasyon" kavramı ile de uygulama alanı daraltılmıştır. Buradan hareketle, klasik posta dışındaki her türlü iletişim, elektronik posta, faks vs gibi haberleşme araçları telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamında olduğunu söylemek mümkündür⁶³.

Bugün artık, iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine konu olan araçlar yalnızca telefondan ibaret görülmemektedir. Telefon dinleme veya gizli dinleme kavramı, gelişen teknoloji ile dinlenen verilerin kayda alınması ve iletişim araçlarının bu-

⁶²Bulduk, s. 10; Ataman, s. 40.

⁶³Hakan Hakeri, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması", http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=16&Itemid=35, s. 3, e.t: 28/07/2010.

lunmadığı durumlarda da ortam dinleme olarak tabir edilen dinlemenin gizli dinlemenin kapsamına girmesi durumunu oluşturmuştur. Yüz yüze yapılan görüşmelerin de haberleşmenin denetlenmesi tanımına dâhil olduğu düşünülmektedir. İletişimin denetlenmesine ilişkin ileri sürülen tüm bu yorumlar, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması bakımından da geçerli görülmektedir. İki kişi arasında herhangi haberleşme aracı olmaksızın yapılan görüşmeler de iletişim tanımına dâhil görülmektedir. Ancak iletişimin denetlenmesinden aynı yerde bulunmayan iki kişi arasında telefon, faks, teleks gibi araçların kullanılması ile gerçekleştirilen iletişim anlaşılmalıdır.

İletişimin denetlenmesi, öneme haiz ve etkin bir suçla mücadele yöntemi olarak görülmektedir. Dünya genelinde de yasal ölçüleri dâhilinde birçok istihbarat ve güvenlik kuruluşu tarafından kullanılmaktadır. Fakat uygulamaların her zaman kanun çerçevesinde kaldığını söylemek doğru olmayacaktır. Uygulamaların kamu görevlisi kişiler yahut yasadışı bir takım örgütler tarafından yasaya aykırı olarak gerçekleştirilmesi ile de zaman zaman karşılaşılmaktadır⁶⁴.

Gerek cumhuriyet savcılıklarınca yapılan bir soruşturmada gerekse suç işlenmesinin önlenmesi amacı ile; abone ismi, abone adresi, abone kimlik bilgileri, telefon numarası, Imei⁶⁵ sorgusu veya eşleştirilmesi, İp sorgusu bilgileri, telefonun açık olup olmadığı bilgisi, kontör kartları bilgisi ve eşleştirmesi, sim kart bilgisi ve eşleştirmesi, imsi bilgisi, puk numarası bilgisi, roaming bilgisi, vs. verilerin istenmesi mümkündür. Bu durum Cumhuriyet savcılarının ve kolluk görevlilerinin genel bilgi isteme ve alma yetkileri dâhilindedir. Bu konuda Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın herhangi bir görevi ve yetkisi bulunmamaktadır. Konuya ilişkin önemli bir düzenleme olan, Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nun (PVSK) ek 7 nci mad-

⁶⁴Geleri, s. 6.

⁶⁵Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın <http://www.tib.gov.tr/kat/sssa> , (26 Temmuz 2010), internet sitesinde; "IMEI (International Mobil Equipment Identity), uluslararası mobil cihaz kimliği olarak tanımlanmakta olup, 15 basamaklı bir rakamla temsil olunur. Tüm mobil cihazlar, üreticisi tarafından herbir cihaza münhasır 15 basamaklı bir IMEI kodu ile piyasaya sürülmektedir. IMEI numarasının ilk sekiz rakamı üretici firmayı belirten "typeallocationcode" olarak sonraki altı rakamı cihazın seri numarasını belirten "serial number" olarak tanımlanmaktadır. IMEI numarasının 15 inci rakamı ise kontrol basamağı "checkdigit" denilen ilk 14 rakamla oluşturulan algoritmanın orijinallliğini kontrol etmektedir. IMEI kullanım bilgisi; iletişimin tespiti bilgilerini (arama, aranma, yer bilgisi) içermemektedir. IMEI kullanım bilgisi; GSM hattının kullandığı IMEI numara bilgisi, IMEI cihazı ile kullanılan GSM hat numaraları, Abonelik bilgileri, IMEI numarasını kullanan hatların tarih ve saat esash kullanım ayrıntıları, GSM hattı ile IMEI cihaz kullanım eşleştirmesine ilişkin bilgileri kapsamaktadır (Geleri, s. 6).

desinin 6 ncı fıkrasında; “ayrıca kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerinden yararlanabilmek için gerekçesini de göstermek suretiyle yazılı talepte bulunulabilir. Bu kurum ve kuruluşların kanuni sebeplerle veya ticari sır gerekçesiyle bu bilgi ve belgeleri vermemeleri halinde ancak hâkim kararı ile bu bilgi ve belgelerden yararlanılabilir” denilmektedir. Bu hükme, benzer düzenleme Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Kanunu’nu (JTGYK) ve 2937 sayılı Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu’nda da mevcuttur⁶⁶.

5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’la 2259 sayılı kanunda önleme amaçlı iletişimin dinlenilmesi kurumu düzenlenirken, istihbarat kurumlarına verilmiş olan yetkiden bahsedilmektedir. Bu noktada, tanımlanmayan istihbaratın da tanımlanması gerekli görülmektedir. Öyle ki, yasalar değişen teknoloji ve hayat şartları içerisinde günlük ihtiyaçları karşılayabilmek adına yenilenmekte, dün bir karşılığı olmadığı düşünülen hususlar bugün ciddi öneme sahip olabilmektedir. İstihbarat tanımının yapılması gereğinin yanı sıra, istihbaratın muhatapları olan terörün, organize suç örgütlerinin ve yabancı devletlerin ülkemizdeki gizli servislerinin ne ifade ettiğinin anlaşılması gerekmektedir. Bahsedilen suç örgütlerinin ortaya çıkarılması amacıyla yasa koyucu, istihbarat organlarına 5397 sayılı Kanun ile verilen yetkilerin yeterli yahut özgürlükleri kısıtlaması bakımından aşırı olup olmadığı sorusu ile yasayla korunmaya çalışılan değerlerin beraberce muhakeme edilmesi uygun olacaktır. Bir yandan özgürlükler, diğer yandan ise güvenlik ön plana alınarak denetimler savunulurken, bu iki kutbun dünyadaki karşılığı ile ülkemizdeki yaşayışa uygunluğunun değerlendirmesinin iyi yapılması gerekmektedir.

4. Terör

Doktrin ve uygulamada “terör” ya da terörizmin net bir tanımı yapılmamaktadır. Ancak terörün, siyasal, dinsel ve/veya ekonomik hedeflere ulaşabilmek gayesiyle sivilere; resmi, yerel ve genel yönetimlere yönelik baskı, yıldırma ve her türlü şiddet

⁶⁶Taşkın, s. 195.

içeren yolun kullanımı olduğu görülmektedir⁶⁷. Ayrıca terör uygulayan organize gruplara terör örgütü; terör uygulayan şahıslara ise terörist denildiği bilinmektedir⁶⁸.

Türk Dil Kurumu “terör” kavramını; “*yıldırma, cana kıyma ve malı yakıp yıkma, korkutma, tedhiş*” olarak tanımlamaktadır⁶⁹.

Terör, devletlere karşı bir düşmandan ziyade, tanımdan da anlaşılacağı üzere, başka hesapların arka plandaki organı, bir araç olarak kullanılmaktadır. Ancak bu aracı kullanan düşmanlar da, gerçekleştirilen faaliyetler aracılığıyla kendileri hakkında pek çok şeyi ortaya koymaktadır. Örgütlerin eylemlerine bakıldığında ne kadar zalimane davranışları olduğu görülmekle birlikte, taktik ve stratejilerinin ne olduğu hakkında da fikir edinilebilmektedir. Gelişmiş demokrasilerin, terör örgütleri bakımından daha rahat hareket edilebilecek sahalarda olduğu görülmektedir. Özgürlüklerin artırıldığı ortamlar, terörist eylemler için daha hızlı ve rahat hareket edebilmeye olanak sağlar.

Terör ile mücadele edebilmenin yolu önem taşımaktadır. Zira örgütün kuruluşu, örgütün kimler aracılığı ile kurulduğu, örgüt potansiyeli itibariyle kimlerin örgüt üyesi olarak seçildiği, örgüte adam kazanma yollarının neler olduğu, eylemlerde seçilen hedefler ve bu hedeflerin belirlenmesi, eylemlerde kullanılan bomba, silah çeşidi, menşei, el yapımı yahut ses bombası olması, eylemlerin ne zaman gerçekleştirildiği, örgütün gündemlerinden politikalarına kadar her bir parametrenin tespit edilerek birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Gayet tabidir ki, bu bilgilere yalnızca açık kaynaklar üzerinden ulaşılamamaktadır ve bu veriler açık kaynaklar aracılığıyla anlamlandırılmamaktadır.

Terörle mücadele bakımından, bilgi güçtür. Eğer örgüt ile ilgili bilginiz yoksa bu terörle mücadele etmede güçsüzlük anlamına gelmektedir. Böyle bir düşmanla mücadele edebilmek için taktik olarak galip gelmenin, örgüte katılımları engellemek,

⁶⁷ Faruk Turinay, *Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı*, TBB, Ankara 2016, S. 116, s. 58

⁶⁸ Hikmet Sami Türk, “Örgütlü Suçlar Ve Terörle Mücadele” <http://www.Yayin.Adalet.Gov.Tr/Dergi/11say%C4%B1.Pdf>, s.3, e.t: 20/07/2010.

⁶⁹ <http://www.tdk.gov.tr/>, e.t: 20.10.2017

örgütün hareket kabiliyetlerini sınırlamak, terörist örgütlerin galip gelmelerini engellemekle olabileceği düşünülmektedir⁷⁰.

Kurulmuş bir terör örgütünün sonlandırılması bir anda gerçekleşmeyecektir. Her terör örgütünün kemik bir kadrosu bulunmaktadır. Terör örgütleri, örgüte üye kazanımlarının önüne geçildiği takdirde bitirilmiş olacaktır. Bir düşmanı yenebilmenin ilk şartı, öncelikle o düşmanı bulabilmek olarak kabul edilmektedir. Mücadele edilen örgütün geçmişte neler yaptıkları ve ileriye dönük olarak neler planladığının bilinmesi gereklidir. Bu örgütün üyelerinin gerektiğinde, kritik noktalarda derhal yakalanabilmeleri de mümkün olmalıdır. Tüm bunlarda ancak iyi bir istihbaratla mümkündür⁷¹.

5. Organize Suç Örgütü

Haksız çıkar sağlama amaçlı örgütlü (organize) suç hakkında farklı görüşler ileri sürülmüşse de, kısaca kavram, “*üç veya daha fazla kişinin gizlice bir araya gelerek işbirliği yapmak suretiyle devamlı bir şekilde, yasadışı yollarla haksız kazanç sağlamak amacıyla suçlar işlemesi*” şeklinde ifade edilebilmektedir. Organize suçlarda, birden fazla suçlu bulunmaktadır. Organize suçlar hakkındaki farklı yaklaşımlar, suça yönelik olarak farklı grupların tanım arayışından kaynaklanmaktadır. Konu kamuoyu, kanun koyucular, güvenlik güçleri, sosyal bilimciler ve organize suçlular gibi değişik gruplar tarafından farklı olarak tanımlanmakta ve yorumlanmaktadır. Organize suç örgütlerinin yapısı, şirket yapılarına benzer görülmektedir. Suçu üstlenmek, örgüt üyelerinin en önemli özelliğidir. Kendilerini iş adamı gibi göstermek, ihalelere katılmak, şirketlere ortak olmak gibi yasal bir görünümle etkinlikte bulunmaktadırlar. Suç işlemiş olmayı ve cezaevinde bulunmayı, örgüt içi hiyerarşinin bir gereği kabul etmektedirler. Bu tür örgütler sabıkasız kişiler aracılığıyla ticari şirketler kurmakta ve kara para aklamaktadırlar. Bu örgüt üyeleri kendilerini aralarında ihtilaf bulunan kişilere

⁷⁰Turinay, s. 59.

⁷¹Mustafa Köse, *Tarihte ve Türklerde İstihbarat*, Turan Stratejik Araştırmalar Merkezi, <http://www.turansam.org/makale.php?id=421>, e.t: 21.10.2017, s. 53-54.

arabuluculuk yapmak suretiyle hem kendilerine menfaat sağlamakta hem de adaleti tesis ediyor gibi göstermektedirler⁷².

Örgütler, sosyal yardım amaçlı vakıf ve dernekler kurmak suretiyle, bu dernek ve vakıflara yardım toplamak görüntüsü altında, kişilerden zorla para toplamaktadır. Örgüt yapılanmasında, güvenlik birimlerinden ayrılan veya emekli olan kişilerin nüfuz ve silahlı gücünü kullanmak suretiyle örgüte güç bulmaya çalışılmaktadır. Örgütün malvarlığı genellikle 2. veya 3. kişiler üzerine kayıtlı bulunmaktadır. Örgüt üyeleri lüks yaşayışları ile bir özentî oluşturarak, örgüte eleman çekmeyi hedeflemektedir. Örgüt yapısında akrabalık, hemşericilik gibi sıhrî yada etnik ilişkiler ön planda tutulmaktadır. Örgüt, gerçekleştirilen yasadışı faaliyetleri kapatmak amacıyla topluma ve devlete olumlu mesaj vermek ihtiyacı duymaktadır. Yerel iş grupları, örgüt tarafından sürekli olarak kontrol altında tutulmaktadır. Genellikle, güvenlik güçlerine yönelik eylemleri bulunmamaktadır. Fakat gerekli görüldüğünde bu tarz eylemlerden de çekinmedikleri de görülmektedir⁷³.

Haksız çıkar amaçlı organize suçlar, önlenmesi amaçlanan suçlar arasında sayılmaktadır. Bu suç grubuna dahil suçlar daha önceleri kabadayılık, delikanlılık modellerinin küreselleşmeye entegre olmuş ve bu yönüyle de sempatik görülen suçlardandı.

Son dönemde yapılan geniş çaplı çalışmalarla bu suçların yalnızca birkaç kişi tarafından planlanacak kadar kolay olmadığı anlaşılmıştır. Organize suç örgütleri teorik olarak çete ile kıyaslanırsa da, esas itibarıyla organize suç örgütleri çetelerden farklı fonksiyonlara göre örgütlenmekte olup, yatay ve dikey hiyerarşik yapıya sahip olan suç gruplarıdır. Fakat organize suç örgütlerini çete yapılanmasından ayıran en önemli fark, örgüt içerisinde herhangi bir düzeyde kamu görevlileriyle işbirliği yapılarak, adalet ve hukuktan faydalanılmaya çalışılmasıdır. Organize suç grupları, devletin şiddet tekeliğini kullanan ve denetleyen kamu görevlileri ile işbirliği yapmaktadır. Organize suç grupları faaliyetlerini tek bir alanda sürdürse bile, örnek olarak yalnızca

⁷²Turinay, s. 76.

⁷³Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara (1999-2000) s. 36.

uyuşturucu kaçakçılığı yapsa bile, finansman, denetim, güvenlik, taşıma, kuvvet kullanımı, para aklama vb. fonksiyonlar bakımından farklılaşmaktadır⁷⁴.

Haksız ekonomik çıkar sağlamak için örgüt kurma (suç işlemek için örgüt kurma) suçu da kendi içinde ikiye ayrılmaktadır: cebir ve tehdit uygulanarak gerçekleştirilenler (mafya) ve bunlara başvurmadan gerçekleştirilenler (çeteler)⁷⁵.

Bu tür suçların önlenememesi, devletin bekasından toplum huzurunun bozulmasına kadar birçok soruna sebep olabilmektedir. Her sorun diğer bir soruna sebebiyet vermektedir. Devletin suçun önlemesi isteği ve yahut suçlunun yakalanması arzusu ile suçun mağdurunun beklentisi birbiri ile örtüşmemektedir. Devlete göre, suç ceza kanununun ihlali anlamına gelmektedir. Mağdura göre ise, suç şahsi bir problemdir ve mağdur bakımından maddi ve/veya manevi zararlara yol açmıştır. Öte yandan, suçun önlenmesi ve gerçekleştirilmiş suçların çözülmesi gerekliliği kentleşme ile birlikte daha da güçleşmiştir. Çözülmemeyen her problem, mağdurların devlete olan güvenlerini zedelemekte olup, kişilerin bu suçlara karşı korumasızlığını daha derinden hissettirmiştir. Suçun failleri ise olabildiğince cesaretlenmiş ve işledikleri her suçla daha profesyonelleşmiştir⁷⁶. Bu bakımdan suç, yalnızca kendi başına meydana getirdiği maddi ve/veya manevi zararı açıklamamakta, sonrasında daha fazla ayrışmayı toplumun içine sokmaktadır. Hukuk devletinin öncelikli görevi, devlet, toplum, birey ve bireylerin üzerinde yaşadığı toprak parçası, yaşanan zaman ve toplumun değerleri gibi parametrelerin bir arada değerlendirilmesidir. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi de bu kapsamda incelenmelidir. Devlet bir bütündür. Bu bütünü oluşturan her bir parça bütünü temsil etmekte olup, hiçbir parça ne bütünden ayrı kalmaktadır ne de ayrıcalıklı tutulmaktadır.

6. İstihbarat

Siyasi makamlara sunulmak üzere toplanan ve analiz edilen stratejik bilgilere istihbarat denilmektedir. Her türlü kaynaktan elde edilen ham bilgi, ilişkisiz gibi görünen parçalardan oluşmakta olup, bu tür bilgiler kimi zaman çelişkili, güvenilirmez, yanıltıcı veya yanlış olabilir. İstihbarat ise derlenmiş, değerlendirilmiş, analiz edile-

⁷⁴Turinay, s. 78.

⁷⁵Bozlak, s. 68.

⁷⁶Füsun Sokullu Akıncı, "Polis ve Mağdur Hakları, Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamalarına İlişkin Eğitim Projesi (Muyep) Tebliği" S. 2 Ankara 2008, s. 391.

rek yorumlanmış ve kendi içerisinde ayıklanmış bilgidir. Bu süreçten geçerek tamamlanmış olan bir istihbarat, istihbarat çevriminin sonuç ürünü olup, siyasi makamlara arz edilmeye hazır olan işlenmiş bilgidir.

TDK “istihbarat” kavramını; “*yeni öğrenilen bilgiler, haberler, duyumlar ya da bilgi toplama, haber alma*” olarak tanımlamaktadır⁷⁷.

Ülkenin anayasal düzenine, bağımsızlığına, bölünmez bütünlüğüne ve milli güvenliğine karşı iç ve dış mevcut veya müstakbel tehditler hakkında istihbarat oluşturmak her devlet için zaruri görülmektedir. İstihbarat, bir devletin hasım veya hasım olması muhtemel kişi, kurum-kuruluş, diğer devletler ve diğer organizasyonlar hakkında aleni veya gizli kaynaklardan veri toplayarak, inceleme ve değerlendirmelere tabi tutarak sonuca ulaşılmasını ifade etmektedir⁷⁸.

En genel anlamıyla istihbarat, verinin toplanması ve kullanıma hazır hale getirilmesidir. Milli istihbarat Teşkilatı’nca istihbarat tanımı şu şekilde yapılmıştır: “*İstihbarat ham bilgilerin işlenmesi sonucu üretilen bir bilgidir. Bir başka ifadeyle istihbarat tekniği teşkilatı ve faaliyet itibarıyla mevcut olması lazım gelen organları ve konuları içine alır. Bu nedenle istihbarat planlama, araştırma, deliller toplama, çeşitli akli ve ilmi metotlarla onları değerlendirip bir sonuç istihsal edip, kullanma faaliyetlerini içine alan bir manaya sahip bulunmaktadır*”⁷⁹.

İstihbaratta genellikle, insan kaynaklı, teknik ve açık kaynak toplama usulleri kullanılmaktadır. Bu kaynakların her biri hangi ölçüde verimli olursa, bilgiler her birimde kendini ayrıca teyit edecektir. Örnek olarak, teknik istihbarat, teknik olarak dinlemeyi de, teknik araçlarla izlemeyi de ifade etmektedir; yani teknik istihbarat, takip ve tarassut anlamına gelmektedir⁸⁰.

Bugün iletişimin denetlenmesi vasıtasıyla elde edilen bilgiler ve belirlenen kişiler fiziki olarak takip edilmek suretiyle teyit edilecek ve bu bilgilerin doğruluğu güçlendirilecektir. Her örgütün kendine has bir tarzı bulunmakta olup, istihbaratın bu örgütlere ilişkin unsurları deşifresi söz konusudur. Örgütün çok gizli yapısı ancak aynı ölçüde donanımlı örgütler marifeti ile polisiye tedbirleri aşan ve kuşatan bilgi

⁷⁷<http://www.tdk.gov.tr/>, e.t: 20.10.2017

⁷⁸Mustafa Köse, s.53-54.

⁷⁹Mustafa Köse, s. 53-54.

⁸⁰Mustafa Köse, s. 54.

edinme yolları ile çözümlenebilmektedir. İstihbarat usulleri buna olanak sağlayabilecektir⁸¹. Bunun sonucu olarak da terör örgütleri ya da organize suç örgütleri de kendilerini yenileme ihtiyacı duymaktadır.

Kısacası istihbarat, bilgi toplanması, bilgilerin analiz edilmeleri ve elde edilen verilerin ilgili yerlere dağıtılması sürecini kapsamaktadır. Sıradan bilgiler dağınık halde bir işe yaramamaktadır. Fakat bu bilgiler kullanım sahasına göre analiz edilip değerlendirildiğinde önem arz etmektedir.

İstihbaratın dâhilinde, teyit edilen bilgilerin toplanması, konunun geçmişi, geleceği yani bütünlüğü içinde değerlendirilmesi ve bu bilgileri tam zamanında en uygun yerde sunulması bulunmaktadır.

C. HUKUKİ NİTELİK

1. Genel Olarak

Ceza muhakemesi işlemlerinin yerine getirilmesi amacıyla karar verme yetkisine haiz kişilerce, kesin hüküm verilmeden önce temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi gerektiren geçici önlemlere koruma tedbirleri denildiği yukarıda ifade edilmişti⁸². Suç işlendikten sonra soruşturma ve kovuşturma aşamasında gerek duyulması halinde koruma tedbirlerine başvurulur. Bu sebeple iletişimin denetlenmesinin hukuki niteliği koruma tedbiridir⁸³.

Suç işlendikten sonra delil elde etme amacıyla başvuru ile iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135 ile 138. maddeleri arasında yer verilmiştir. Bu maddelerde iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasının yanında sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi de yer almaktadır. Söz konusu tedbirlere başvurulurken, iletişimin tespiti konusunda bir sınırlama olmamakla birlikte iletişimin dinlenmesi, iletişimin kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi açısından bir sınırlandırma bulunmaktadır⁸⁴.

⁸¹Mustafa Köse, s. 54.

⁸²Öztürk/Tezcan/Erdem, s. 437; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 2; Kaymaz, s. 51; Yardımcı, s. 177.

⁸³Bulduk, s. 16; Meran, s. 64; Kaymaz, s. 52.

⁸⁴Centel/Zafer, s. 419; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 174; Yardımcı, s. 181; Ataman, s. 8.

İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerine yalnızca CMK'nın 135. maddesinin 8 inci fıkrasında sayılan katalog suçlar açısından başvurulmaktadır. Fıkarda sayılan suçlar ise şunlardır:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

- 1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (mad. 79,80) ile organ veya doku ticareti suçları (mad. 91),**
- 2. Kasten öldürme suçu (mad. 81, 82 ve 83),**
- 3. İşkence suçu (mad. 94 ve 95),**
- 4. Cinsel saldırı suçu (birinci fıkra hariç mad. 102),**
- 5. Çocukların cinsel istismarı suçu (mad. 103),**
- 6. Nitelikli hırsızlık (mad. 142), yağma (mad. 148 ve 149) ve nitelikli dolandırıcılık suçları (mad. 158),**
- 7. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (mad. 188),**
- 8. Parada sahtecilik suçu (mad. 197),**
- 9. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu (mad.220/3),**
- 10. Fuhuş suçu (mad. 227),**
- 11. İhaleye fesat karıştırma suçu (mad. 235),**
- 12. Tefecilik suçu (mad. 241),**
- 13. Rüşvet suçu (mad. 252),**
- 14. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu (mad. 282),**
- 15. Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak suçu (mad. 302),**
- 16. Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar (mad. 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),**
- 17. Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçları (mad. 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336 ve 337),**

- b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı suçları,
- c) Bankalar Kanununun 22. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,
- d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar,
- e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68. ve 74. maddelerinde tanımlanan suçlar.

Görüldüğü üzere bu suçlar katalog şeklinde tek tek sayılmıştır⁸⁵. Burada sayılan suçların haricinde iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine başvurulamaz⁸⁶.

Yasa koyucu iletişimin denetlenmesi tedbirine koruma tedbirlerine ilişkin bölümde yer vermiştir. Ancak doktrinde aksini savunan görüşlerde mevcuttur. Bir görüşe göre iletişimin denetlenmesi, koruma tedbirinden ziyade idari (ön) soruşturma esnasında uygulanan bir tedbirdir. Bu görüşün en sağlam dayanaklarından biri; diğer koruma tedbirleri açık bir şekilde yapılırken iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin yapısı gereği gizli olarak yapılmasıdır. Hatta bu tedbir için "gizli

⁸⁵ Centel/Zafer, s. 421; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 171; Sezer/İpek/Parlak, s. 111.

⁸⁶ Nitekim Yargıtay'ın 2016 tarihli bir kararında iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine yalnızca kanunda sayılan suç tiplerine ilişkin olarak başvurulabileceğine ilişkin kararı; "CMK'nın 138/2. maddesinin açıklığı karşısında katalog kapsamında yer almayan suçlara ilişkin kayıtların delil olarak kullanılması mümkün değildir. Kanunda, kişiler arasında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi yalnızca belirli ağırlıktaki suç tipleri bakımından meşru kabul edilmiş, bunlar dışındaki suçlar yönünden ise özel hayatın ve haberleşmenin gizliliğinin korunmasına ilişkin yarar üstün tutulmuştur. İncelenen dosyada sanıkların, katalog kapsamındaki suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan haklarında iletişimin denetlenmesi kararı uygulanması sırasında elde edilen delillerle sanıkların hırsızlık, işyeri dokunulmazlığını bozma, konut dokunulmazlığını bozma, korku, kaygı veya panik yaratacak tarzda silahla ateş etme, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi ve mala zarar verme suçlarını işledikleri kabul edilerek mahkumiyetlerine hükümlenmiş ise de, yukarıda yapılan açıklamalar karşısında, suç tarihi itibarıyla belirtilen CMK'nın 135/8. maddesi kapsamında bulunmaması nedeniyle anılan dinleme kayıtlarının aynı Kanun'un 138/2. maddesi gereğince belirtilen suçların delili olarak kullanılamayacağı gözetilmeden sanıkların atılı suçları işlemedikleri yönündeki savunmalarının aksine başkaca delillerin nelerden ibaret olduğu tartışılıp kararda gösterilmeden, yazılı şekilde sanıkların mahkumiyetlerine hükümlenmesi" (Y. 2. C.D.,2016/5681 E. , 2016/9846 K., 24.05.2016 T.).

soruşturma tedbiri" teriminin kullanılmasının da bu görüşü kuvvetlendirdiği ifade edilmektedir⁸⁷.

Düşüncemize göre, CMK'da düzenlenen adli nitelikteki iletişimin denetlenmesi, nitelik olarak bir koruma tedbiriye, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi ise delile götüren vasıta⁸⁸.

2. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesinin Amacı

Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesinde düzenlenen iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin amacı, kanunda da ifade edildiği üzere delillerin ele geçirilmesi ile muhakeme işlemlerinin hızlı ve doğru bir şekilde gerçekleştirilmesi, muhakemenin sonucunda verilen kararın uygulanabilmesi açısından şüpheli veya sanığa ulaşılabilmesini sağlamaktır⁸⁹. Diğer bir ifadeyle ilgili denetimin amacı delil elde edilmesi ve şüpheli veya sanığa ulaşılmasıdır⁹⁰.

a. Delil Elde Edilmesi

CMK'nın 135. maddesinde ve yukarıda belirtildiği üzere delil elde etme amacıyla telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri yoluna başvurulabilecektir.

b. Şüpheli veya Sanığa Ulaşılması

Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için CMK'nın 135. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca mobil telefonun yeri tespit edilebilir.

⁸⁷Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2010, s. 683,738; Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2017, s. 394.

⁸⁸ Aynı yönde bkz. Gökçen/Balci/Alşahin/Çakır, s. 167.

⁸⁹Uğur Aşkın, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yolu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017, s. 6.

⁹⁰"...Ceza muhakemesinin amacı, usul kurallarının öngördüğü ilkeler doğrultusunda, somut gerçeğin her türlü şüpheden uzak biçimde kesin olarak ortaya çıkarılmasıdır. Gerek 1412 sayılı CMUK, gerekse 5271 sayılı CMK; adil, etkin ve hukuka uygun bir yargılama yapılarak maddi gerçeğe varmayı amaç edinmiştir. Bu nedenle, ulaşılma imkânı bulunan bütün delillerin ele alınıp değerlendirilmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle, adaletin tam olarak gerçekleşebilmesi için, maddi gerçeğe ulaşma amacına hizmet edebilecek tüm kanuni delillerin toplanması ve tartışılması zorunludur" (Y. CGK., 2017/22 E., 2017/287 K., 23.05.2017 T.).

Bu tedbire, diğer tedbirler de olduğu gibi hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı karar verebilir. Ancak burada süre yönünden bir kısıtlama mevcuttur. Bu tedbire en çok 2 ay için başvurulabilir. Fakat bu sürenin yeterli olmaması durumunda ise, 1 ay daha süre uzatılabilir (CMK mad. 135/5). Ayrıca örgüt kapsamında işlenen suçlar için her defasında 1 ayı geçmeyecek şekilde 3 ay daha süre uzatılabilir⁹¹.

Koruma tedbirlerinin ortak özelliklerinden olan "*oranlılık*" ilkesi gereği koruma tedbirine karar vermekle elde edilecek yarar ile tedbir sonucunda ortaya çıkacak zarar arasında bir ölçünün olması gerekir. Bu sebeple kanun koyucu orantı sınırını kendisi belirleyerek zararın yarardan daha fazla olacağı kanaatine varmış ve şüpheli veya sanığa ulaşılması için diğer tedbirlerin uygulanmasına izin vermemiştir.

3. Denetimin Şekilleri

a. İletişimin Tespiti

İletişimin tespiti kavramı 4422 sayılı Kanun'da da kullanılmaktaydı. Ancak iletişimin tespiti kavramının 4422 sayılı Kanun'da ifade ettiği anlam ile CMK bakımından ifade ettiği anlam arasında fark bulunmaktadır⁹².

4422 sayılı Kanun düzenlemesi bakımından iletişimin tespiti kavramı, dinlenen iletişimin ses ve görüntü bantları gibi teknik araçlar vasıtasıyla kayıt altına alınmasıdır⁹³.

Buna karşılık CMK anlamında iletişimin tespiti kavramı, sadece sanık veya şüphelinin telekomünikasyon vasıtasıyla kimler ile iletişim kurduğunun belirlenmesini ifade etmektedir. Bir başka tanıma göre de iletişimin tespiti, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, konum bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespitine dair iletişimin içeriğine müdahale etmeden yapılan işlemleri ifade etmektedir⁹⁴. Diğer bir ifadeyle iletişimin tespiti, iletişimin içeriğini öğrenme maksadı taşımamakta ve fakat şüpheli veya sanığın kimlerle, ne kadar sürede,

⁹¹Kaymaz, s. 60; Yardımcı, s. 219.

⁹²Hakeri/Ünver, s. 429; Kaymaz, s. 122; Taşkın, s. 83; Bulduk, s. 8; Sezer/İpek/Parlak, s. 79; Ataman, s. 20.

⁹³Hakeri/Ünver, s. 429; Taşkın, s. 83; Meran, s. 72; Sezer/İpek/Parlak, s. 79; Yardımcı, s. 183.

⁹⁴Bkz. 14.02.2007 tarihli "İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği", m.4/f

hangi tarih ve saatte, hangi konumdan iletişim kurduğunun saptanması anlamına gelir⁹⁵.

Adalet Komisyonu raporunda iletişimin tespiti, belirlenen bir telefon hattından kimlerin ne zaman arandığı, konuşmaların ne kadar süreyle yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının tespit edilebilmesi olarak tanımlanmıştır⁹⁶.

Öztürk/Erdem iletişimin tespiti kavramına ilişkin Yönetmelikteki tanımı kabul etmiştir⁹⁷. Ancak iletişimin tespiti kavramının farklı anlamda da kullanıldığı görülmektedir.

“Dış bağlantı verileri” olarak adlandırılan bu kavram ile iletişimin kimler arasında ve hangi saatte yapıldığına ilişkin verilerin CMK’nın 135. maddesi dâhilinde olmadığı ve bu verilerin işbu maddedeki usullere tabi olmayacağı ileri sürülmüştür⁹⁸.

Bir diğer görüşe göre ise, CMK anlamında tespitten, telefonun veya telefonu kullanan şahsın bulunduğu konumun saptanmasının anlaşılacağı ve CMK’nın 135. maddesinin dördüncü fıkrasında bahsedilen tespitten kastın, mobil telefonun yerinin bulunması olduğu söylenmiştir⁹⁹.

Yargıtay ise, iletişimin tespiti kavramını soruşturma evresinde şüphelinin kullanıldığı telefonla yaptığı görüşmelere ilişkin detay bilgilerinin yani telefonla yapılan

⁹⁵ “Kanun yararına bozma isteyen tebliğnamede; Dosya kapsamına göre, imei numarası belirtilen bir telefonun nerede ve kim tarafından kullanıldığına ilişkin HTS raporlarının ilgili GSM şirketlerinden celbinin, CMK 135. maddesinde tedbir mahiyetinde düzenlenen “**iletişimin tespiti**, dinlenilmesi ve kayda alınması” niteliğinde olmayıp, cumhuriyet savcısının genel soruşturma yetkisi kapsamında olduğu da gözetilerek, atılı suça ilişkin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yarar delillerin etraflıca araştırılıp ortaya çıkacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar vermek gerekirken, hiçbir delil araştırmasına girişmeksizin, eksik incelemeye dayalı verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararına yapılan itirazın kabulü yerine reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden” (Y. 2. C.D., 2017/2130 E., 2017/3787 K., 03.04.2017 T.).

⁹⁶ **Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır**, s. 167; **Hakeri/Ünver**, s. 430; **Kaymaz**, s. 125; **Bulduk**, s. 9; **Meran**, s. 72; **Sezer/İpek/Parlak**, s. 81; **Ataman**, s. 20.

⁹⁷ **Özbek**, s. 421.

⁹⁸ **Öztürk/Erdem**, s. 630 “Özellikle telefonla taciz, hakaret gibi olayların aydınlatılması amacıyla, haberleşme hizmeti sunan operatörler tarafından, yapılan konuşmaları ücretlendirmek amacıyla tutulan bilgilerden yararlanılmasına CMK 135 engel oluşturmamaktadır.”

⁹⁹ **Kunter/Yenisey/Nuhoglu**, s. 715; **Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır**, s. 166; **Hakeri/Ünver**, s. 430; **Kaymaz**, s. 132.

bağlantıların kimlerle ve ne zaman gerçekleştirildiğinin tespit edilmesi olarak tanımlanmıştır¹⁰⁰.

İletişimin tespiti bakımından suç sınırlaması bulunmamaktadır. 5271 sayılı CMK'nın 135. maddesi uyarınca, dinlenme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi katalog suçlarla sınırlandırılmış olan denetim şekilleridir. Kanun metninde bilinçli olarak kapsam dışı bırakıldığı anlaşılan iletişimin tespiti bu suç sınırlamasının dışında tutulmuştur¹⁰¹.

Nitekim Yargıtay 5. Ceza Dairesi 03.10.2005 tarihli kararında hangi suça ilişkin olursa olsun şüpheliye ait telefondan kimlerle, ne zaman görüşüldüğüne dair tespitinin CMK'nın 135. maddesinin altıncı fıkrası dışında bırakıldığını, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının vereceği kararla suç sınırlaması olmadan tespite karar verilebileceğini hüküm altına almıştır. Telekomünikasyon yoluyla tehdit edildiği iddiasıyla Cumhuriyet savcılığına başvuru yapan şahıs hakkında, şüphelinin tespiti maksadıyla savcı tarafından yapılan iletişimin tespitinin CMK'nın 135. maddesi kapsamında olmayıp, Kanununun 160 ve 161. maddeleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği Yargıtay tarafından belirtilmiştir. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin bu konuda vermiş olduğu bir kararında *“Gerçekten de iletişimin tespiti tedbiri, CMK'nın 135. Maddesinin altıncı fıkrasındaki sınırlamaya bağlı olmaksızın tüm suçlar açısından uygulanabilir. Ancak bu tedbire sadece şüpheli veya sanık için başvurulabilir. Yakınanın veya suçtan zarar görenin iletişiminin tespitini, kimliği belirtilen yöntem sonucu belirlenebilecek şüpheli veya sanık için aleyhe kanıt oluşturacak sonuca ulaşılsa bile 135. madde kapsamında değil, Cumhuriyet savcısının 160 ve 161. maddelerde yer alan genel soruşturma ve kanıt toplama yetkisi çerçevesinde değerlendirmek isabetli olacaktır”* şeklinde hüküm tesis etmiştir¹⁰². Bu hususta sanık veya şüpheli hakkındaki iletişimin tespitinden farklı kabul edilen nokta, şahsın kendi iletişiminin tespit edilmesi hakkındaki mevcut rızasıdır. Kişinin ver-

¹⁰⁰Yargıtay 5. C.D. 2005/14969 E, 20489 K, 03.10.2005 tarihli karar, (YKD Haziran 2006, C. 32, S. 6, s. 992)

¹⁰¹Gökçen/Balç/Alşahin/Çakır, s. 167; Hakeri/Ünver, s. 431; Meran, s. 86; Sezer/İpek/Parlak, s. 81; Yardımcı, s. 184; Ataman, s. 22.

¹⁰²Yargıtay 4. C.D. 2006/4669 E, 17007 K, 29.11.2006 tarihli kararı.

miş olduğu bu rıza ve Cumhuriyet Savcısının muvafakati ile birlikte tedbir gerçekleş- tirilmektedir¹⁰³.

b. İletişimin Dinlenmesi ve Kayda Alınması

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi, yapılan her türlü haberleşmenin bir vasıta kullanılması suretiyle gizlice dinlenmesi, ele geçirilen bilgilerin kaydı ve değerlendirilmesi şeklinde tanımlanabilir¹⁰⁴. İletişimi sağlayan vasıtalar çok çeşitli ve çağdaş tekniğin ortaya koyduğu muhtelif donanımlardır. Bu vasıtalar, faks, bilgisayar, kablolu veya kablosuz araçların tamamını kapsamına almaktadır¹⁰⁵. Fakat bu dinlemenin hukuki olabilmesinin şartı, dinlemenin yetkilendirilmiş üçüncü kişi tarafından yapılmasıdır. Yani dinlemenin canlı dinleme olması ve yapılan iletişimin bu konuda yetkili olan üçüncü kişi tarafından dinlenmesi gerekmektedir¹⁰⁶.

Bir diğer tanımlamaya göre, iletişimin dinlenmesi kaide olarak şüpheli veya sanığın diğer kişilerle kurduğu iletişimin, içeriğine bir kamu görevlisi tarafından müdahale edilmeksizin dinlenilmesini ifade etmektedir¹⁰⁷. Kanaatimizce iletişimin dinlenmesi, sanık veya şüphelinin konuşmalarının gerçekleştiği anda, canlı olarak takip edilmesi anlamına gelmektedir.

İletişimin kayda alınması ise, telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmalar ile diğer her türlü iletişimin, uygun teknik vasıtalarla kayıt altına alınmasını ifade etmektedir¹⁰⁸. İletişimin kaydedilmesi, telefonla ya da internet üzerinden yapılan konuşmalardaki ses ve/veya görüntüler ile elektronik posta yoluyla yapılan iletişimin içeriği hakkında uygulanacaktır¹⁰⁹.

¹⁰³Kaymaz, s. 134; Meran, s. 91; Yardımcı, s. 185; Ataman, s. 23.

¹⁰⁴Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 167; Hakeri/Ünver, s. 433; Taşkın, s. 84; Bulduk, s. 11; Sezer/İpek/Parlak, s. 82; Yardımcı, s. 186; Ataman, s. 23.

¹⁰⁵Atakan Çoksezen, *5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve AİHS Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi*, İstanbul-2006, s. 3.

¹⁰⁶Ersan Şen, *Türk Hukukunda Telefon, Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir*, 5. Baskı, 2016, s. 51.

¹⁰⁷Taşkın, s. 79; Kaymaz, s. 116; Sezer/İpek/Parlak, s. 82.

¹⁰⁸14.02.2007 tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği”, mad. 4/e

¹⁰⁹“İletişimin dinlenmesi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesi ile Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 5-14. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu yönetime, uyuşturucu ticareti yaptıklarına ilişkin istihbari bilgiler

Öğretide iletişimin kaydedilmesine dair çeşitli tanımlara rastlanmaktadır.

Şen, iletişimin kaydedilmesini, iletişim esnasında konuşulanların elektronik ortamda bir üçüncü şahıs tarafından kayıt cihazı vasıtasıyla kayıt altına alınması olarak tanımlamıştır¹¹⁰.

Özbek ise, iletişimin kayıt altına alınması kavramının, telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan iletişimin yetkilendirilen bir üçüncü şahıs tarafından bir kayıt cihazı vasıtasıyla kaydedilmesi¹¹¹ anlamına geldiğini belirtmiştir.

Diğer bir görüşe göre ise; iletişimin kayda alınması, iletişim sırasında konuşulanların veri olarak elektronik ortamda kayıt altına alınmasını ifade etmektedir¹¹².

İletişimin dinlenilmesi ve/veya kayda alınması tedbirine, CMK'nın 135. maddesinde belirtilen suçlarla sınırlı olarak başvurulabilecektir.

c. Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi

CMK'nın 135. maddesine, 5353 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi de eklenmiştir. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi Kanunda, “*iletişimin içeriğine müdahale niteliğinde olmayıp yetkili makamdan alınan karar kapsamında sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin*

alınan sanık veya sanıkların atılı suçu işleyip işlemediklerinin başka surette tespitinin olanaklı olmaması halinde başvurulabilir. Dosyamız sanıkları ile ilgili olarak, alınan iletişimin tespitine ilişkin kararlar sonrası tedbirin uygulanmasına geçilmiş ve sanıklardan... 'in 29/04/2014 tarihinde, ... 'ün 30/04/2014 tarihinde, ... 'nın 04/06/2014 tarihinde, sanık ... 'ın ise 20/04/2014 tarihinde gerçekleştirdikleri eylemler nedeniyle suçları belirlenmiş ve sanıklardan uyuşturucu satın alanlar ile birlikte aldıkları uyuşturucular elde edilmiştir. Bu halde sanıklar hakkında da yakalama işlemleri yapılarak haklarında soruşturmaya başlanması gerekirken iletişimin dinlenmesine devam edilerek elde edilen 2. ve hatta 3. eylemlerle ilgili olarak da soruşturma yapılması ve bu şekilde elde edilen delillerin hükme esas alınması yerinde değildir. Böyle bir uygulamanın kabul edilmesi durumunda suç işlendiği anda suçlunun yakalanmaması bu kişinin yakalanana kadar yeni suçlar işlemesine imkan tanımış olmak anlamına gelecektir. Bu durumda zaten uyuşturucu madde ticareti yaptığı saptanan bir kişinin insan sağlığı ve toplumun geleceği için büyük zararları olan bir maddenin bir süre daha ticaretinin yapılması sağlanmış olacaktır. Bununla suçun önlenmesi açısından kabul edilmesi mümkün değildir. Ayrıca bir Devletin bu şekilde tekrar tekrar suç işlenmesini kendi kontrolünde sağlama vatandaşın Devlete olan inancını da temelden sarsacaktır. Bu uygulamanın hukuk devletinde kabulü de mümkün değildir. Bu itibarla, sanıklar hakkında tayin edilen temel cezaların TCK'nun 43/1. maddesince arttırılmaması gerektiğinden hükümlerin bozulmasına karar verilmesi gerekirken onama kararı verilmesi hatalıdır” (Y. 20. C.D., 2016/897 E., 2016/1437 K., 19.11.2015 T.).

¹¹⁰Şen, s. 52; Sezer/İpek/Parlak, s. 83; Ataman, s. 29.

¹¹¹Özbek, s. 421.

¹¹²Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 715; Yardımcı, s. 186; Ataman, s. 30.

tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemlerini ifade eder”¹¹³ şeklinde açıklanmıştır.

İletişimin dinlenmesi koruma tedbirinin uygulanmasına ilişkin Danıştay tarafından iptal edilen yönetmelikte de sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kavramı, “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 açıklanmıştır¹¹⁴.

Tanımdan da anlaşılmaktadır ki, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri bakımından iletişimin içeriğine müdahale edilmesi söz konusu değildir. Fakat bu tedbire başvurulabilmesinin koşulu, CMK’nın 135. maddesinde düzenlenmiş olan suç kataloğundaki suçlardan birinin bulunmasıdır¹¹⁵. (CMK 135/6)

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, ele geçirilen şahsi veriler üzerinde araştırma yapmayı ve elde edilen verileri analiz etmeyi ifade etmektedir¹¹⁶. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işleminde, öncelikle sinyal bilgilerin oluşturduğu bilgiler operatörler tarafından muhafaza edilerek, fatura bilgisine çevrilmektedir. Bu işlemlerin gerçekleştirilmesi esnasında, müşterilerin bilgisi haricinde telekomünikasyon şirketi çalışanlarınca dahi bu veriler görüntülenmemektedir¹¹⁷. Oluşturulan bu fatura bilgileri, hâkim ve Cumhuriyet savcısı kararı ile kolluk kuvvetleri tarafından alına-

¹¹³14.02.2007 tarihli “İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği”, mad.4/1

¹¹⁴Gökçen/Balcı/Alışahin/Çakır, s. 168; Hakeri/Ünver, s. 432; Kaymaz, s. 133; Taşkın, s. 86; Bulduk, s. 12; Sezer/İpek/Parlak, s. 85; Meran, s. 90; Ataman, s. 30.

¹¹⁵Kaymaz, s. 134; Ataman, s. 30.

¹¹⁶Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 715.

¹¹⁷“Ceza Genel Kurulunun 21.05.2013 tarih ve 2012/5.MD-1270 esas ve 2013/248 sayılı kararında da belirtildiği üzere, Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, **sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi** ve kayda alınmasına dair usul ve esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Yönetmeliğin tanımlar başlıklı 3. maddesinin (e) bendinde; iletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasının, telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmalar ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri, (f) bendinde ise, iletişimin tespitinin, iletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri ifade ettiği belirtilmiştir. 5271 sayılı CYY’nin 135. maddesi anlamında iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kaydı alınması, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturma sırasında iki kişi arasında gerçekleştirilen görüşmenin, ancak bir üçüncü kişi tarafından uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınması halinde mümkün olacaktır. Bu yöntemle elde edilen kanıtların hukuka uygun kabul edilmeleri için de yasa da öngörülen usuller dairesinde bu işlemlerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir” (Y. 18. C.D., 2015/33931 E., 2017/5905 K., 16.05.2017 T.).

bilmekte olup, bir program vasıtasıyla şüphelinin veya sanığın tespiti amacıyla faydalanılabilecek hale getirilmektedir. Görüşmenin içeriğine başvurulmaksızın kişiler arasında gerçekleştirilen iletişim trafiğinin dökümü görüntülenebilmektedir¹¹⁸.

d. Mobil Telefonun Yerinin Tespiti

Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 135. maddesinde düzenlenen diğer bir iletişimin denetlenmesi şekli mobil telefonun yerinin tespitidir.

Mobil telefonlar, kapsama alanında buldukları GSM operatörüne ait baz istasyonları ile karşılıklı sinyal alışverişinde bulunurlar. İletişim de telefonun göndermiş olduğu bu sinyallerin baz istasyonu tarafından cevaplanması sonucu gerçekleşmektedir. Mobil telefonun gönderdiği sinyal bilgilerinden sinyali gönderen telefonun bulunduğu konum tespit edilebilir¹¹⁹.

Doktrinde mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin farklı görüşler söz konusudur.

Bir görüşe göre, iletişimin dinlenmesi, tespiti, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, mobil telefonlar vasıtasıyla yapılan iletişimi de kapsamaktadır. Bundan dolayı iletişimin tespitinin, mobil telefonu da içine aldığı gerekçe gösterilerek bu düzenlemenin yerinde olmadığı ileri sürülmüştür¹²⁰.

Bir başka görüşe göre ise, mobil telefonun yerinin tespiti sanık veya şüphelinin yakalanması amacını taşıdığından ve CMK mad. 135/5’de ayrıca düzenlendiğinden, iletişimin dinlenmesi, tespiti, kaydedilmesi veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinden farklılık arz etmekte olup ayrı bir koruma tedbiri olarak düzenlenmelidir¹²¹.

¹¹⁸**Cumhur Şahin**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Gazi Şerhi, Ankara 2006, s. 267; **Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır**, s. 168; **Kaymaz**, s. 133; **Sezer/İpek/Parlak**, s. 87; **Meran**, s. 90; **Yardımcı**, s. 182.

¹¹⁹**Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır**, s. 168; **Kaymaz**, s. 53; **Bulduk**, s. 13; **Sezer/İpek/Parlak**, s. 85; **Meran**, s. 93; **Yardımcı**, s. 186; **Ataman**, s. 32.

¹²⁰**Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 266.

¹²¹**Handan Yokuş Sevük**, “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, **TBB Dergisi**, S. 69, Mart-Nisan 2007, s. 112.

Ayrıca bir diğer görüşe göre ise, mobil telefonun yerinin tespiti denetime tabi tutulması ayrı bir iletişimin denetlenmesi çeşidi olmayıp iletişimin tespiti ile sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin özel bir şeklidir denilmiştir¹²².

Mobil telefonun yerinin tespit edilmesi CMK'nın 135. maddesinin dördüncü fıkrasındaki ilk düzenlemesinde, şüpheli veya sanığın "kullanmakta olduğu" mobil telefonun yerinin tespitini ihtiva ediyordu. Ancak 5353 sayılı kanunla bu maddede bulunan, şüpheli veya sanığın "kullanmakta olduğu" ve "kullanılan" ibareleri madde metninden çıkarılmıştır. Böylelikle sanık veya şüphelinin yakalanması amacıyla sadece şüpheli veya sanığın mobil telefonu değil, şüpheli veya sanığa ulaşılmasını sağlayacak herhangi bir mobil telefonun yeri tespit edilebilecektir¹²³. Fakat bu değişiklik, şüpheli veya sanığın adına kayıtlı olmayan mobil telefon hakkında tespit yapılabileceği ve bunun da olumsuz netice doğuracağı ileri sürülerek eleştirilmiştir¹²⁴.

Mobil telefonun yerinin tespiti işlemine başvurulabilmesi, CMK'nın 135. maddesinde belirtilen suç kataloğu ile sınırlı değildir¹²⁵. Bütün suçlar için bu tedbire başvurulabilmesi mümkündür¹²⁶. Bununla birlikte bu tedbire sadece suç kataloğundaki suçlar için başvurulabileceği yönünde de görüş mevcuttur¹²⁷. Aksi halde her suç için telefon yeri tespiti işlemine başvurmaya yol açılmış olur¹²⁸.

Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu konuda verilecek kararda, mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilecek, tespit işlemi en çok üç ay için yapılabilecek ve bu süre, bir

¹²²Şahin, s. 265; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 168; Meran, s. 105; Sezer/İpek/Parlak, s. 93; Yardımcı, s. 187; Ataman, s. 32.

¹²³Hakan Hakeri, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması", EÜHFD, C. I, S. 1, Kayseri-2006, s. 25.

¹²⁴Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 713; Yardımcı, s. 187; Ataman, s. 33.

¹²⁵"Mobil telefonun yerinin tespiti işleminin, iletişimin tespiti koruma tedbirinin özel bir şekli olduğu kabul edilmektedir. 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" (Y. 13. C.D., 2011/19838 E., 2012/22352 K.,31.10.2012 T.).

¹²⁶Şahin, s. 379; Sezer/İpek/Parlak, s. 94.

¹²⁷Öztürk/Erdem, s. 636.

¹²⁸Soyaslan, s. 273; Ataman, s. 33.

defa daha uzatılabilecektir. Kanun hükmü, karar verme yetkisini hâkime tanımış, ancak gecikmesi sakıncalı hallerde cumhuriyet savcısının da karar vermeye yetkili olduğunu belirtmiştir. Cumhuriyet savcısı verdiği kararı en kısa zamanda hâkim onayına sunar. Gerekli süre geçmesine rağmen hâkim onayına sunulmayan kararlara dayanılarak yapılan tespit hukuka aykırılık arz eder.

Mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine sadece sanık veya şüphelinin yakalanması amacıyla başvurulabildiğinden, hükümlünün yakalanması için başvurulamaz. Bu durum doktrinde eleştirilmiştir¹²⁹.

4. Adli Amaçlı Denetlemenin Önleme Amaçlı Denetimden Farkı

Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi yoluna başvurulabilmesi için öncelikle bir suçun işlendiği yönünde kuvvetli şüphenin varlığı gerekir. Diğer bir ifadeyle, en azından soruşturma işlemlerine başlanmış olmalıdır. Önleme amaçlı denetime ise, suçun işlenmesinin önlenmesi amacıyla başvurulduğu için ortada henüz bir suç yoktur¹³⁰.

Adli amaçlı denetim CMK'da düzenlenirken, idari nitelikli olan önleme amaçlı denetim ise, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunlarında yer almaktadır.

Her iki denetim türü arasındaki bir diğer fark, adli amaçlı denetimde zarar veya tehlikenin mevcut, idari amaçlı denetimde ise zarar ihtimalin uzak olmasıdır. Adli amaçlı denetimde bir an önce tedbire başvurulması gerekebilir, aksi halde tedbire başvurmanın faydası kalmaz. İdari amaçlı denetimde ise, tedbire başvurmanın amacı suçun işlenmesinin önlenmesidir. Bu sebeple daha uzak bir tehlike söz konusudur¹³¹.

¹²⁹Taşkın, s. 88; “Beraat etme ihtimali bulunan şüpheli veya sanığın duruşmaya getirilebilmesi amacıyla yakalanması için mobil telefonun yeri tespit edilebilirken, hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunan hükümlünün cezasının infazı için yakalanması amacıyla mobil telefonun yerinin tespit edilemiyor olmasının yasal bir eksiklik olduğunu ve değiştirilmesi gerektiğini düşünüyoruz.”

¹³⁰Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 195; Hakeri/Ünver, s. 448; Kaymaz, s. 59; Bulduk, s. 169; Sezer/İpek/Parlak, s. 190.

¹³¹Kaymaz, s. 115; Ataman, s. 59.

Her iki denetim şeklinde de hâkim kararı olmadan tedbire başvurulamaz. Adli amaçlı denetime ileride uzunca değinileceği için önleme amaçlı denetime kısaca burada değineceğiz. Söz konusu tedbire başvurulması için usulüne uygun hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yazılı emir gerekir¹³².

İstisnai olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, 5397 sayılı Kanun'da belirtilen yetkili makamlar yazılı emir aracılığı ile bu tedbire karar verebilirler. Bu makamlar;

- Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarı veya yardımcısı,
- Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanı,
- Jandarma Genel Komutanı veya İstihbarat Başkanındır¹³³.

Bu makamlar tarafından verilen yazılı emirler yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli hâkim onayına sunulur. Hâkim yine yirmi dört saat içerisinde kararını verir, aksi halde yazılı emir yoluyla gerçekleştirilen önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine onay vermemiş sayılır. Bu durumda ise, derhal tedbir son bulur.

Adli amaçlı denetim ile idari amaçlı iletişimin denetlenmesi arasındaki bir diğer önemli farklılık ise, adli amaçlı denetim esnasında elde edilen delillerden ceza yargılamasında faydalanılabilir. Ancak önleme amaçlı denetim esnasında elde edilen delillerden ceza yargılamasında faydalanılamaz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 17.05.2011 tarihli, 2011/9-93 Esas ve 2011/95 Karar sayılı ilamında bu duruma ayrıntılı bir şekilde değinilmiştir.

Söz konusu Yargıtay kararında, yerel mahkeme olan Van 3. Ağır Ceza Mahkemesi sanığın telefon kayıtlarına dayanarak silahlı terör örgütüne yardım ettiği yönünde hüküm kurmuştur. Yargıtay 9. Ceza Dairesi de bu kararı onamıştır. Ancak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, sanığın yargılama boyunca kendine atfedilen suç inkâr etmesini, terör örgütü üyeleriyle telefonda konuşmadığını, kendisi hakkında daha öncesinde açılan örgüt davasında beraat ettiğini, örgüt tarafından tehdit edildiğini, kendisine ceza kesildiğini, hatta yakınlarının öldürüldüğünü savunduğunu

¹³²Sezer/İpek/Parlak, s. 191; Bulduk, s. 122.

¹³³Ataman, s. 59.

ve telefonla görüştüğü iddia edilen kişinin yakalanmadığı, telefon kayıtları haricinde başka somut delil elde edilemediği sebepleriyle itiraz yoluna başvurmuştur.

İtiraz doğrultusunda ilgili karar Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nda görüşülmüştür. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 17.05.2011 tarihli, 2011/9-93 Esas ve 2011/95 Karar sayılı ilamı ile; 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanuna 5397 sayılı kanun ile eklenen ek 5. maddede yer alan “önleme dinlemesine” değinilmiştir. Olayımızda da önleme amaçlı dinleme yapılmış olup, bu dinlemede elde edilen delillere dayanılarak mahkûmiyet kararı kurulmuştur. Ceza yargılamasının amacı maddi gerçeğe ulaşmak olsa da bu amaç sağlanırken masum kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin de korunması gerekmektedir. Bu nedenle, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi ile elde edilen delillere dayanarak kurulan yerel mahkeme kararı ve Yargıtay Ceza Dairesi kararı isabetli bulunmamıştır ve bozulmasına karar verilmiştir.

III. TARİHİ GELİŞİM

İslamiyet öncesi hukukumuzla ilgili yeterli sayıda kaynak olmadığı için burada konuyla ilgili İslamiyet dönemi Türk Hukuku içerisindeki gelişmeler ele alınacaktır.

İslamiyetin kabulünden sonraki dönemde (940-1924) Türk Devletlerinde İslam Hukuku uygulanmıştır. Ancak Osmanlı devletinde Tanzimat'la birlikte İslam Hukukundan yavaş yavaş kopuş yaşanmış Cumhuriyetin Kurulması ile tamamen Kıta Avrupası hukuk sistemi kabul edilmiştir¹³⁴.

Ceza Muhakemesi hukukunun tarihi, insanların topluluklar halinde hareket ettiği döneme kadar dayanır. İlk zamanlarda suç işlemek günah kabul edilmekte ve bunun yaptırımını olarak yakınlarına intikam alma hakkı verilmekteydi.

İslam Hukukunda genel olarak bir koruma tedbiri düzenlemesine rastlanmamakla birlikte bazı durumlarda yakalama, tutuklama¹³⁵, arama¹³⁶ gibi tedbirler uygulanmaktaydı.

¹³⁴Taşkın, s. 62; Yardımcı, s. 163.

¹³⁵Nur Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, İstanbul 1992, s. 27.

¹³⁶Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama (Yüksek Lisans Tezi), İzmir 1991, s. 15.

Bulundurulması, kullanılması, satılması suç olan nesnelerin ne olacağı konusunda ise farklı görüşler bulunmaktaydı. Hanefi mezhebine göre, söz konusu nesnelerin Müslüman malı olması sebebiyle mahkeme ilamıyla yok edilemeyeceği düşüncesi kabul edilmekteydi¹³⁷. Diğer mezheplere mensup hukukçulara göre ise, söz konusu nesnelerin daha sonra kullanılması esnasında tekrar suç olan nesnelere ile etkileşime girileceği sebebiyle yok edilmesi görüşü savunulmaktaydı¹³⁸.

“Kim, bir Müslümanın ayıbını örterse, Allahü teâlâ da onun dünya ve ahirette ayıbını örter¹³⁹” denilerek İslam Hukukunda kişilerin özel hayatlarının sınırlarının mümkün olduğunca diğer bireyler tarafından da korunması gerektiğine dikkat çekilmiştir. Ancak bu durum bireylerin suç işlemesi durumunda üçüncü kişilerin bildiklerini saklamaması gerektiği yönünde yorumlanmaması gerekmektedir.

“Kim bir mü’mini kasten öldürürse, cezası, içinde ebedî kalacağı cehennemdir. Allah, ona gazap etmiş, lânet etmiş ve onun için büyük bir azap hazırlamıştır¹⁴⁰” şeklinde belirtildiği üzere suç işlemenin özellikle can almanın en büyük suçlardan olduğu ve cezalandırılması gerektiği vurgulanmıştır.

Cumhuriyet Dönemi şu an bulunduğumuz dönem olması sebebiyle bu dönemdeki gelişmelere yeri geldikçe çalışmamızın içerisinde değinilecektir. Burada önemli olan, iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin hukukumuzda ne zaman nasıl girdiğidir.

Hukuk sistemimize iletişimin denetlenmesi kurumu ilk defa 4442 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ile 1999 yılında düzenlenmiştir¹⁴¹.

4442 sayılı Kanunda şu anki düzenlemeden farklı olarak herhangi bir suç sınırlamasına gidilmemiş olup, ilgili kanunda sayılmış olan tüm suçları kapsar şekilde denetime izin verilmiştir. Ayrıca burada yine farklı olarak suçu işleyen yanında bu suça iştirak eden, yardım eden, aracılık eden veya yataklık eden kişileri

¹³⁷Abdülaziz Musa Amir, Etta’zir fişşeriatil İslamiyye, Kahire, s. 432.

¹³⁸İbni Teymire, El Hısbe fil İslam, Kahire, s. 43.

¹³⁹Müslim, *Birr*, s. 72; Buhârî, *Mezâlim*, s. 3; Ebû Dâvûd, *Edeb* s. 38; Tirmizî, *Birr* s.19; İbni Mâce, *Mukaddime* s. 17.

¹⁴⁰Diyanet İşleri, Kur’an-ı Kerim Nisa Suresi 93. Ayet Meali. ‘<http://www.kuranmeali.org/kuran/nisa-suresi/ayet-93/2-diyamet-isleri-meali.aspx>’

¹⁴¹Taşkın, s. 62; Yardımcı, s. 164.

de ayırmamış, tedbir kapsamına dâhil etmiştir. Telefon, faks, bilgisayar vs. aletler ile kablolu, kablosuz, her nevi elektromanyetik sistem veya tek yönlü sistem ile alınan, iletilen sinyaller, yazılar, resimler, görüntüler, sesler bu tedbir kapsamında bulunmaktaydı.

Meri mevzuat gibi o zamanda tedbir kararlarının alınması için suçun işlendiği yönünde kuvvetli delillerin olması ve başka bir şekilde delil elde edilmesi imkânı bulunmaması gerekmektedir. Ayrıca yine tedbir sonucunda elde edilen delillerin mühürlenmesi ve yetkili kişilerce zapta bağlanması gerekmektedir.

5230 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 18/d maddesi ile 4422 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununu ile yeni düzenleme yapılmıştır. Daha sonra 5397 sayılı düzenleme ile yapılan değişikliklerle kolluk güçlerine, önleyici amaçla iletişimin dinlenmesi, tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, kayda alınması, teknik araçlarla izleme yapılması, kamu kurum ve kuruluşlarının elinde bulunan bilgi ve belgelerden yararlanılması gibi keyfi şekilde hareket edebilmelerini sağlayan yetkiler veren düzenlemeler yapılmıştır¹⁴².

Son olarak 6526 sayılı kanunu ile telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin şartlarında değişiklikler olmuştur. Söz konusu düzenleme ile iletişimin denetlenmesi yoluna başvurulması için kuvvetli şüphenin somut delillere dayanması gerektiği şartı getirilmiştir. Bu düzenleme ile kolluk kuvvetlerinin iletişimin denetlenmesine ilişkin keyfi hareketlerinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

IV. MUKAYESELİ HUKUK VE TÜRK HUKUKU

A. MUKAYESELİ HUKUK

Burada konumuz açısından önem arz etmesi sebebiyle burada Amerika Birleşik Devletleri'nde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında iletişimin denetlenmesini inceleyeceğiz.

¹⁴²Yardımcı, s. 164.

1.ABD’de İletişimin Denetlenmesi

ABD’de iletişimin denetlenmesi kurumu ilk defa Teknik Dinleme Kanunu ile yürürlüğe girmiştir. Bu kanunun çıkarılmasının en önemli sebebi, organize suçlarla baş edebilmektir¹⁴³.

ABD Kanun Külliyyatı 18 nolu başlık altındaki 2516 nolu bölümde telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesine konu suçlar tek tek sayılmıştır. Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurabilmek için bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekir¹⁴⁴.

Bunlar;

- Makul Sebep,
- Son Çare Prensibi,
- Kanunda Belirtilen Kişilerin Mahkeme Kararı İçin Başvurusu,
- Mahkeme Kararı,
- İletişim Aracı Belirtilmeksizin Bir Kişi Adına Çıkarılan Hâkim Kararı.

Mahkeme kararı ile bu tedbire en fazla 30 gün için karar verilebilmektedir. Sürenin yeterli olmaması durumunda tekrar mahkemeye başvurulur. Mahkeme yine en fazla 30 gün olarak tedbir süresini uzatabilir¹⁴⁵.

Burada “USA Patriot” (ABD Vatanseveri) adlı güvenlik yasa paketine değinmek gerekir. 11.09.2001 tarihinde Dünya Ticaret Merkezinin ikiz kulelerine yönelik gerçekleşen ve 18.09.2001 tarihinde şarbon tozu zarflarıyla 5 kişinin ölümüne neden olan terör saldırıları sonucunda 24.10.2001 tarihinde bu tarihi yasa meclisten geçmiştir.

USA Patriot yasası ile Amerikan istihbarat ve güvenlik birimlerine çok geniş yetkiler verilmiştir. Bunlardan en önemlisi, mahkeme kararı olmaksızın FBI’ya kişilerin her türlü iletişimini dinleme ve kayıt altına alma yetkisi verilmesidir.

¹⁴³Ali Özdoğan, Teknik Dinlemeye Dair, “Gizli Dinleme Kanunlarına ve Uygulamalarına Dair Bir Araştırma”, Emniyet Genel Müdürlüğü İDB Yayınları No: 92, Ankara 2004, s. 30.

¹⁴⁴Yardımcı, s. 65.

¹⁴⁵Yardımcı, s. 66; Bulduk, s. 50.

Bunun yanında güvenlik birimlerine Amerikan vatandaşı olmayanları süresiz gözaltında tutma, şüpheliler hakkında izinsiz ev ve işyerlerine girme ve kişisel mali bilgilere ulaşma gibi çok kapsamlı yetkiler tanınmıştır¹⁴⁶. Dünyanın en özgür ülkesi olarak adlandırılan Amerika temel hak ve özgürlüklere bu denli müdahalede bulunan aşamalardan geçerek güncel konumunu almıştır¹⁴⁷.

2. AİHM İçtihatlarında İletişimin Denetlenmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesinde, kişilerin özel ve aile hayatı ile konutuna ve haberleşmesine keyfi olarak müdahalede bulunulamayacağı ifade edilmiştir. Ancak istisnai hallerde müdahalenin mümkün olduğu haller yine sözleşmede tek tek sayılmıştır. Ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın, ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmaktadır. Bu tedbir demokratik toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülerek uygulanmalıdır.

AİHM iletişimin denetlenmesine karar verirken;

- Müdahale edilen hakkın sözleşmeyle korunan bir hak olup olmadığı,
- Korunan hakka bir müdahalenin varlığı,
- Sınırlamanın kanunla yapılması,
- Sınırlamanın meşru amaçlar için yapılması,
- Sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olması,
- Sınırlamanın orantılı olması gibi kriterleri göz önünde bulundurmakta ve söz konusu tedbirin hukuka uygun olup olmadığına karar vermektedir¹⁴⁸.

B. TÜRK HUKUK UYGULAMASININ YARGITAY KARARLARI İŞİ- ĞİNDA ELE ALINMASI

İletişimin denetlenmesi koruma tedbirine ilişkin yapılan temyiz başvuruları sonucunda verilen Yargıtay kararlarına ilişkin yaptığımız incelemede, Yargıtay'ın genellikle madde metninde tedbirin uygulanması için belirtilen şartları somut olayda

¹⁴⁶<http://amerikabulteni.com/2014/12/11/bir-ulusal-guvenlik-yasa-paketi-patriot-act/>

¹⁴⁷Bulduk, s. 51.

¹⁴⁸Juan Carlos Da Silva/Albrecht Stange/Fatih Birtek, s. 215-221.

aradığı tespit edilmiştir. Bu şartlardaki eksiklikleri bozma nedeni sayıp, tedbiri hukuka aykırı olarak kabul etmiştir. Aşağıda Yargıtay'ın emsal oluşturabilecek bazı kararları ele alınmıştır.

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 07.06.2016 tarihli, 2015/12837 Esas ve 2016/7541 Karar sayılı ilamında sanık N.G hakkında ihaleye fesat karıştırmak suçundan CMK'nın 135. maddesi uyarınca iletişimin dinlenmesi kararı verildiği, denetim sırasında soruşturma konusu suç ile ilgisi olmayan bir suçun işlendiğine dair telefon konuşmalarının tespit edildiği, sanığında suçu inkâr ettiği anlaşılmıştır. Yargıtay 8. Ceza Dairesi bu kapsamda suçun katalog şeklinde sayılan suçlardan olmaması sebebiyle CMK'nın 138/2 ve 206/2-a maddeleri uyarınca iletişimin tespiti tutanaklarını kanuna aykırı delil olarak saymıştır.

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 16.02.2015 tarihli, 2014/21055 Esas ve 2015/9560 Karar sayılı ilamında sanıklar H.O, M.E ve C.Z hakkında iletişimin dinlenmesine karar verildiği, denetim sonucunda sanıklar arasında geçen telefon görüşmelerini içeren tespit ve çözüm tutanaklarının yerel mahkeme tarafından duruşma esnasında CMK'nın 216. maddesi uyarınca okunup sanıklara diyecekleri sorulmadan hüküm kurulması bozma sebebi sayılmıştır. Burada Yargıtay 8. Ceza Dairesi tutanakların dosya içerisinde bulunmasını yeterli görmeyip sanıkların savunma haklarının önemini vurgulanmıştır.

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 02.03.2015 tarihli ve 2014/32254 Esas ve 2015/12805 Karar sayılı ilamında sanık M.İ hakkında verilen iletişimin dinlenmesi denetimi sonucunda sanığın 1500 adet mermi temin ettiği değerlendirilmiştir. Ancak söz konusu mermilerin yakalanamaması ve bu nedenle 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun kapsamında olup olmadığının tespit edilemediği, sanığın suçu inkârı gözetildiğinde, maddi bulgularla desteklenemeyen iletişimin tespiti tutanaklarının tek başına sanığın mahkûmiyeti için yeterli olmadığı belirtilerek bozma kararı verilmiştir. Bu durum tezimizin içerisinde de belirttiğimiz üzere iletişimin tespiti tutanaklarının tek başına hüküm kurmaya yeterli olmadığını göstermektedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 23.02.2016 tarihli, 2014/5 Esas ve 2016/83 Karar sayılı ilamında sanık C.D hakkında iletişimin denetlenmesi kararı verilmiştir.

Talep yazısında telefon numarası, kayıtlı olan kişinin kimlik bilgileri doğru yazılmasına rağmen kullanıcısının sanık M.E olduğu ancak sanık C.D'nin kullanıcı olarak gösterildiği anlaşılmıştır. Bu sebeple Yargıtay Ceza Genel Kurulu iletişimin denetlenmesi kararının hukuka aykırı olduğuna karar vererek bu delillerin hükme esas alınmayacağını vurgulamıştır.

Danıştay 16. Dairesinin 11.11.2015 tarihli, 2015/3643 Esas ve 2015/6993 Karar sayılı ilamında, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen delillerin, ilgisiz üçüncü kişiler hakkında yürütülen disiplin soruşturmasında kullanılması ve sadece bu delillere dayanılarak disiplin cezası verilmesi sonucunda Danıştay 16. Dairesi tarafından HSYK Genel Kurulu işleminin Anayasanın 20. maddesinde belirtilen özel hayatın gizliliği ve AİHS'in 8. maddesinde belirtilen özel hayatın gizliliği ilkelerine orantısız bir şekilde müdahalede bulunduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.

Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 29.04.2015 tarihli, 2015/16 Esas ve 20015/737 Karar sayılı ilamında sanıklar M.B ve E.G hakkında 3 ay süreyle iletişimin denetlenmesine karar verildiği, söz konusu sürenin bitmesinden itibaren denetlemeye ilişkin kayıtlar çözülüp hâkim önüne konulmadan evrak üzerinden sürenin uzatılmasına karar verildiği anlaşılmıştır. Söz konusu kararda, uzatma kararının isabetsiz olduğu ve bunun sonucunda elde edilen delillerinde hukuka aykırı olduğu belirtilmiş olsa da sürenin uzatılmasından önceki delillerin ve harici elde edilen delillerin suçun işlendiği yönünde kanaatinin oluşmasında yeterli olması sebebiyle bu husus bozma sebebi yapılmamıştır.

Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 18.01.2016 tarihli, 2015/8055 Esas ve 2016/343 Karar sayılı ilamında sanık M.N.Z hakkında 3 ay süreli olarak iletişimin dinlenmesine karar verildiği, sonra 3+3 ay olmak üzere toplamda 6 ay daha bu sürenin uzatıldığı anlaşılmıştır. Yargıtay 16. Ceza Dairesi, karar tarihlerinde yürürlükte olan CMK'nın 135.Maddesinin üçüncü fıkrasına aykırı olarak sürenin 3 ay fazla uzatıldığına karar vermiştir.

İlgili madde uyarınca tedbire 3 ay için karar verilebileceği ve bu sürenin bir defa daha uzatılabileceği anlaşılmaktadır. Şu anki hüküm ise tedbirin 2 aylık süre için verilebileceği ve 1 ay daha uzatılabileceği şeklindedir. Örgüt faaliyetleri

kapsamında olan suçlar için her defasında 1 ay olmak üzere toplamda 3 ay daha bu süreler uzatılabilmektedir.

Yargıtay 16. Ceza Dairesinin emsal oluşturabilecek olan 28.12.2015 tarihli, 2015/185 Esas ve 2015/5279 Karar sayılı ilamında olaylar şöyle gelişmiştir: Mahalli mahkemece sanıklar İ.E, C.G, T.S, F.Ç ve E.A'nın iletişimleri dinlenmiş, kayda alınmış, çözümlenmiş ve mahkûmiyet kararına dayanak teşkil etmiştir.

Somut olayda sanıklar hakkında ilki 05.05.2009, sonuncusu ise 03.11.2009 tarihli olmak üzere toplam 11 dinleme ve uzatma kararı verilmiştir. Ancak tedbir kararlarına dayanak olan talep yazılarını düzenleyen soruşturma makamının, kuvvetli suç şüphesi sebeplerinin dayanağını oluşturan bilgilere nasıl ulaştığı anlaşılammıştır. Tüm mağdurların ifadeleri tedbir sonlandırıldıktan sonra alınmıştır. 14.05.2009 tarihli ihbar mektubunu yazan kişi hayali bir mağdurdur. Ayrıca soruşturma makamlarına başvuran 3 mağdurdan hiçbirinin anlatımı ihbarcıya uymamaktadır. Tüm bu hususlardan anlaşılan kuvvetli suç şüphesi sebeplerinin dayanağının talep yazılarında bulunmaması hukuka aykırı olarak elde edildiklerini göstermektedir. Öte yandan tedbir kararları verilmeden önce başka suretle delil etme yönünde herhangi bir çaba sarf edilmemiştir. Kararın önemli ve ayrıntılı olarak incelenen kısmı ise hukuka aykırı olarak elde edilen bu delillerin hükme esas alınıp alınmayacağı hususudur.

Söz konusu kararla ilgili olarak; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre; kanuna aykırı deliller teorisi çerçevesinde yabancı sistemlerin hukuka aykırılıktan anladıklarının, sanığın Anayasa ile teminat altına alınmış olan haklardan birinin bir devlet organı tarafından yapılmış bir işlemle ihlal edilmiş olmasıdır.

Ceza Genel Kurulunun 10.12.2013 tarih ve 2013/399 sayılı kararında ceza muhakemesinin amacının usul kurallarının öngördüğü ilkeler doğrultusunda maddi gerçeğin her türlü şüpheden uzak bir biçimde kesin olarak belirlenmesi olduğu belirtilmiştir. Delillerin serbestliği, delilleri takdir yetkisi ve yüklenen suç hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir ilkeleri vurgulanmıştır. Ayrıca delil elde etmeye yönelik her hukuka aykırılığın o delilin yargılamada kullanılmasına engel oluşturup oluşturmayacağı hususu üzerinde durulmuştur. Eğer

ihlal edilen kural bir hak ihlaline neden olmuyor ve adil yargılama ilkesini zedelemiyorsa o delil yargılamada değerlendirilebilecektir.

Ayrıca 5271 sayılı CMK'nın 217. maddesinin ikinci fıkrasının gerekçesinde; hükme esas alınmasına engel oluşturan hukuka aykırılıkların “sanığın temel haklarını” ihlal eden aykırılıklar olduğu belirtilmiştir. Muhakeme sonucunda yapılan işlemler bir bütün olarak değerlendirilmeli ve muhakeme neticesinde, hukuka uygun veya aykırı yöntemlerle elde edilen deliller kullanılarak verilen hüküm Anayasanın 36. maddesinde belirtildiği şekilde “adil” ise, bir delil hukuka aykırı bir yöntemle elde edilmiş olsa dahi yargılamada kullanılacaktır¹⁴⁹. Hak ihlali kriterlerine yer vermeyen, en ufak şekli aykırılıklarda dahi bozma sebebi sayacak olan bir değerlendirme son derece ağır sonuçların doğmasına sebep olabilecektir¹⁵⁰.

AİHM P.G ve J.H/Birleşik Krallık ve Khan/Birleşik Krallık davalarında, soyut şekilde hukuka aykırı delillerin dışlanmaması gerektiği belirtilerek önemli olanın ‘yargılamanın bir bütün olarak adil olması’ gereği vurgulanmıştır. Aynı doğrultuda Ceza Genel Kurulu 20.05.2014 tarihli ve 2014/268, 03.06.2014 tarihli ve 2014/302 sayılı kararlarında soruşturmanın bir bütün olarak adil olması karşısında hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan delillerin hükme esas alınabileceğini belirtmiştir.

Tüm bu sayılan sebepler karşısında kanun koyucu CMK'nın 217. maddesindeki düzenlemede önemli/önemsiz hukuka aykırılık diye bir ayrıma gitmemiştir. Bizde, doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında kabul edilen bu görüşü tamamen hatalı kabul etmeyip, elde edilmesinde basit şekli hukuka aykırılık bulunan delillerin hükme esas alınabileceği görüşünü savunmaktayız.

Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 26.04.2016 tarihli, 2015/5406 Esas ve 2016/3084 Karar sayılı ilamında; sanıklar N.T, M.Z.T ve İ.T'nin iletişimin dinlenmesi kararı kapsamında avukat ile görüşmelerinin yer aldığı ve bu kayıtların CMK'nın 136. maddesi kapsamında yerel mahkeme tarafından hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmediği belirtilerek karar bozulmuştur.

¹⁴⁹Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1080; Yardımcı, s. 68.

¹⁵⁰Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin F. Saygılar/Esra Alan, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı 2010, s. 376.

C.DENETİMİN BAZI TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERLE İLİŞKİSİ

İnsan ilişkilerinin temelini oluşturan haberleşme, insanlar arasındaki duygu, düşünce ve bilgilerin akışının gereği olarak ortaya çıkmıştır. Haberleşme özgürlüğünün keyfi olarak gereğinden fazla engellenmesi halinde, kişilerden duygu ve düşüncelerini rahat bir şekilde açıklaması beklenemez. Bu durumun oluşmaması için haberleşme hürriyeti Anayasa ile korunmaktadır. Anayasanın 22. maddesindeki hüküm ile haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu ve istisnai durumlarda bu hakkın sınırlandırılabilirliği açık bir şekilde ifade edilmiştir. İstisnai durumlara da genel hatlarıyla ikinci fıkrada değinilmiştir¹⁵¹.

İkinci fıkrada sayılan haller şunlardır;

- Milli güvenlik,
- Kamu düzeni,
- Suç işlenmesinin önlenmesi,
- Genel sağlık,
- Genel ahlakın korunması,
- Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması.

1. Özel Hayatın Gizliliği

Hukuk devletinde kişilere hayatlarını idame ettirecekleri, maddi ve manevi olarak kendilerini tatmin edecekleri serbest bir alan tanınmıştır. Bu alan ülkenin siyasi rejimini gösteren en büyük göstergelerden biridir. Bu alan ne kadar geniş ve serbestse, siyasi rejim o kadar hürriyetçi ve demokratiktir; ne kadar darsa da o kadar baskıcı ve otoriterdir¹⁵².

Burada en önemli sorunlardan biri özel hayatın kapsamı ve tanımıdır. Her geçen gün ilerleyen sosyal imkânlar ve teknoloji ile bu tanım ve kapsam sürekli olarak değişim ve gelişim göstermektedir¹⁵³. AİHM bir kararında bu duruma değinmiştir. Kilkelly olarak adlandırılan davada "özel hayatın genişliği sebebiyle

¹⁵¹ Kaymaz, s. 75; Yardımcı, s. 66.

¹⁵² Kaymaz, s. 78; Bulduk, s. 25; Sezer/İpek/Parlak, s. 18; Yardımcı, s. 114; Uğur Aşkın, s. 6.

¹⁵³ Uğur Aşkın, s. 6.

tanımının yapılamayacağı" diyerek bu hususa değinmiştir. AİHM'in, özel hayat ile ilgili olarak yaklaşımı; *"kişilerin bireysel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir iç alanla kısıtlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmanın aşırı sınırlayıcı olacağı..."* şeklindedir¹⁵⁴.

Tüm bu sayılan sebeplerle bireylerin dini, inancı, felsefi görüşü ve cinsel yaşamı her türlü müdahaleden ari olmalıdır. Ancak bir suçun oluşması durumunda ve CMK'nın 135. maddesinde belirtilen usulle iletişim denetlenerek soruşturma ve kovuşturma aşamalarına konu olabilmektedir.

2.İletişim Özgürlüğü

İletişimin denetlenmesi, hukuk devleti ilkesi (Any. mad. 2) kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı (Any. mad. 17), düşünce özgürlüğü (Any. mad. 25) ile hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya ve bu yolda delil göstermeye zorlanamaz (Any. mad. 38/5.) hükümlerini ihlal etmektedir¹⁵⁵. Ayrıca Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 12. maddesinde haberleşme özgürlüğü yani iletişim özgürlüğü sıkı bir şekilde korunmuştur. Bireylerin ya da devletin kendi istekleri doğrultusunda kişilerin özel hayatlarına, iletişimlerine, ailelerine ve ailesi ile beraber yaşadıkları yerlerine müdahalede bulunamayacağı ve bu doğrultuda mağdur olan kişilerin kanun yollarına başvurabileceklerini ayrıca belirtmiştir¹⁵⁶.

¹⁵⁴Ursula Kilkelly, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz) İnsan Hakları El Kitapları, No:1, Ankara 2003, s. 9.

¹⁵⁵Ergun Özbudun, Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, AÜHFD, 50. Yıl Armağanı, C. 1, Ankara 1997, s. 287.

¹⁵⁶"Gizlilik içeren bir yetki kullanımı sırasında doğabilecek keyfiliğin önüne geçmek olduğu, telekomünikasyon yoluyla yapılan **iletişim özgürlüğü** ve gizliliği Anayasamızın 22. maddesinin koruması altında olup, bu gizliliğe müdahale edilmesinin **iletişim özgürlüğü** ve gizliliği ilkesini ihlal edeceği gibi, özel hayatın gizliliği ilkesini de ihlal edeceği, ancak dava konusu somut olayda bireylerin temel hak ve özgürlüklerine daha az sınırlama getiren bir tedbirle amacı gerçekleştirmenin (delil elde etme, diğer şüphelilere ve maddi hakikate ulaşma vb.) mümkün olmadığı, CMK'nın 135 ve 140. maddeleri kapsamında uygulanan tedbirlerin ulaşılmak istenen amaç için uygun olduğu, yine somut olayda yukarıda belirtilen temel hak ve hürriyetlerden kısıntı olarak ödenen bedel ile bir yandan korkulan zararın ağırlığı, bir yandan da zarar ihtimalinin kuvveti arasında ihtiyacın gerektirdiği ölçüde ikili bir dengenin bulunduğu, Açıklanan nedenlerle, dava konusu somut olayda şüpheliler haklarında, iletişimin tespiti, dinlenilmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme koruma tedbirlerine başvurulmasının ceza muhakemesi anlamında yasal dayanaklarının mevcut oldu-

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 17.maddesi ile de iletişim özgürlüğüne bir koruma sağlanmıştır. Burada yukarıdaki Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne ek olarak, kişilerin onur ve itibarlarının da yine saldırı konusu edilemeyeceği özel olarak belirtilmiş ve burada da farklı bir dille kişilerin bu saldırı ve müdahalelere karşı hukuk tarafından korunacağı vurgulanmıştır¹⁵⁷.

İletişim özgürlüğü, hak sahibinin dilediği kişilerle, dilediği şekilde iletişim kurmasının engellenmemesi ve bu iletişimin ilgililerin izin ve onayı olmadan, üçüncü kişilerin algı ve müdahalesinden korunması şeklinde tanımlanmaktadır¹⁵⁸. Bu hak teknolojik ilerlemeler ile sürekli olarak değişim ve gelişim göstermektedir.

İletişim özgürlüğü Yargıtay içtihatlarında da en çok korunan özgürlüklerden biridir. Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 21.10.2010 tarihli, 2009/13923 Esas ve 2010/10697 Karar sayılı ilamında bu duruma değinmiştir.

Karara konu olayda; tedbire konu kişi ile üçüncü kişi arasında geçen telefon konuşmaları tedbir kapsamında dinlenilmiş olup, muhafaza altına alınacağı yerde hukuka aykırı olarak kimliği de belirtilmek suretiyle yayınlanmıştır. Bu deliller muhafaza altına alınıp yetkili mahkemeye gönderilmesi gerekirken ifşa edilmiştir. Bu nedenle temyize konu karar bozularak davacı lehine tazminat verilmesi gerektiği yönünde karar verilmiştir. Özel yaşamın gizliliği ve haberleşme özgürlüğüne saldırı niteliği taşıyan bu karar Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına bir örnek olarak gösterilebilir.

İletişim özgürlüğüne yönelik engellemenin varlığını tespit ederken, özel hayata saygı hakkının ihlal edilip edilmediğinin ayrıca araştırılmasına gerek yoktur. İletişim özgürlüğüne zarar verilirken özel hayata saygı hakkına da zarar verileceği gibi bir doğru orantı bulunmamaktadır¹⁵⁹.

ğu ve bunların da yasaya uygun ve doğru olarak tatbik edildiği” (Y. 5.C.D., 2013/16791 E., 2014/516 K. 17.01.2014 T.).

¹⁵⁷Kaymaz, s. 81; Bulduk, s. 30; Sezer/İpek/Parlak, s. 18; Yardımcı, s. 117.

¹⁵⁸İsa Çelik, Postada Elkoyma (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2016 (2. Baskı), s.77.

¹⁵⁹Aşkın, s. 6; Gülşen Yıldırım, Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Meseken: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. Maddesinin Genişlemiş Yorumu ile Sağlanan Koruma, TBB Yayınları, Ankara 2004, s. 391-392.

Kişilerin özel hayatına veya iletişimine diğer kişiler veya devlet tarafından müdahale edilmesi, mağdurun kişiliğinin yıkımına ve bir takip edilme paranoyasına sebep olabilecektir. Bu müdahalelerin sıklığı ile devletin demokratikliği arasında ters orantı bulunmaktadır¹⁶⁰.

¹⁶⁰**Fatih Birtek**, *İstihbarat Amacıyla İletişim Özgürlüğüne Müdahale Edilmesi ve Müdahaleden Elde Edilen Materyallerin Delil Olarak Kabul Edilebilirliği*, Ceza Hukuku Dergisi, Y. 6, s. 16.

İKİNCİ BÖLÜM

**TÜRK HUKUKUNDA TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA
YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ**

I. KONUYLA İLGİLİ HUKUKUMUZDAKİ YASAL DÜZENLEMELER

A. ANAYASALARDAKİ DÜZENLEMELER

1. 1921 Anayasası

1921 Anayasası yirmi üç maddeden oluşmuş kısa bir metindir. İlk dokuz maddesi devletin dayandığı temel ilkeleri saymaktadır. Ancak genel itibariyle 1921 Anayasası'nda haberleşme özgürlüğüne ya da haberleşmenin denetlenmesine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır¹⁶¹.

2. 1924 Anayasası

1924 Anayasası'nda da yine özel hayatın gizliliğini ifade eden bir madde yoktur. Ancak 1924 Anayasası'nın 71. maddesinde, “*Can, mal, ırz, mesken her türlü taarruzdan masundur*” hükmü ile konut dokunulmazlığı ve yaşam hakkı korunmuştur. Anayasa'nın 81. maddesinde ise, “*Postalara verilen evrak, mektuplar ve her nevi emanetler salâhiyettaf müstantik ve mahkeme kararı olmadıkça açılmaz ve telgraf ve telefon ile vâkı olan muhaberatın mahremiyeti ihlâl olunamaz*” denilmek suretiyle haberleşme hürriyeti düzenlenmiş olup, özel hayatın gizliliğinin teminat altına alınması amaçlanmıştır¹⁶². Bu bakımdan, 1924 Anayasasının 81. maddesi ile ilk kez haberleşmeyle ilgili bir hükme anayasada yer verilmiştir.

Yine 1924 Anayasası'nın 68. maddesinde “*Her Türk hür doğar, hür yaşar. Hürriyet başkasına muzır olmayacak her türlü tasarrufatta bulunmaktır. Hukuku tabiyeden olan hürriyetin herkes için hududu başkalarının hududu hürriyetidir. Bu hudut ancak kanun marifetiyle tesbit ve tayin edilir.*” denilmek suretiyle hürriyetlerin kanunla sınırlandırılabilmesi belirtilmiş ve kamu hürriyetinin meclisçe çıkarılacak bir kanunla ölçüsüzce sınırlandırılmasının yolu açılmıştır¹⁶³. Hakikaten 1924 Anayasası, yürürlükle olduğu zaman ve şartlar göz önüne alınarak değerlendirildiğinde mantıklı görünen bu tedbir, kişilerin ve toplumun bilinçlenmesi ve özgürleşmesi ile değiştirilmiştir.

¹⁶¹Bulduk, s. 111.

¹⁶²Ahmet Danışman, *Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması*, Konya 1991, s. 92.

¹⁶³Özbudun, s. 11.

3. 1961 Anayasası

1961 Anayasası, özel hayatın gizliliği ve özel hayatın korunması hakkını Türkiye’de ilk defa düzenleyen Anayasa olmakla birlikte, dünyada da bu hakka yer veren ilk anayasalardandır¹⁶⁴. 1961 Anayasasının 15. maddesi hükmüne göre, “*Özel hayatın gizliliğine dokunulamaz*”.

Özel hayatın gizliliği bakımından, adli kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklı tutulmuştur. “*Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de, kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz*” denilmek suretiyle özel hayatın gizliliği, Anayasanın 17. maddesi hükmü olan, “*Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Kanunun gösterdiği hallerde, hâkim tarafından kanuna uygun olarak verilmiş bir karar olmadıkça, bu gizliliğe dokunulamaz*” denilmek suretiyle de özel hayatın gizliliği ile haberleşme hürriyeti teminat altına alınmış ve hâkim kararı olmaksızın haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilemeyeceği düzenlenmiştir¹⁶⁵.

1961 Anayasası’nın 15 ve 16.maddelerinde hâkim kararı yanında yasa ile yetkilendirilmiş makamın kararı ile kişinin üstünün, eşyasının ve konutunun aranabileceği ve eşyasına el konabileceği düzenlendiği halde; haberleşme hürriyeti ve gizliliğini düzenleyen 17. maddede bu hakkın sınırlandırılmasına ilişkin karar verebilecek bir yetkili makam öngörülmemiştir¹⁶⁶.

4. 1982 Anayasası

1982 Anayasasının “*Temel Hak ve Ödevler*” başlıklı ikinci kısmının, “*Kişinin Hakları ve Ödevleri*” başlıklı ikinci bölümünde, özel hayatın gizliliği ve korunması başlığı altında haberleşme hürriyeti düzenlenmiştir¹⁶⁷.

1961 Anayasası'nda olduğu gibi, 1982 Anayasası'nda da haberleşme özgürlüğü özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilmiştir. Anayasanın 22. maddesinde

¹⁶⁴Danışman, s. 92, 93; Taşkın, s. 62.

¹⁶⁵Bulduk, s. 116; Taşkın, s. 62.

¹⁶⁶Taşkın, s. 62.

¹⁶⁷Taşkın, s. 64; Yardımcı, s. 164

“Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalır. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir” denilmiştir.

1982 anayasası özel hayatı ve haberleşme hürriyetini güvence altına almış, kamu otoritesinin, kişilerin haberleşme hürriyetine ilişkin müdahalelerinin bu sınırlar çerçevesinde ve belirtilen koşulların varlığı halinde, hâkim kararı veya onayıyla mümkün olabileceğini belirtmiştir¹⁶⁸. 1961 Anayasası'nın haberleşme hürriyeti ve gizliliğini düzenleyen 17. maddesinde bu hakkın sınırlanması hususunda hâkimden başka bir organa yetki verilmemiştir. 1982 Anayasasının özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı haklarında olduğu gibi haberleşme hürriyeti ve gizliliğini düzenleyen 22. maddesinde bu hakkın sınırlandırılmasında gecikmede sakınca bulunan hallerde kanunun yetkili kıldığı organa geçici olarak görev vermiştir¹⁶⁹. Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi gibi son derece hassas bir konuda öncelikle hâkim kararının; gecikmede sakınca bulunan hallerde de savcının değil kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emrinin aranması yerinde bir tespittir. Özellikle, suçla mücadelede ekonomik sıkıntılarla birlikte zor şartlarda mücadele etmeye çalışan istihbarat kurumlarının, savcının değil kanunla yetkili kılınacak merciin yazılı emri doğrultusunda işlem yapabilmeleri yerinde bir düzenlemedir¹⁷⁰.

1982 Anayasasında temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırını belirleyen Anayasanın 13. maddesinde *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve an-*

¹⁶⁸Ersan Şen, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2007, S. 4, s. 100.

¹⁶⁹Yardımcı, s. 165.

¹⁷⁰Bahri Öztürk, “Anayasa Değişikliklerinin Ceza Muhakemesine Etkileri”, 16. Hukuk İhtisas Semineri, Terör Örgütlü Suçla Mücadele ve İnsan Hakları, S.2-3, 18-21.04.2002, Çeşme/İzmir s. 44.

cak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” şeklinde ifade edilmiş ve haberleşme hürriyetini düzenleyen Anayasanın 22. maddesi iletişimin denetlenmesi tedbirinin Anayasal dayanağı, sınırı ve şartlarını belirlenmekte ve haberleşme hürriyetinin sınırlanmasına ilişkin getirdiği hükümlerle haberleşme hürriyetini güvence altına almaktadır. Bireyin özel hayatı ve bu kapsamda yer alan muhaberat hürriyeti ne sebeple olursa olsun sürekli takip imkânına tabi tutulabilecek kamuya açık alanlardan değildir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması istisnai bir durumdur. Bu anlayışın aksi yönündeki düzenleme ve uygulamalar 1982 anayasasının 13. maddesinin ihlali sayılacaktır¹⁷¹.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin önleyici amaçlı denetlenmesi, anayasal bir hak ve güvence olarak 1982 anayasasının “*Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*” üst başlığı altında düzenlenen 20 ve 22. maddelerindeki düzenlemelerle ilgilidir. Anayasa, AİHS'de öngörülen şartlara uygun, sınırlama nedenlerine paralel bir düzenleme getirerek mad. 20 ve 22'de özel hayata saygıyı ve iletişim özgürlüğünü esas almıştır. İletişim özgürlüğünün hangi durumlarda sınırlandırılacağı 22. maddenin ikinci fıkrasında gösterilmiştir. Buna göre milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak iletişime müdahale edilebilir. Bu ifadeye göre, hiç kimse yukarıda sayılan suçlamaların dışında iletişimin denetlenmesine karar veremez, Anayasaya aykırı hükümler ihdas edemez. Devlet ancak bireylerin iletişim özgürlüğüne müdahaleye ilişkin olarak belirtilen şartlar kapsamında ve hâkim kararı veya yetkili mercilerin onayı ile geçici olarak izin verebilir¹⁷².

B. 1 HAZİRAN 2005 ÖNCESİ YASAL DÜZENLEMELER

1. Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu

Tüm dünyada olduğu gibi, ülkemizde de, organize suçların yarattığı tehlike giderek artmıştır. Klasik ceza muhakemesi tedbirleri yerine, özel bazı soruşturma teknikleri kullanılmadan bu suçlarla mücadele edilemeyeceği gerçeği, tüm dünya tara-

¹⁷¹Şen, s. 36; Taşkın, s. 65.

¹⁷²Turhan, s. 4; Yardımcı, s. 165.

findan kabul edilmektedir. Bu gelişmelerin ülkemize yansımaları sonucunda, örgütlü suçlarla mücadeleyle ilişkin olarak 1995 yılında başlatılan çalışmayla hazırlanan tasarı, birçok evreden sonra ancak 1999 Temmuz ayında İçişleri Bakanlığı tasarısı olarak TBMM'ye sunulmuştur¹⁷³. 30 Temmuz 1999 tarihinde de TBMM'de kabul edilmiştir. 01.08.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununa (ÇASÖMK) göre, "*Kanunda öngörülen suçları işleme veya bunlara iştirak yahut işlendikten sonra faillere her ne suretle olursa olsun yardım, aracılık veya yataklık etme kuşkusu altında bulunma*" şartıyla iletişimin tespiti ve dinlenmesi mümkün idi¹⁷⁴.

İletişimin dinlenmesi ve tespitine ilişkin kararlarda, ancak kuvvetli belirtilerin varlığı aranacaktı. Ayrıca, başka bir tedbir ile failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesi mümkün ise, iletişimin dinlenmesine veya tespitine karar verilmesi mümkün değildi.

Anayasada, özel hayatın ve haberleşme hürriyetinin güvence altına alınması, kişilerin haberleşme hürriyetine ilişkin müdahalelerin, belirlenen sınırlar çerçevesinde ve belirtilen koşulların varlığı halinde, hâkim kararı veya onayıyla mümkün olabileceği öngörülmektedir¹⁷⁵.

4442 sayılı Kanununun 2. maddesinde de; "*Dinleme veya tespite veya kayıtların incelenmesine hâkim karar verir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da bu hususlarda yetkilidir*" denilmektedir.

Hâkim kararı olmaksızın yapılan bu gibi işlemlerin yirmi dört saat içinde hâkim kararına bağlanması şarttır. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır." ibaresine yer verilmişti.

Dinleme ve tespit kararları en çok üç ay için verilebilirken, bu süre en çok iki defa üçer aydan fazla olmamak üzere uzatılabilmekteydi. Denetim süresinde şüphenin ortadan kalkması durumunda, tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından kaldırılıp, tedbir sonucu elde edilen veriler Cumhuriyet savcısının denetimi altında on gün için-

¹⁷³Yardımcı, s. 172.

¹⁷⁴Bulduk, s. 126; Yardımcı, s. 172; Ataman, s. 42.

¹⁷⁵Ataman, s. 43.

de yok edilip, ilgili durum bir tutanakla belirlenmekteydi. Ayrıca, Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği kolluk mensubu, iletişim kurum ve kuruluşlarında görevli veya böyle bir hizmeti vermeye yetkili olanlardan dinleme ve kayda alma işlemlerinin yapılmasını ve bu amaçla cihazların kurulmasını istediğinde, bu istemin derhal yerine getirileceği, işlemin başladığı ve bitirildiği tarih ile saatin bir tutanakla kayıt altına alınacağı öngörülmekteydi¹⁷⁶.

Kanunun 2. maddesinde, kanunda öngörülen suçların faillerine veya ilgililerine ait telefon, faks, bilgisayar gibi yazılı veya sözlü tüm iletişimin yetkililerce dinlenebilmesi veya tespit edilebilmesi imkânı, belirli şartlara bağlanmıştır. Dinlenecek veya tespit edilecek iletişim, maddenin birinci fıkrasında tüm teknik gelişmeler sonucu üretilecek araçları kapsayacak şekilde tarif edilmiş ve ayrıca tarifte tüm iletişim araçlarından da bazı örnekler verilmiştir.

2. Polis Vazife Ve Salahiyeti Kanunu

Günümüzde toplum ve devlete gelecek olan tehlikelerin önceden sezilmesi ve bunların önlenmesi için tedbir alınması, demokratik hukuk devletinin korunması açısından kaçınılmaz bir sorumluluk olmuştur. 1985 yılında PVSK'ya eklenen Ek 7. maddede yer alan hükümler, önleyici kolluk hizmetleri için dayanak oluşturmakta ve verilen yetki ile sadece istihbarat faaliyetlerinde bulunma yetkisi verilmekteydi. Bu maddeye göre, iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması olanağı bulunmamaktaydı¹⁷⁷.

PVSK'nın ek 7. maddesinin birinci fıkrasında yer alan istihbarat yetkisinin, açık ve net bir şekilde düzenlenmediği ve bu şekliyle yetkinin kötüye kullanılmasına ve keyfi uygulamalara imkân sağlayacak bir düzenleme olduğu ifade edilmekteydi¹⁷⁸.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin önleme amaçlı olarak da uygulanması haberleşme hürriyeti ile ilgilidir. Anayasada bulunan haberleşme hürriyeti ile ilgili düzenleme nedeniyle, Türkiye'de istihbarat hizmetlerinin yapılabilmesi için kanuni bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç duyulmaktaydı. 03.07.2005 tarihli 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Ka-

¹⁷⁶Bulduk, s. 157.

¹⁷⁷Ataman, s. 46; Bulduk, s. 135.

¹⁷⁸Ataman, s. 46.

nun ile PVSK'nın ek 7. maddesi ile polise verilen görev ve yetkilerin kullanılma yöntemleri düzenlenmiştir. 5397 sayılı kanun 03.07.2005 tarihinde TBMM'de kabul edilerek 23.07.2005 tarihinde resmi gazetede yayınlanıp yürürlüğe girmiştir.¹⁷⁹.

Bu düzenlemeye göre: “*Birinci fıkrada belirtilen görevlerin yerine getirilmesine yönelik olarak, 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir.*”

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edileceği” belirtilerek, güvenlik ve istihbarat amaçlı önlemler; anlaşılır ve sınırları belli olacak şekilde düzenlenmiş ve hangi şartlarda iletişimin denetlenebileceği, Anayasada öngörülen ilkeler doğrultusunda açık olarak ortaya konmuştur.

3. Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu

5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 03.07.2005 tarihinde TBMM'de kabul edilerek 23.07.2005 tarihinde resmi gazetede yayınlanıp yürürlüğe girmiştir. Kanunun 3. maddesinde: 01.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununun 6. maddesinin birinci fıkrası değiştirilmiş ve maddeye bu fıkradan sonra gelmek üzere fıkralar eklenmiştir¹⁸⁰.

Bu Kanunun 4. Maddesine göre, sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2. maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, ca-

¹⁷⁹Ataman, s. 57; Bulduk, s. 126.

¹⁸⁰Bulduk, s. 138; Ataman, s. 53.

susluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir. Bu işlemler, 4.7.1934 tarihli ve PVSK'nın ek 7. maddesinin onuncu fıkrası hükmüne göre kurulan "*Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı*" merkezi tarafından yürütülür idi¹⁸¹. 4.12.2004 tarihli ve CMK'nın 135. maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler de bu merkez üzerinden yapılır idi¹⁸².

6526 sayılı Kanunla değişik 2937 sayılı Kanunun 3. fıkrasına göre, yetkili ve görevli hâkim, Ankara Ağır Ceza Mahkemesi üyesidir. 6526 sayılı Kanunun geçici 14. maddesinde; "*Mevzuatta Ceza Muhakemesi Kanununun mülga 250. maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen ağır ceza mahkemeleri ile Terörle Mücadele Kanununun 10. maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen ağır ceza mahkemelerine yapılmış atıflar ağır ceza mahkemelerine; bu mahkemelerin üyelerine yapılmış atıflar Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Ankara Ağır Ceza Mahkemesine yapılmış sayılır.*" denilmektedir. HSYK'da bu konuda Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesini görevlendirmiştir¹⁸³.

Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespitte imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla üç ay için verilebi-

¹⁸¹671 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile TİB kapatılarak, yetkileri Bölge Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na devredilmiştir.

¹⁸²**Bulduk**, s. 139; **Ataman**, s. 53.

¹⁸³HSYK 1. Dairesi, 20.3.2014 tarih ve 602 sayılı karar ile 2559 sayılı PVSK, 2803 sayılı JTGYK ve 2937 sayılı MİT Kanununda öngörülen önleme amaçlı olarak iletişimin denetlenmesine karar vermekle Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesini yetkili kılmıştır.

lır; bu süre aynı usulle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir¹⁸⁴. (2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin dördüncü fıkrası)

Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak dene- timde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir. (2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin be- şinci fıkrası)

Bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, bu Kanunda belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerli olup, bu madde hü- kümlerine aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılabilecektir.

Hâkim kararları ve yazılı emirler, MİT Müsteşarlığı görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı, bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tuta- nakla saptanır. Bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Başbakanlık teftiş elemanları ve Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılır. Bu maddede belirlenen usul ve esaslara aykırı dinleme- ler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 132, 133, 134, 135. maddelerine göre işlem yapılabilecektir¹⁸⁵.

Kanunun üçüncü maddesinde belirtildiği üzere Milli İstihbarat Teşkilatına da önleyici amaçlı iletişime müdahale yetkisi verilmektedir. 2937 Sayılı Devlet İstihba- rat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 6.maddesine göre¹⁸⁶ MİT'in istihbarat toplayabileceği durum ve kurumlara yer verilmektedir.

¹⁸⁴Ataman, s. 53.

¹⁸⁵Bulduk, s. 140; Ataman, s. 158.

¹⁸⁶a) Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların yöneticileri ve istihbarat hizmetlerinden sorumlu kişileri ile istihbaratın tevcihi, istihbarat ve istihbarata karşı koyma konularında doğrudan ilişki kurabilir, uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir.

b) Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşlara ait arşiv- lerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından kendi görev sahasına giren

Böylelikle; 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri ile Milli İstihbarat Teşkilatının; kamu kurum ve kuruluşlarının yönetici ve istihbarattan sorumlu kişileri ile ilişki kurmaya, kurum ile kuruluşların arşivlerinden ve elektronik bilgi işlem merkezlerinden, kendi görev sahasına giren konularda yararlanmaya ve bunlarla irtibat kurmaya yetkili olduğu hükme bağlanmış olup, madde ile telekomünikasyon hizmetleri gibi stratejik öneme haiz bazı kamu hizmetlerinin özelleştirme kapsamında özel teşebbüslere bırakılması neticesinde ve ayrıca ülkemizde gerçekleşen hızlı teknolojik gelişmeler çerçevesinde, 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine "kamu hizmeti veren kuruluşlar" ibareleri dâhil edilmiştir¹⁸⁷.

Diğer taraftan, anılan maddeye eklenen fıkralar ile Milli İstihbarat Teşkilatına, istihbarat amacıyla iletişime müdahale yetkisi verilmiştir. İstihbaratın, Devlet güvenliğinin temini bakımından vazgeçilmez bir unsur olduğu dikkate alındığında, istihbari amaçlı iletişime müdahale konusunda ortaya çıkan hukuki boşluğun doldurulması ve bu ihtiyacın karşılanması amacıyla, AB kriterleri, Anayasanın 22. maddesinde yer alan temel ilkeler ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda belirtilen esaslara bağlı kalınarak, iletişime müdahalenin "*hangi hallerde*" yapılacağı, "*karar mercii*" ve "*süresi*" şeklindeki temel unsurlara yer verilmek suretiyle düzenlenmesi yararlı olmuştur¹⁸⁸.

Anayasanın 22. maddesi uyarınca, ancak hâkim kararına dayanan ve telefon, faks, bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyaller, yazılar, resimler, görüntü veya sesler ile diğer nitelikteki verilerin nakledilmesi ve benzeri suretiyle yapılan tüm iletişimi kapsayabilen önleyici müdahale; Anayasanın 2. maddesinde belirtilen temel niteliklere, AB uygulamalarına da uygun şekilde, demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanmasına, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılmasına, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak yapılabilmektedir¹⁸⁹.

konularda yararlanabilmek, bunlarla irtibat kurabilmek, bilgi ve belge almak için gerekçesini de göstermek suretiyle yazılı talepte bulunabilir".

¹⁸⁷Ataman, s. 53.

¹⁸⁸Yardımcı, s. 179.

¹⁸⁹Bulduk, s. 140.

4. Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Kanunu

2559 sayılı PYSK Ek-7 ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 6. maddelerinde yapılan değişikliklerin bir benzeri de 2803 Sayılı Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Kanununda gerçekleşmiştir. 03.07.2005 tarihinde TBMM'de kabul edilen 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 2. maddesi bu düzenlemeyi içermektedir¹⁹⁰.

5397 sayılı Kanunla değişik 2803 sayılı Kanunun ek 5. maddesine göre; "*Jandarma, bu Kanunun 7. maddesinin (a) bendine ilişkin görevleri yerine getirirken önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere, sadece kendi sorumluluk alanında 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Jandarma Genel Komutanı veya istihbarat başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi tespit edebilir, dinleyebilir, sinyal bilgilerini değerlendirebilir, kayda alabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir. Bu işlemler, 4.7.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun ek 7. maddesinin onuncu fıkrası hükmüne göre kurulan merkez (TİB) tarafından yürütülür. 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak" dinlemelerin de bu merkez üzerinden yapılacağı belirtilmektedir¹⁹¹.*

Yetkili ve görevli hâkim, Ankara Ağır Ceza Mahkemesi üyesidir. Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usulle

¹⁹⁰Bulduk, s. 137; Ataman, s. 51.

¹⁹¹Ataman, s. 51.

üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir¹⁹².

Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir¹⁹³.

2803 sayılı Kanunun Ek 5. maddesinde belirtilen suçların önlenmesi amacıyla ve hâkim kararı alınmak koşuluyla, teknik araçlarla izleme yapılabilir. Ayrıca, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerinden yararlanabilmek için gerekçesini de göstermek suretiyle yazılı talepte bulunulabilir. Bu kurum ve kuruluşların kanuni sebeplerle veya ticari sır gerekçesiyle bilgi ve belgeleri vermemeleri halinde ancak hâkim kararı ile bu bilgi ve belgelerden yararlanılabilir¹⁹⁴.

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

Hâkim kararları ve yazılı emirler, Jandarma Genel Komutanlığı İstihbarat Başkanlığı görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı, bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır¹⁹⁵.

2803 sayılı Kanunun Ek 5. Maddesinde yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Jandarma Genel Komutanlığı ile ilgili bakanlığın teftiş elemanları ve Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılır.

¹⁹²Bulduk, s. 137.

¹⁹³Bulduk, s. 137; Ataman, s. 46.

¹⁹⁴Ataman, s. 46.

¹⁹⁵Yardımcı, s. 182.

Bu maddede belirlenen usul ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.

2803 sayılı Kanunun Ek 5. maddesi ile 2559 sayılı PVSK'nın ek 7. Maddesindeki hüküm Jandarma Genel Komutanlığı'na uyarlanmıştır. Böylece, jandarmanın istihbarat faaliyetinde bulunma yetkisi düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere, günümüzde, maruz kalınabilecek tehlikelerin önceden sezilmesi ve bunların önlenmesi için tedbirler alınması, demokratik hukuk devletlerinin korunması açısından kaçınılmaz bir zorunluluk olduğundan, madde ile jandarmaya, Anayasanın 22. maddesinde belirtilen hallere bağlı olarak; iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması yetkileri verilmektedir. Ancak, önleyici hizmet olarak bu tür bir bilgi değerlendirilmesi yönteminin ihdas edilmesi, kişi hak ve özgürlükleri ile yakından ilgili olduğundan, yapılacak işlemlerin hâkim kontrolünde ve denetiminde yapılacağı öngörülmüştür¹⁹⁶.

Yapılacak telefon dinlemelerine, bunların işaret, sinyal ve yer bilgilerine ulaşılmasına hâkim karar verecektir. Ancak bu tür işlemler özel bir eğitim, disiplin gerektirdiğinden bu faaliyetler bu konuda görevlendirilmiş ve uzmanlaşmış Jandarma Genel Komutanlığı İstihbarat Başkanlığı görevlilerince yerine getirilecektir. Tüm jandarma birimlerinin bu konuda görevlendirilmesinin sakıncaları göz önünde tutularak görevlendirilecek birimler sınırlı tutulmuştur¹⁹⁷.

Ayrıca önleme amaçlı iletişiminin denetlenmesinde, PVSK'nın ek 7 ve 2803 sayılı Kanunun ek 5. maddeleri uyarınca; Emniyet Genel Müdürlüğü ile Jandarma Genel Komutanlığı sadece kendi sorumluluk alanları ile sınırlı olarak telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması yönünde hâkim kararı alabilecekler veya sonradan hâkim onayına sunulmak üzere gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkilileri yazılı emir verebilecektir. Ülkede yaşayan tüm insanların şüpheli görülerek ülke genelini kapsayacak

¹⁹⁶Yardımcı, s. 184; Ataman, s. 47.

¹⁹⁷Bulduk, s. 137; Ataman, s. 47.

şekilde iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurma yönünde hiçbir kuruma yetki verilmesi mümkün değildir¹⁹⁸.

Düzenleme, sadece suç öncesi faaliyetler ve eylemleri içermektedir. Bazı suçlar işlendikten sonra, delil elde etmek ve faili yakalamak maksadıyla yapılabilecek olan müdahaleler konusunda, CMK'nın 135. maddesinde düzenlemeler bulunmaktadır. Bu nedenle bir suç oluşmasına vakıf olunması veya kuvvetli belirtinin tespiti durumunda keyfiyetin Cumhuriyet savcılarına bildirilmesi suretiyle idari tedbirin sona erdirilmesi ve adli işlemlerin başlatılmasının sağlanacağı açıktır.

Getirilen düzenlemede, belirtilen tedbir ve yöntemlerle elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesine aykırı davranışın cezalandırılacağı açık bir şekilde belirtilmiştir.

5. Sıkıyönetim Kanunu

1042 Sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun, Sıkıyönetim Komutanının görev ve yetkilerini düzenlediği 3. maddesinin (c) bendinde, önleme amaçlı dinlemeye imkân verecek düzenlemelere yer verilmiştir¹⁹⁹.

1402 sayılı Kanunun 3. maddesinde, Sıkıyönetim Komutanının, sıkıyönetim bölgesinde genel güvenlik, asayiş ve kamu düzenini korumak ve sağlamakla görevli olduğu gibi gerektiği hallerde maddede belirtilen tedbirleri de almaya yetkili olacağı belirtilmiştir²⁰⁰. Böylelikle Sıkıyönetim Komutanı, iletişimin denetlenmesi tedbiri anlamında; “Söz, yazı, resim, film ve sesle yapılan her türlü yayım, haberleşme, mektup, telgraf vesair mersuleleri kontrol etmek; gazete, dergi kitap ve diğer yayınların basımını, yayımını, dağıtımını, birden fazla sayıda bulundurulmasını veya taşınmasını veya sıkıyönetim bölgesine sokulmasını yasaklamak veya sansür koymak; sıkıyönetim komutanlığınca basımı, yayımı ve dağıtılması yasaklanan kitap, dergi, gazete, broşür, afiş, bildiri, pankart, plak, bant gibi bilcümle evrakı, yayın ve haberleşme araçlarını toplatmak; bunları basan matbaaları, plak ve bant yapım yerlerini kapatmak, müsaderesine karar verilmemekle birlikte, sıkıyönetim komutanlıklarınca sahip-

¹⁹⁸Yargıtay 9. Ceza Dairesi 04.06.2008 tarihli, 2008/874 E. ve 2008/22381 sayılı kararı, <http://www.adalet.org/ckarar20.php?baslangic=1716&anahtar=&id=> (19.12.2011).

¹⁹⁹Ataman, s. 40.

²⁰⁰Bulduk, s. 140; Ataman, s. 48.

lerine iadesinde sakınca görülenlerin imhası için gerekli önlemleri almak; yayına yeni girecek gazete ve dergilerin çıkarılmasını izne bağlamak”²⁰¹ ile yetkilidir.

6. Posta Kanunu, Telgraf ve Telefon Kanunu

5584 Sayılı Posta Kanununun 16. maddesi ile posta servisinde çalışanların, belli kişilerin posta münasebetlerini açığa vurmaları, kapalı mektupları açmaları, içlerinde ne olduğunu araştırmaları veya haberleşme kâğıtlarındaki yazılar hakkında üçüncü kişilere bilgi vermeleri veyahut her hangi birinin bunları yapmasına meydan vermemelerinin yasak olacağı belirtilmiştir²⁰².

406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 20. maddesi ile haberleşmenin gizliliğini ihlal eden telgraf ve telefon memurları için cezai yaptırım öngörülmüştü²⁰³. 05/11/2008 kabul tarihli, 10/11/2008 tarih ve 27050 sayılı Mükerrer Resmi Gazetede yayımlanan 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 66. maddesi ile 04/02/1924 tarihli ve 406 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

7. Elektronik Haberleşme Kanunu

05.11.2008 kabul tarihli, 10.11.2008 tarih ve 27050 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun²⁰⁴ 4. maddesinin birinci bendinde, “Bilgi güvenliği ve haberleşme gizliliğinin gözetilmesi” ilkesinin benimsendiği ifade edilmektedir. 51. maddede Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun; “elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirlemeye yetkili” olduğu ifade edilmiştir²⁰⁵.

Kanunun 56. maddenin birinci fıkrası ile abone kimlik ve iletişim bilgilerini taşıyan özel bilgiler ile cihazların, elektronik kimlik bilgilerini taşıyan her türlü yazılım, kart, araç veya gerecin, yetkisiz ve izinsiz olarak kopyalanması, muhafaza edilmesi, dağıtılması, yarar sağlamak amacıyla kullanılması yasaklanmıştır.

²⁰¹Sıkıyönetim Kanunu, Bkz: <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/466.html>, (e.t 19.10.2011).

²⁰²Enis Coşkun, Küresel Gözetim, Gizli Dinleme ve Görüntüleme, Ankara: Ümit Yayıncılık, 2000, s. 229.

²⁰³Coşkun, s. 226.

²⁰⁴Elektronik Haberleşme Kanunu, Bkz: <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5809.html>, e.t: 30/04/2010

²⁰⁵Bulduk, s. 146.

Bunlarla birlikte, aynı kanunun 63. maddenin üçüncü fıkrasındaki hüküm ile; “Elektronik haberleşme hizmeti vermek üzere yetkilendirilmiş bulunan işletmecilerin personelinin” 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ikinci kitabının ikinci kısmının dokuzuncu bölümünde düzenlenen, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçları işlemesi halinde verilecek ceza ile ilgili bir artırım öngörerek, bu suçları işlemesi diğer insanlara göre daha kolay olan elektronik haberleşme hizmeti vermek üzere yetkilendirilmiş bulunan işletmecilerin personelini caydırmak amaçlanmıştır²⁰⁶.

İnsan haklarında gelişmelere paralel olarak artık insan haklarının korunmasına daha fazla dikkat gösterilmekte, insan haklarında ihlallerin yaşanmaması için daha fazla denetimler yapılmaktadır. Buna karşın bugün artık sınır aşan suç örgütleri ortaya çıkmakta ve kendi çıkarları doğrultusunda ülkelerin siyasal, sosyal ve ekonomik yapısını tehdit etmektedir. Bundan dolayı da iletişim özgürlüğünün nasıl, hangi kurumlar tarafından sınırlanabileceği ve bu kısıtlamaların ölçütlerinin neler olması gerektiğine tezimizde değineceğiz.

C. 1 HAZİRAN 2005 SONRASI YASAL DÜZENLEMELER

1. Ceza Muhakemesi Kanunu

1999 yılında kabul edilen ve yürürlüğe giren 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’ndan önce Türk mevzuatında iletişimin denetlenmesi konusunda açık bir yasal dayanak bulunmamakta idi²⁰⁷.

4422 sayılı kanunla iletişimin denetlenmesi tedbiri hakkında açık yasal düzenleme getirilmeden önce, söz konusu tedbire yasal çerçevede başvurulup başvurulmayacağı konusunda üç farklı görüş ileri sürülmekteydi.

Birinci görüşe göre, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 91. maddesinde yer alan postada elkoyma ile ilgili hükümlerin kıyas yoluyla iletişimin denetlenmesi için de kullanılabileceği ileri sürülmekteydi²⁰⁸. İletişimin denetlenmesi konusunda ileri sürülen diğer bir görüş ise, CMUK’un 91. maddesinin ikinci fıkrası

²⁰⁶Bulduk, s. 147; Ataman, s. 39.

²⁰⁷Sezer/İpek/Parlak, s. 100.

²⁰⁸Bulduk, s.120; Meran, s. 63.

sında yer alan "*sair mersule*" (öteki gönderiler) kavramı ile ilgiliydi. Bu görüşe göre, burada kıyasla değil fakat genişletici yorumla "*sair mersule*" terimi telefon, teleks ve diğer iletişim araçlarını da kapsayacak şekilde yorumlanmalıydı. Üçüncü görüşe göre, mevcut yasal düzenleme karşısında iletişimin denetlenmesi bakımından kıyas veya genişletici yorumla bir sonucu varılamayacağı, çünkü CMUK'un postada el koymaya ilişkin düzenlemelerinin, kıyas veya genişletici yorum yoluyla iletişim araçlarının denetimi için gereken asgari koşulları dahi sağlamadığı ifade edilmekteydi²⁰⁹.

Anayasanın 22. maddesinde, haberleşme özgürlüğü garanti altına alınmış olup, bu maddenin üçüncü fıkrasında; "*İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir*" ifadesi yer almaktadır. İletişimin denetlenmesi Anayasanın 22. maddesinde düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal eden istisnai bir durum olduğuna göre, söz konusu tedbire başvurulabilmesi için bu konunun kanunda açıkça düzenlenmesi gerekmekte idi.

Anayasanın 22. maddesi, AİHS'in 8. maddesi ve AİHM'in kararları göz önüne alındığında, iletişimin denetlenmesi tedbirinin bu dönem itibari ile hukuka aykırı olduğu ifade edilmekteydi ve elde edilen deliller hukuka aykırı şekilde elde edildiklerinden hükme esas alınamamaktaydı²¹⁰.

04/12/2004 günü kabul edilen ve yürürlüğe giren 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi başlığı altında iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması konularında düzenlemelere gidilerek hukuka uygun, kendisiyle çelişmeyen bir iç mevzuat kaynağı oluşturulmuş oldu. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesinin birinci fıkrasında; "*Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi (...) (3) dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve*

²⁰⁹Sezer/İpek/Parlak, s. 111.

²¹⁰Yardımcı, s. 176; Ataman, s. 42.

hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır.” belirtilmektedir.

İkinci fıkrasında; *“Talepte bulunulurken hakkında bu madde uyarınca tedbir kararı verilecek hattın veya iletişim aracının sahibini ve biliniyorsa kullanıcıını gösterir belge veya rapor eklenir”* ibaresine yer verilirken,

Üçüncü fıkrasında; *“Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınmaz. Kayda alma gerçekleştirildikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.”* denmektedir.

Dördüncü fıkrasında: *“Birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Tedbir kararı en çok iki ay için verilebilir; bu süre, bir ay daha uzatılabilir. (Ek cümle: 25/5/2005 – 5353/17 md.) Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim yukarıdaki sürelerle ek olarak her defasında bir aydan fazla olmamak ve toplam üç ayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebilir.”* denmektedir.

Beşinci fıkrasına göre şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için mobil telefonun yerinin tespiti düzenlenmiştir. Bu fıkra göre *“Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, (...) (1) mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, (...) (1) mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok iki ay için yapılabilir; bu süre, bir ay daha uzatılabilir.”* şeklinde yer vermektedir.

Altıncı fıkrasında bu tedbire karar verecek merci düzenlenmiştir. Bu fıkra göre: *“Şüpheli ve sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespiti, soruşturma aşamasında hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında mahkeme kararına istinaden yapılır. Kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu ve tedbirin süresi belirtilir. (Ek cümleler: 24/11/2016- 6763/26 md.) Cumhuriyet savcısı kararını yirmi*

dört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde kayıtlar derhâl imha edilir. (3)(4) (7) Bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur.” denilmektedir.

Yedinci fıkraya göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulacaktır.

Sekizinci fıkraya göre ise; dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda belirtilen suçlarla ilgili olarak uygulanabilecektir. Bunlar;

"a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

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

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

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

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

e) *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.*

Yedinci fıkroda, maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz" şeklinde sayılmıştır.

Belirtilen maddede; iletişimin denetlenmesine olanak veren suçlar belirlenmiş, Anayasanın 22. maddesi, AİHS'in 8. maddesi ve AİHM'in kararlarına uygun hale getirilmiştir.

2. 6526 ve 6763 Sayılı Kanunlar ile CMK'da Yapılan Değişiklikler

6 Mart 2014 tarihli ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. maddesi ile yapılan en büyük değişiklik söz konusu tedbire başvurulması için "*kuvvetli şüphenin somut delillere dayanması*" gerektiğidir. Somut delillere dayanan kuvvetli şüphe şartı değişiklikten öncede istenmekle birlikte bazı makamlar tarafından farklı yorumlanarak kötü niyetli olarak kullanıldığı için Kanun metni ile yazılı hale getirilmiştir.

Bir başka değişiklikte ise suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu katalog suçlardan çıkartılarak nitelikli hırsızlık ve yağma suçları katalog suç kapsamına dâhil edilmiştir. Bu durumun gerekçesi açık bir şekilde belirtilmiştir. "*Diğer yandan Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinde düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun maddenin altıncı fıkrasında düzenlenen katalogdan çıkarılması suretiyle, bazı soruşturmalarda sırf bu tedbirin uygulanabilmesi için soruşturmanın suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu kapsamında başlatılıp yürütülmesi uygulamasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.*" şeklinde gerekçede belirtildiği

üzere yine kötü niyetli olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasının önüne geçilmiştir.

Fakat 2 Aralık 2016 tarihli ve 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 26. maddesi ile yapılan değişiklikle katalog kapsamına, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu tekrar eklenmiştir. Ancak buradaki suçun kapsamı TCK'nın 220/3. maddesi ile sınırlı tutulmuş ve örgütün silahlı olması durumu düzenlenmiştir. Yani örgütün silahlı olması durumunda iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecektir. Yine bu düzenleme ile katalog kapsamına "*organ veya doku ticareti*", "*nitelikli dolandırıcılık*" ve "*tefecilik*" suçları eklenmiştir.

6526 sayılı Kanunla yapılan bir başka değişiklik ise, tedbire karar vermeye yetkili makam bakımındandır. Bu değişiklik ile iletişimin dinlenmesi, kaydedilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerine karar verme yetkisi soruşturmayı yapan Cumhuriyet savcısının yargı yetkisi çevresindeki ağır ceza mahkemesine verilmiştir. Karar içinde oybirliği şartı aranmıştır. Tedbir talebinin reddi kararlarına yapılacak itiraz üzerine bu tedbirlere karar verilebilmesi için de itiraz mercii olan ağır ceza mahkemesinin oybirliğiyle karar vermesi gerekmektedir. Bu düzenlemeye göre, asliye ceza mahkemesinde yürütülen bir davada gerekli olması halinde tedbire yine ağır ceza mahkemesinin karar vermesi gerekmektedir.

6526 sayılı Kanunla yapılan bu değişiklik ile orantılılık ilkesinin ihlal edildiği ileri sürülmüş ve bu düzenleme eleştirilmiştir. Çünkü tutuklama gibi daha ağır ve doğrudan etki uyandıran koruma tedbirine sulh ceza hâkimi karar verirken iletişimin denetlenmesine ağır ceza mahkemesi karar vermektedir. Bu sebeple bu aykırılığın giderilmesi için 6763 sayılı Kanun ile tekrar bir düzenleme yapılmıştır. Düzenleme neticesinde yapılan değişiklikle ağır ceza mahkemesi yerine sulh ceza hâkimi bu tedbire karar vermektedir.

Son değişikliğimize bakacak olursak; iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirleri için verilen süre 3 aydan 2 aya indirilmiştir.

Ayrıca 17/8/2016 tarihli ve 29804 sayılı resmi gazete yayımlanarak yürürlüğe giren 670 sayılı KHK'nın 3. maddesi ile "*Olağanüstü halin devamı süresince; 22/7/2016 tarihli ve 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin*

Kanun Hükümünde Kararnamenin 3 üncü ve 4 üncü maddeleri uyarınca hakkında inceleme ve soruşturma yürütülen kişiler ile bunların eş ve çocuklarına ilişkin olarak yetkili kurul, komisyon ve diğer mercilerce ihtiyaç duyulan, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca müşteri sırrı kapsamında kabul edilenler hariç, telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti de dahil olmak üzere her türlü bilgi ve belge, kamu ve özel tüm kurum ve kuruluşlarca vakit geçirilmeksizin verilir.

Kamu kurum ve kuruluşlarının personeline ve bunların eş ve çocuklarına ait olup Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen ve faaliyet izni kaldırılan Asya Katılım Bankası A.Ş.'de veya bu Bankayla ilgili olarak Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunda, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunda ya da Malî Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığında bulunan her türlü bilgi, bu personelin çalıştığı kurum ve kuruluşlarca talepte bulunulması durumunda gecikmeksizin verilir. Bu işlemlere ilişkin olarak 5411 sayılı Kanunun 73 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan sınırlama uygulanmaz." denilmiştir.

II. DENETİMİN KOŞULLARI VE DENETİM KARARI

A. DENETİME KONU ARAÇLAR BAKIMINDAN

Telekomünikasyon; işaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını ifade etmektedir²¹¹.

Denetime konu araçların bir liste halinde sayılması yoluna gidilememektedir. Çünkü günümüz koşullarında teknolojinin sürekli olarak değişim ve gelişim içerisinde olması sebebiyle yapılan liste kısa zamanda anlamsız hale gelir. Bu kapsama her türlü iletişim araçları girmemekle birlikte, radyo ve televizyon gibi kamuya açık bir şekilde iletişim sağlayan yöntem ve araçlar kesin olarak bu kapsam dışındadır. Yani bireylerin herhangi bir gizleme amacı gütmeyen iletişimini sağladıkları araçlar bu kapsam dışındadır²¹².

²¹¹<http://www.tdk.gov.tr>, e.t: 07.10.2017

²¹²Kaymaz, s. 142; Taşkın, s. 86; Yardımcı, s. 178.

5271 sayılı CMK'nın 129. maddesinde postada elkoyma tedbirini düzenlenmiştir. Bu maddeye göre postada elkoyma tedbirine hâkim karar verecektir. İnceleme konumuz olan iletişimin denetlenmesi tedbirinde olduğu gibi bu tedbirde de gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı bu kararı verebilecektir. Postanın kapsamı yine bu maddede oluşturulmuştur. Adliyenin eli altında bulunan ve resmi ya da özel olsun posta hizmeti veren her türlü gönderiler bu kapsamda sayılmıştır. Gönderilere telgraf ve fakslarda bu kapsama dâhildir. Ancak, faks metninin iletim anında ele geçirilmesi telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi hükümlerine tabidir²¹³.

Telekomünikasyon araçları her geçen gün daha da çok artmaktadır. Bu nedenle burada sadece belli başlı olanlar ele alınacaktır.

1. Telefon

Telefon, birbirine uzak yerlerde bulunan bireylerin ağzından çıkan ses dalgalarının elektrik dalgasına çevrilerek gideceği yere ulaşması ve orada elektrik dalgalarının yine ses dalgasına çevrilerek karşı tarafın işitmesini sağlayan araçtır. Telefon, Alexsander Graham Bell tarafından icat edilmiştir. Dar alanlar içerisinde telefon şebekesine mobil cihazlarla erişimi sağlayan ve telsiz telefon olarak adlandırılan cihazların üçüncü kişi tarafından dinlenmesi mümkündür²¹⁴. Bu sebeple bazı ülkelerde bu cihazlar ile yapılan iletişimin dinlenmesi hukuka aykırı değildir.

2. Telgraf ve Faks

Telgraf, iki yer arasında, kararlaştırılmış işaretlerin yardımıyla yazılı haberlerin veya belgelerin iletimini sağlayan düzene denmektedir²¹⁵. Faks ise telefon hatlarının yardımıyla, karşılıklı iki tarafta bulunan belgegeçer ile resim, yazı, grafik vb. verilerin ses sinyalleri halinde hızlı bir şekilde aktarımını sağlayan düzene denmektedir²¹⁶. Yukarıda da belirtildiği gibi telgraf ve faks postada elkoyma tedbirini kapsamındadır. Ancak faksın iletim anında ele geçirilmesi durumunda bu tedbir kapsam dâhilinde olmamaktadır.

²¹³Kaymaz, s.135; Yardımcı, s. 178; Ataman, s. 36.

²¹⁴Erdal Atabek, İletişim ve Teknoloji, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001, s. 67.

²¹⁵<https://tr.wikipedia.org/wiki/Telgraf>

²¹⁶<https://tr.wikipedia.org/wiki/Faks>

3. İnternet

İnternet, bilgisayar sistemlerini birbirine bağlayan elektronik iletişim ağına denmektedir²¹⁷. Çok çeşitli ağların birbirlerine bağlanmasını sağlayan internet “ağların ağı” olarak da tanımlanmaktadır²¹⁸. Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği’nin 4. maddesinde internet sistemi; “*Bilgisayar, bilgisayara bağlanabilen yazıcı gibi alıcılar ve uygun diğer terminal cihazları kullanılmak suretiyle veri sunma, veri tabanlarına erişim, elektronik mektup gönderme ve alma, konferans, elektronik ticaret ve benzeri her tür interaktif hizmetlerin sunulmasını ve bu hizmetlerin alınmasını, anılan hizmetlere ait bilgilerin depolanmasını ve gerektiğinde kullanıcıya sunulmasını sağlayan; kablolu veya kablosuz, uydu uzay kesimi, GSM veya GMPCS altyapısı ve sabit şebeke altyapısı gibi tüm altyapı sistemlerini iletim ortamı olarak kullanabilen ekipman ve tesislerin tamamını.*” şeklinde tanımlanmıştır.

B. DENETİME TABİ SUÇLAR BAKIMINDAN

Denetime tabi suçlar çeşitli değerlendirmeler sonucunda farklı gruplandırmalara ayrılmıştır. Bunlar; ceza oranına göre yapılan, suçların işleniş şekli ve niteliğine göre yapılan, katalog halinde sayılarak yapılan ve karma nitelikli olarak yapılan şekilde çeşitlilik göstermektedir²¹⁹.

1. Ceza Oranına Göre

Bu sisteme örnek olarak Fransa ve Avusturya’yı gösterebiliriz. Fransa’da iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için suçun işlenmesi sonucunda 2 yıl ve daha üzeri hapis cezasına hükmedilmesi gerekmektedir²²⁰.

Avusturya’da ise, iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için suçun işlenmesi sonucunda alt sınırı 1 yıldan fazla hapis cezasını gerektiren ve kasten işlenen bir suç olması gerekmektedir. İlgilinin onayı ile bu süre alt sınırı 6 ay

²¹⁷<https://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0internet>

²¹⁸Caner Yenidünya/Olgun Değirmenci, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2003, s.36.

²¹⁹Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 169; Hakeri/Ünver, s. 416; Kaymaz, s. 151; Sezer/İpek/Parlak, s. 113; Yardımcı, s. 174; Ataman, s. 73.

²²⁰Enis Coşkun, s. 183-188.

olan ve kasten işlenen suçlar içinde uygulanır²²¹. Teşebbüs aşamasındaki suçlar açısından bu tedbire başvurulması için uygulanacak cezanın 2 yıl ve üzeri olması gerekirken, taksirle işlenen suçlar için söz konusu tedbire başvurulmamaktadır²²².

2. Suçların İşleniş Şekli ve Niteliğine Göre

Bu sisteme örnek olarak Belçika gösterilebilir. Belçika'da sadece çete suçları, terör suçları ve organize suçlar gibi ağır yaptırımları ve zararları olan suçlar açısından iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine karar verilmesine izin verilmiştir²²³.

3. Katalog Halinde Sayılarak Yapılanlar

Bu sisteme örnek olarak başta Türkiye olmak üzere Portekiz, Almanya, Hollanda ve Kanada sayılabilmektedir.

Hukukumuzda iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verilebilecek suçlar 5271 sayılı CMK'nın 135. maddesinin sekizinci fıkrasında tek tek sayılmıştır. Bu suçlar çalışmamızın daha önceki kısımlarında incelenmiştir.

Katalog kapsamında sayılan suçlar için dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerine başvurulabilmektedir. Ancak yine aynı maddenin 5 ve 6. fıkralarından anlaşılacağı üzere mobil telefonun yerinin tespiti ve iletişimin tespiti için katalog suç sayılması yoluyla sınırlandırmaya gidilmemiştir. Mobil telefonun yerinin tespiti için ise şüpheli veya sanığının yakalanması amacının varlığı yeterlidir²²⁴. Ayrıca iletişimin tespiti için herhangi bir şart aranmamıştır. Diğer kanunlarda sayılan suçlara bakacak olursak;

²²¹Ayşe Nuhoglu, Adli Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi ile Teknik Araçlarla İzleme Tedbirine Konu Olan Suçlar, S.128, Ağustos 2006, s.10.

²²²Sözür, s.100.

²²³Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 169; Hakeri/Ünver, s. 416; Kaymaz, s. 145; Sezer/İpek/Parlak, s. 115; Yardımcı, s. 174; Ataman, s. 42.

²²⁴Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 169; Hakeri/Ünver, s. 416; Kaymaz, s. 156; Yardımcı, s. 175.

a. Örgüt Faaliyeti Kapsamında İşlenen Suçlar Bakımından

Örgüt faaliyetleri kapsamında işlenen suçlar 6526 sayılı kanunun 12. maddesi ile katalog kapsamındaki suçlardan çıkartılmıştır²²⁵. Ancak bu durum fazla uzun sürmeyerek 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 26. maddesi ile tekrar “suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçu olarak katalog kapsamına eklenmiştir. Fakat burada bir farklılık bulunmaktadır. Sonradan eklenen suç silahlı örgütler için geçerli olmaktadır.

b. Terörle Mücadele Kanunu Kapsamındaki Suçlar Bakımından

Yine 6526 sayılı kanunun 19. maddesi ile “terör örgütüne üye olma, terör örgütüne bilerek yardım etme ve terör örgütünün propagandasını yapma” suçları açısından iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulma seçeneği kaldırılmıştır. Ancak CMK'nın 135. maddesinin sekizinci fıkrasında sayılan suçların işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesinin bulunması durumunda yukarıdaki kapsamda olması halinde de söz konusu tedbire başvurulmaktadır.

c. Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun

6222 sayılı Kanun kapsamında spor müsabakaları öncesinde, sonrasında veya müsabaka esnasında müsabakaların oynandığı alanlarda ve çevresinde veya buralara gidilecek yollarda çıkacak olan şiddet olaylarında ve düzenin bozulması durumlarında bu Kanunun 23. maddesinde belirtilen yargılama hükümleri uyarınca işlem yapılacaktır.

Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 23. maddesinde, CMK'nın 135. maddesindeki hükümlerin bu Kanunun 11. maddesinde belirtilen suç içinde uygulanacağı belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle, âdeta katalog kapsamında sayılmışçasına bu suç açısından tedbir kararı alınabilecektir.

Söz konusu kanunun 11. maddesindeki suç ise, herhangi spor müsabakasının sonucunun yönlendirilmesi amacıyla menfaat elde eden ve menfaat sağlayan kişi ve

²²⁵Gürsel Yalvaç, TCK, CMK, CGTİK ve İlgili Mevzuat Olağanüstü Hal Düzenlemeleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 425.

bu müsabaka üzerinde anlaşma olduğunu bilerek katkı sağlayan kişiler açısından oluşacak şike ve teşvik primi suçlarıdır.

4. Karma Nitelikliler

Burada ceza oranı ve suçların işleniş şekli ve niteliği birlikte değerlendirilerek bir sayım yapılmaktadır. Bu sisteme örnek olarak Danimarka, İtalya ve Amerika gösterilebilmektedir.

Danimarka'da üçlü ayrıma gidilmiştir. Bunlar: katalog şeklinde sayılanlar, 6 yıl ve üzeri hapis cezası mahkûmiyetini gerektirenler ve devletin korunmasına ilişkin kasten işlenen suçlardır²²⁶.

İtalya'da uyuşturucu ve patlayıcı madde kapsamındaki suçlar, kaçakçılık ve telekomünikasyon aletlerinin suç aleti olarak kullanıldığı suçlar, müebbet hapis ve alt sınırı 5 yıl hapis cezası yaptırımına tabi suçlar bu denetim kapsamındadır. Amerika'da ise katalog suçların yanında idam cezasını gerektiren suçlar ile bir yıl ve üzeri hapis cezası yaptırımına tabi suçlar için uygulanmaktadır²²⁷.

C. DENETİME TABİ KİŞİLER BAKIMINDAN

1. Şüpheli veya Sanık

CMK'nın 135. maddesi uyarınca iletişimin denetlenmesi tedbirine şüpheli veya sanık hakkında karar verilebilir. Şüpheli, soruşturma evresinde suç işlediği düşünülen kişiye denir. Sanık ise, kovuşturma evresinden hükmün kesinleşmesi anına kadar geçen süreçte suç işlendiği düşünülen kişiye denir. Daha önceleri sadece sanık hakkında bu tedbire karar verilebilirken 25.05.2005 tarihli ve 5353 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile sanıkta bu kapsama dâhil edilmiştir²²⁸.

Bu tedbire başvurulurken iletişim araçlarının kimin üzerine kayıtlı olduğundan ziyade karar verilecek kişinin şüpheli veya sanık olması önemlidir. Yani

²²⁶M. Ruhan Erdem/Veli Özer Özbek, 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, s. 282.

²²⁷Sözür, s. 107.

²²⁸Gökçen/Balci/Alşahin/Çakır, s. 176; Hakeri/Ünver, s. 425; Kaymaz, s. 174; Yardımcı, s. 185.

iletişim aracı bir başkası üzerine kayıtlı olsa bile sanık veya şüpheli tarafından kullanılması bu tedbire karar verilmesi için yeterlidir.

Soruşturmada önce idari (ön) soruşturmanın olduğu durumlarda ise, idari (ön) soruşturma, genel manada kabul edilen soruşturma olarak değerlendirilmediği için bu tedbire karar verilemez²²⁹.

2. Şüpheli veya Sanığın İşlediği Suça İştirak Edenler

Suçta iştirak edenler hakkında tedbirin uygulanacağı yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. Suçta iştirak edenler hakkında iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin uygulanabilmesine ilişkin ikili bir ayırım yapmak gerekir²³⁰.

Suçta iştirak eden kimselerin CMK mad. 135/8'de sayılan katalog suçlardan birine ilişkin iştirakta bulunmaları halinde, bu kimseler hakkında da iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine karar verilebilir. Ancak bu kimselerin iştirakta buldukları suçun CMK mad. 135/8'de sayılan katalog suçlardan birinin olmaması halinde, haklarında iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine karar verilemez²³¹.

Geçmiş düzenlemelerden olan 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 2. maddesinde belirtildiği üzere, suçta/suçluya yardım ve yataklık veya iştirak edenler için haklarında iletişimin dinlenmesi veya tespiti kararı verilebilmekteydi²³².

3. Hâkim ve Savcılar

Hâkim ve savcıların kişisel suçları hakkında soruşturma veya kovuşturma aşamasında normal vatandaşlar gibi iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulur. Yani tedbire ilişkin genel şartların varlığı aranmaktadır. Belirtmek gerekir ki hâkim ve savcıların görevlerine ilişkin suçları hakkında soruşturma yapılabilmesi için HSYK'nın izni gerekmektedir. Ancak istisnai olarak ise, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü hallerinde izin gerekmemektedir²³³.

²²⁹Juan Carlos Da Silva/Albrecht Stange/Fatih Birtek, s. 134.

²³⁰Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 223; Hakeri/Ünver, s. 429; Kaymaz, s. 198; Taşkın, s. 97; Ataman, s. 79.

²³¹Taşkın, s. 97.

²³²Taşkın, s. 98.

²³³Hakeri/Ünver, s. 430; Kaymaz, s. 209; Bulduk, s. 254; Taşkın, s. 99; Ataman, s. 80.

4. Kamu Görevlileri, Milletvekilleri ve Avukatlar

Kamu görevlileri ve avukatlar açısından görevleriyle ilgili olmayan suçlar açısından herhangi bir özellik yoktur. Bu nedenle genel hükümler uygulanmaktadır. Ancak görevleriyle ilgili işledikleri suçlar açısından tabi oldukları kanunlar gereğince ilgisinden izin alınması gerekir.

Milletvekilleri açısından ise, dokunulmazlıklarının 6718 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun uyarınca dokunulmazlıkların kaldırması ile soruşturma iznine gerek kalmamıştır. Milletvekilleri açısından özel bir düzenleme olmaması sebebiyle söz konusu tedbire genel hükümler uyarınca karar verilir²³⁴.

D. DENETİME TABİ YERLER BAKIMINDAN

CMK'nın 136. maddesinde müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerlerindeki araçların şüpheli veya sanığa yüklenen suç sebebiyle denetlenemeyeceği belirtilmiştir. Hukukumuzda yerler bakımından tek sınırlama bu maddedir. Ancak müdafinin suça iştirak etmesi durumunda daha öncede bahsettiğimiz şekilde denetime karar verilebilecektir.

Kamu görevlilerinin denetime tabi tutulması konusunda bir sınırlama olmamakla birlikte kamu görevlilerinin kamuya ait araçlarla iletişimini sağlamaları durumunda dinlenmesi konusunda bir kararsızlık vardır. Bu durumda kamu kurumu ile iletişime geçen bütün vatandaşların görüşmeleri dinlenmiş olacaktır. Ancak bu sebep tek başına tedbire başvurulmasını engelleyecek seviyede bir sebep değildir.

Kamuya açık alanlarda bulunan ve herkese açık olan araçların denetiminde ise yine birçok vatandaşın telefon görüşmesinin denetime tabi tutulması gibi bir sorunla karşılaşılmaktadır. Bu durumda tedbire karar verilebilmesi için şüpheli veya sanığın o araç ile iletişime geçeceği konusunda önemli bir şüphenin mevcut olması gerekmektedir²³⁵.

²³⁴Kaymaz, s. 218; Taşkın, s. 100.

²³⁵Sezer/İpek/Parlak, s. 117; Yardımcı, s. 186.

III. DENETİME KARAR VERME YETKİSİ VE USULÜ

A. DENETİME KARAR VERME YETKİSİ

Denetime karar verme yetkisini soruşturma ve kovuşturma aşaması olarak iki ayrı şekilde inceleyeceğiz.

1. Soruşturma Aşaması

Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesinin birinci fıkrasında iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verme yetkisinin hâkime ait olduğu belirtilmiştir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla da iletişimin denetlenmesine karar verilebilecektir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını derhal hâkimin onayına sunmalı, hâkim ise en geç 24 saat içerisinde kararını vermelidir²³⁶.

Geçmiş düzenlemelerde yetkili hâkimin kim olduğu yönünde bir açıklık bulunmamaktaydı. Bu belirsizlik 10.11.2005 tarihli 25989 sayılı Resmi Gazetede yayınlanıp yürürlüğe giren Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik ile giderilmiştir. Yönetmelik mad. 26/2'ye göre yetkili ve görevli hâkime 5271 sayılı CMK uyarınca karar verileceği belirtilmiştir. Yani bu durumda genel düzenlemelere bakılacaktır²³⁷.

Genel düzenlemede ise, CMK'nın 162. maddesi uyarınca Cumhuriyet savcısı hâkim tarafından verilebilecek bir karar öngörürse, bu işlemin yapılacağı yer sulh ceza hâkiminden karar verilmesini ister. İstisnai bir durum olan gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tedbire karar verebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını derhal hâkimin onayına sunmalıdır. Burada bahsedilen hâkim yine CMK'nın 162. maddesi uyarınca işlemin yapılacağı yer sulh ceza

²³⁶Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 179; Hakeri/Ünver, s. 433; Kaymaz, s. 206; Meran, s. 172; Taşkın, s. 113; Yardımcı, s. 186.

²³⁷Meran, s. 172; Taşkın, s. 114; Ataman, s. 79.

hâkimidir. Hâkim ise kararını en geç 24 saat içerisinde vermelidir. Aksi halde tedbire derhal son verilir²³⁸.

Burada gecikmesinde sakınca bulunan hal ve derhal ifadelerinden ne anlaşılması gerektiğine değinilmelidir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal, derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimallerinin ortaya çıkması hâlini ifade ettiği şeklinde 01.06.2005 tarihli ve 25832 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğince tanımlanmıştır.

Derhal ifadesi ise, adli sürecin ilerlemesine uygun olarak en kısa süre şeklinde tanımlanabilmektedir.

Gecikmesinde sakınca bulunan halin mevcudiyeti ve Cumhuriyet savcısının kararından sonra hâkimin söz konusu istemi reddederek tedbire onay vermemesi durumunda Cumhuriyet savcısının karara itiraz hakkı vardır. Bu durumu aksine bir düzenleme olmamasından kaynaklı olarak söyleyebiliriz. İtiraz ise CMK'nın 260. maddesinde belirtilen genel hükümlere göre gerçekleşecektir²³⁹.

2.Kovuşturma Aşaması

Madde metninde herhangi bir ayrıma gitmeksizin soruşturma veya kovuşturma aşamasında diyerek hâkimin yetkili olduğu belirtilmiştir. Ancak kovuşturma aşamasında tartışma, hâkimden kastın sulh ceza hâkimi mi yoksa yargılamayı yapan mahkemenin mi olduğudur²⁴⁰.

Maddenin lafzi yorumundan çıkartılacak sonuç soruşturma ve kovuşturma aşamasında sulh ceza hâkiminin tedbiri vermede yetkili olduğudur. Nitekim doktrinde hâkim kelimesi ile sulh ceza hâkiminin anlaşıldığı ve mahkeme olarak yorumlanamayacağını savunan görüşlerde mevcuttur²⁴¹.

²³⁸Hakeri/Ünver, s. 433; Kaymaz, s. 257; Bulduk, s. 212; Yardımcı, s. 187.

²³⁹Taşkın, s. 114.

²⁴⁰Hakeri/Ünver, s. 433; Meran, s. 172.

²⁴¹Yener Ünver/Hakan Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2006, s. 213.

Bu görüşün kabul edilmesi durumunda şöyle bir sorun ortaya çıkmaktadır. Yargılamayı yapacak olan mahkeme iletişimin denetlenmesi tedbiri hariç daha ağır tedbirlerde dâhil olmak üzere tüm tedbirlere karar verebilirken iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verememektedir. Burada orantılılık ilkesine açıkça aykırılık bulunmaktadır. Ayrıca yargılamayı yapacak olan mahkeme yargılama işleminin tüm aşamalarına vakıf iken bu aşamalara vakıf olmayan sulh ceza hâkimine başvurulması hem pratiklik açısından hem de tedbire başvurulmasının aciliyeti açısından çeşitli sorunlar ortaya çıkarmaktadır²⁴².

Kanaatimizce, CMK'nın 135. maddesi düzenlenirken kanun koyucu kovuşturma aşamasındaki yetkiyi göz ardı ederek eksik bir düzenleme yapmıştır. Bu doğrultuda kovuşturma aşamasında telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine, diğer koruma tedbirleri de dâhil olmak üzere tüm soruşturma ve kovuşturma işlemlerini yapmaya yetkili yargılama makamı tarafından karar verilmektedir.

Kovuşturma aşamasında da soruşturma aşamasında olduğu gibi Cumhuriyet savcısı tarafından gecikmesinde sakınca bulunması durumunda iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verilebilmektedir. Yine Cumhuriyet savcısı kararını derhal hâkimin onayına sunması ve hâkiminde 24 saat içerisinde karar vermesi gerekmektedir²⁴³.

B. DENETİM KARARI VERİLMESİNİN USULÜ

CMK'nın 135. maddesinde düzenlenen iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine kimin karar vereceği açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen kimin başvuruda bulunacağı düzenlenmemiştir. CMK'nın 162. maddesinde genel düzenleme belirtilmiştir. CMK'nın 135. maddesinde bir düzenleme olmadığı için genel düzenlemelere gidilecektir. Genel düzenleme niteliğindeki CMK'nın 162. maddesine göre, soruşturma aşamasında tedbire karar verilmesi için Cumhuriyet savcısının başvurusu gerekmektedir²⁴⁴.

²⁴²Kaymaz, s. 248; Sezer/İpek/Parlak, s. 127; Yardımcı, s. 187.

²⁴³Hakeri/Ünver, s. 433; Kaymaz, s. 249; Bulduk, s. 215; Meran, s. 172; Sezer/İpek/Parlak, s. 127; Taşkın, s. 115; Yardımcı, s. 186.

²⁴⁴Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 179; Hakeri/Ünver, s. 433; Bulduk, s. 215; Meran, s. 172; Sezer/İpek/Parlak, s. 128.

Nitekim bu durumu tasdik eder 14.02.2007 tarihli ve 26434 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 5. maddesi uyarınca "*soruşturma ve kovuşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı başvuru evrakını soruşturma defterine kaydettirir ve numara verdirtir*" denilmektedir. Daha sonra bizzat kendince veya emrindeki kolluk görevlilerince, kendisine bildirilen iletişimin denetlenmesi tedbiri istemine ilişkin bilgi ve belgeleri de ekleyerek hâkime başvurur²⁴⁵.

Soruşturma evresindeki düzenleme gereği, Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından karar verilerek tedbir uygulanmaya başlayacaktır. Kolluk görevlilerinin tedbir talep etme yetkileri yoktur. Ayrıca sulh ceza hâkiminin Cumhuriyet savcısının talebi olmadan da tedbire karar verme yetkisinin olduğu düşünülmektedir. 135. maddede bu durumun aksini belirten bir düzenleme yoktur²⁴⁶. Bu sebeple yine genel düzenleme olan 163. maddeye gidilecektir. Burada Cumhuriyet savcısına ulaşamaması veya olayın genişliği sebebiyle Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşması durumu düzenlenmektedir. Ayrıca suçüstü hali ile gecikmesinde sakınca olan bir durumun mevcudiyeti de gerekmektedir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı olmadan hâkimin tüm soruşturma işlemlerini yapabileceği belirtilmektedir. Bu şekilde sulh ceza hâkimi, Cumhuriyet savcısının talebi olmadan soruşturma aşamasında iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verebilecektir²⁴⁷.

Doktrinde bu durumun uygulanabilirliği tartışmalıdır. Çünkü hâkimin Cumhuriyet savcısının talebi üzerine soruşturma evraklarından haberi olmaktadır. Bu

²⁴⁵Meran, s. 172; Sezer/İpek/Parlak, s. 128; Yardımcı, s. 188.

²⁴⁶"Somut olayda 23.08.2007 tarihinde sanıklar defalarca kez kendiliklerinden Zeytinadağ Jandarma Karakoluna gelerek, biriminde kazı işleriyle ilgilenen Astsb. ...'a, bölgede sit alanı içerisinde kazı yaparak tarihi eser çıkarmak istediklerini bizzat söyledikleri gibi, aynı gün iki kez telefonla Astsb. ... arayıp kazı için olay yerine kepçeyi gönderdiklerini bildirdiklerinin tüm dosya kapsamından anlaşılmasına göre, olayda yasal koşulları oluşmadığı halde, 24.08.2007 tarihinde **iletişimin denetlenmesi**, gizli soruşturmacı görevlendirme ve teknik araçlarla izleme koruma tedbirlerine başvurmak suretiyle elde edilen hukuka aykırı delillerin, hükme esas alınması CMK mad. 217/2 uyarınca usul ve kanuna aykırıdır"(Y. 16. C.D., 2016/7027 E.,2017/1109 K., 15.03.2017 T.).

²⁴⁷Meran, s. 173; Taşkın, s. 115; Sezer/İpek/Parlak, s. 129.

sebeple hâkim haberi olmadığı bir soruşturma için doğal olarak tedbir kararı da veremeyecektir²⁴⁸.

Kovuşturma aşamasında ise, Cumhuriyet savcısı saf dışı kalmaktadır. Yargılamayı yapacak olan mahkeme herhangi bir talep olmaksızın yargılama için gerekli gördüğü koruma tedbirleri de dâhil tüm işlemleri yapabilmektedir. Kural bu olmakla birlikte Cumhuriyet savcısının talebi üzerine de tedbire karar verilebilir²⁴⁹.

Hâkim kararında ve Cumhuriyet savcısı kararında yer alması gerekenler ise, yine Ceza Muhakemesi Kanunda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğinin 6. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre tedbir kararında aşağıdaki hususlar yer almalıdır.

- Soruşturma aşamasında soruşturma numarası, kovuşturma aşamasında mahkeme esas numarası,
- Karara konu suç,
- Suçun şüpheli veya sanık tarafından işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebepleri,
- CMK'da ifade edildiği üzere başka şekilde delil elde edilmeyeceğine dair bilgi veya belgeler,
- Tedbir uygulanacak kişi/kişilerin kimlik bilgileri,
- İletişim aracının bilgileri,
- Verilecek olan tedbirinin türü,
- Verilecek tedbirin kapsamı ve süresidir²⁵⁰.

Kararda yer alması gereken söz konusu unsurlar haricinde herhangi bir şey istenmemekle birlikte sadece mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri için ayrı bir düzenleme vardır. Bu durumda mobil telefonun numarası ve uygulanacak tedbirin süresinin belirtilmesi yeterlidir. Ayrıca sürenin uzatılması için yazılan talep ve

²⁴⁸Kaymaz, s. 250; Meran, s. 173; Yardımcı, s. 188.

²⁴⁹Bulduk, s. 217.

²⁵⁰Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 179; Kaymaz, s. 250; Taşkın, s. 115; Meran, s. 173; Sezer/İpek/Parlak, s. 132; Yardımcı, s. 189; Ataman, s. 130.

kararda da yukarıdaki kalemler yazılır. Bunlara ek olarak uzatma talebine konu kararı veren mahkeme numarası, karar tarihi ve adı da yazılır²⁵¹.

Gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda ise yine Cumhuriyet savcısı tedbire karar verebilmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal; derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması şeklinde tanımlandığını daha önce belirtmiştik²⁵².

Bu durumda Cumhuriyet savcısı derhal kararının hâkimin onayına sunmalıdır. Hâkim ise 24 saat içerisinde kararını vermelidir. Hâkim kararı incelerken, hem tedbirinin gerekli olup olmadığı (135. madde hükümlerinin varlığı) hem de gecikmesinde sakınca bulunan halin var olup olmadığı yönüyle inceleyecektir²⁵³.

Söz konusu tedbirinin reddedilmesi durumunda tekrar tedbir talebinde bulunulması için farklı delillerin veya farklı şüphe nedenlerinin ortaya konulması gerekmektedir.

Hâkim tarafından verilen iletişimin denetlenmesi tedbiri kararına karşı itiraz edilip edilemeyeceği yönünde bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durumda genel düzenleme olan CMK'nın 267. madde hükümleri uygulanacaktır. Burada hâkim kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebileceği açıkça belirtilmiştir. Aleyhine tedbir uygulanan kişinin söz konusu tedbirden haberi olmayacağı için itiraz yoluna başvuramayacağı için ancak Cumhuriyet savcısı itiraz yoluna gidebilecektir²⁵⁴.

IV. DENETİMİN YASAK OLDUĞU HALLER

A. TANIKLIKTAN ÇEKİNEBİLECEK KİŞİLER YÖNÜNDEN

İletişimin denetlenmesi tedbirinin tanıklıktan çekinebilecek kişiler yönünden uygulanmasının yasak olduğu, CMK'nın 135. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Burada kesin bir dille şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek

²⁵¹Taşkın, s. 115; Meran, s. 173; Ataman, s. 131.

²⁵²Meran, s. 173; Sezer/İpek/Parlak, s. 132; Ataman, s. 131.

²⁵³Kaymaz, s. 250; Meran, s. 173.

²⁵⁴Meran, s. 174; Ataman, s. 132.

kişiler arasında yapılan görüşmelerin kayıt altına alınamayacağı ve kayıt altına alınsa dahi bu durumun anlaşılması halinde kayıtların derhal yok edileceği düzenlenmiştir²⁵⁵.

Tanıklıktan çekinebilecek kişiler ise CMK'nın 45 ve 46. maddelerinde düzenlenmektedir. Bu maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kişiler;

- Şüpheli veya sanığın nişanlısı,
- Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi,
- Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy,
- Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dâhil kan veya ikinci derece dâhil kayın hısımları,
- Şüpheli veya sanıkla aralarında evlatlık bağı bulunanlardır²⁵⁶.

Birde kişiler yönünden değil de meslekleri veya sürekli uğraşları nedeniyle tanıklıktan çekinebilecek kişiler vardır. Bunlara bakacak olursak;

- Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler,
- Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler,
- Malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgilerdir.

Burada sayılan kişilerin mutlak olarak tanıklıktan çekinebilecekleri kabul edilmektedir. Ancak son iki bentte sayılan kişiler açısından özel bir durum söz

²⁵⁵Bulduk, s. 233; Sezer/İpek/Parlak, s. 143.

²⁵⁶Bulduk, s. 234; Sezer/İpek/Parlak, s. 144; Ataman, 132.

konusudur. Bu kişiler hakkında ilgilinin tanıklığı konusunda rızasının mevcudiyeti durumunda bu kişilere tanıklıktan çekinme hakkı tanınmamaktadır²⁵⁷.

Bu kısıtlama sadece iletişimin kayda alınması açısından geçerli olmakla birlikte iletişimin dinlenmesi, tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi açısından bir kısıtlama bulunmamaktadır²⁵⁸. Denetim sırasında iletişimi kayda alınan ve tanıklıktan çekinebilecek olan kişinin de tedbire konu suçun şüphelisi olması durumunda ise o kişi hakkında yeni bir dinleme kararı alınması gerekmektedir²⁵⁹.

B. MÜDAFİ YÖNÜNDEN

Müdafî TCK'nın 2. maddesinde “*Şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı*” olarak tanımlanmıştır. Ayrıca CMK'nın 136. maddesinde müdafî açısından özel bir düzenleme bulunmaktadır. Burada şüpheli veya sanığın işlediği bir suç dolayısıyla müdafîin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verilemeyeceği belirtilmiştir. Bu kapsamda iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespitine başvurulması mümkün değildir²⁶⁰.

Doktrinde bu düzenlemenin gereksiz olduğunu belirtenlerde bulunmaktadır. Çünkü müdafîin de tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında bulunması sebebiyle CMK mad. 135/3 gereğince görüşmelerinin kayıt altına alınamayacağı belirtilmiştir²⁶¹. Ancak bizce bu görüş doğru değildir. Çünkü CMK'nın 135. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince sadece iletişimin kayda alınması tedbirine başvurulamayacakken CMK'nın 136. maddesi gereğinde iletişimin denetlenmesi kapsamında tüm tedbirlere başvurulamayacaktır.

Ayrıca burada dikkat etmeliyiz ki kanun metninde sadece müdafîin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları belirtilmiş, mobil telefon kapsama dâhil edilmemiştir. Bu eksiklik ise CMK'nın 154. maddesi ile

²⁵⁷Sezer/İpek/Parlak, s. 144; Ataman, s. 131.

²⁵⁸Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s.182; Hakeri/Ünver, s. 425.

²⁵⁹Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, s. 546.

²⁶⁰Hakeri/Ünver, s. 428; Sezer/İpek/Parlak, s. 146.

²⁶¹Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, I, 7. Baskı, Ankara 2016, s.382; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 178; Hakeri/Ünver, s. 428.

kapatılmaktadır. Burada “*Şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafî ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafî ile yazışmaları denetime tâbi tutulamaz*” denmektedir. Bu düzenleme ile müdafî ile müvekkili arasındaki görüşmelerin kayda alınamayacağı düşünülmektedir²⁶².

Müdafîin tek başına ya da müvekkili ya da üçüncü bir şahıs ile birlikte işlediği iddia edilen bir suç sebebiyle yukarıda bahsettiğimiz durumlar geçerli olmamakla birlikte iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verilebilecektir²⁶³.

V.TEDBİRİN SÜRESİ VE SÜRENİN SONA ERMESİ

İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerinin sürelerine ilişkin düzenleme CMK'nın 135. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenmekle birlikte bu denetim sürelerinin ne zaman başlayacağı konusunda bir düzenleme ise bulunmamaktadır. Bununla birlikte, 14.02.2007 T. ve 26434 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 12. maddesinin dördüncü fıkrasında bu konuya değinilmiştir²⁶⁴.

İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerine en çok iki ay için karar verilebilmektedir. Ayrıca Yönetmeliğin 12. maddesinin beşinci fıkrasında dinlemenin kesintisiz olarak yapılacağı belirtilmiştir.

İki aylık sürenin, dinleme veya mobil telefonunun yerinin tespiti kararlarının Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına iletilerek sisteme tanıtılması sonucunda başlayacağı yönetmelikte belirtilmekteydi. Ancak Danıştay 10. Dairesinin 22.10.2010 tarihli, 2007/2795 Esas ve 2010/1399 Karar sayılı ilamı ile tedbir kararın sisteme tanıtılması anına kadar sınırsız bir şekilde ertelenebileceği çekincesi ile söz konusu fıkranın iptaline karar verilmiştir.

²⁶²Mustafa Tırtır, Telekomünikasyon Yolu ile İletişimin Denetlenmesi (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2015, s. 106-107.

²⁶³Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 459-460; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, s. 419; Sezer/İpek/Parlak, s. 147.

²⁶⁴Gökçen/Balç/Alşahin/Çakır, s. 135; Kaymaz, s. 333; Bulduk, s. 263; Sezer/İpek/Parlak, s. 139; Meran, s. 218; Taşkın, s. 137; Yardımcı, s. 217; Ataman, s. 158.

Bizimde katıldığımız ve doktrinde ağırlık olan görüşe göre CMK'nın 135. maddesinin dördüncü fıkrasının ikinci cümlesine göre tedbir kararının en çok iki ay için verileceği ve bu sürenin bir ay daha uzatılabileceği belirtilirken, tedbir kararı ile uzatılma süresinin arasında kesinti olmayacağı görüşü savunulmuştur²⁶⁵. Bu doğrultuda ve mevzuatta da ilgili konuda herhangi bir düzenlemenin yapılmaması nedeniyle denetim kararında tedbirinin başlayacağı tarihin belirtilmesi durumunda bu tarih, bunun belirtilmemesi durumunda ise kararın verildiğinin ertesi günü sürenin işleyeceği görüşünü savunmaktayız.

Yukarıda değinildiği üzere tedbire gerek görülmesi halinde bir ay daha uzatılabileceği belirtilmektedir. Ayrıca örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar için hâkim, tedbiri her defasında bir ay daha olmak üzere toplamda üç ay daha ek olarak uzatabilmektedir. Bu durumda örgüt faaliyeti kapsamındaki suçlar kapsamında maksimum altı ay tedbire karar verilebilmektedir²⁶⁶.

İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması sırasında şüpheli/sanığın başka bir iletişim aracını kullandığının tespiti halinde hâkim kararıyla diğer iletişim aracının denetlenmesi tedbirine karar verilebilmektedir. Yönetmeliğin 7. maddesinin altıncı fıkrasından anlaşılacağı üzere bu karar yeni bir karar değildir, eski tedbirin devamı niteliğindedir. Bu sonucu, yeni iletişim aracı için yapılacak tedbirin süresinin eski tedbirin süresinden fazla olamamasından çıkartıyoruz²⁶⁷.

Tedbire yukarıda belirttiğimiz sürelerin bitimiyle son verilmeyle birlikte bazı durumlarda da daha erken son verilebilmektedir. Tedbir için gerekli şartlar olan; suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe, başka yollar ile amaca ulaşılabilmesi²⁶⁸, tedbire konu suçun katalog suçlardan olması gibi nedenlerin ortadan kalması ile söz konusu tedbire son verilmesi gerekmektedir. Bu tedbire son vermeye ise uygulamada

²⁶⁵**Bahri Öztürk/M. Ruhan Erdem**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2007, s. 636; **Muharrem Özen**, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Soruşturmacı Tedbirleri, Ankara 2006, s. 312; **Ünver/Hakeri**, s. 216; **Taşkın**, s. 138.

²⁶⁶**Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır**, s. 175; **Kaymaz**, s. 334; **Meran**, s. 219; **Sezer/İpek/Parlak**, s. 140; **Yardımcı**, s. 187; **Ataman**, s. 159.

²⁶⁷**Sezer/İpek/Parlak**, s. 140.

²⁶⁸**Cumhur Şahin**, s. 385.

görülebileceği üzere ve bizim de desteklediğimiz görüş çerçevesinde hâkimin karar vermesi gerekmektedir²⁶⁹.

Ayrıca Cumhuriyet savcısı tarafından verilen tedbir kararlarına karşı yukarıda belirttiğimiz üzere hâkimin onay vermesi gerekmektedir. Hâkimin ilgili tedbire onay vermemesi durumunda tedbirinin uygulamasına son verilmesi gerektiği muhakkaktır²⁷⁰.

VI. TEDBİRİN SONA ERMESİNDEN SONRA YAPILACAK İŞ- LEMLER

A. VERİLERİN MUHAFAZASI, PAYLAŞILMASI VE İMHASI

Ceza muhakemesinde kural, gerçeğe ulaşmak için her bilgi ve bulgunun delil olarak kullanılması şeklindedir. Bu durum, hâkimlerin yargılama esnasında keyfi olarak hareket edebilme imkânı olarak algılanmamalıdır. Yargılama esnasında delillerin değerlendirilmesi açısından en önemli kural, bu delillerin hukuka uygun olarak elde edilmiş olması şartıdır. Aksi halde bu bilgi ve bulgular delil olarak değerlendirilemez. Nitekim bu durum Anayasanın 38. maddesinde “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*”, CMK’nın 217. maddesinde “*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir*” şekillerinde ifade edilmiştir²⁷¹.

Ceza muhakemesinde “*Vicdani delil sistemi*” ilkesi uygulanmaktadır. Bu ilke, doğrultusunda deliller değerlendirilirken hâkimlerin elde edilen her türlü bilgi ve bulguyu sınırsız bir şekilde değerlendirebileceği anlamına gelmemektedir²⁷².

Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin, özel kişi veya tüzel kişi aracılığıyla ya da yargılama makamları aracılığıyla elde edilmiş olmasının hiçbir önemi yoktur. İstisnai durum ise, kişinin Türk Ceza Kanununun 25 ve 26. maddeleri

²⁶⁹Kaymaz, s. 337; Taşkın, s. 138.

²⁷⁰Meran, s. 219; Sezer/İpek/Parlak, s. 148; Yardımcı, s. 264; Ataman, s. 159.

²⁷¹Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 169; Hakeri/Ünver, s. 435; Bulduk, s. 271; Meran, s. 219; Sezer/İpek/Parlak, s. 150; Ataman, s. 226.

²⁷²Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 578; Hakeri/Ünver, s. 435.

gereğince kendisini veya bir başkasını savunurken ya da hakkını kullanırken elde ettiği delilleri yargılama esnasında kullanabilmesi durumudur²⁷³.

İletişimin dinlenmesi sonucunda elde edilen ses kaydı ile sanık/şüphelinin söz konusu suçu işlediğini anlattığı durumlarda dahi bu delil “*ikrar*” olarak kabul edilmemektedir. Çünkü ikrarın oluşması için sanık/şüpheliye isnat ve sus hakkının anlatılması gerekmektedir. Bu durumda bu delil “*belirti delili*” olarak değerlendirilmektedir²⁷⁴.

İletişimin denetlenmesi tedbiri sonucunda elde edilen verilerin nasıl saklanacağı ve mahkeme huzuruna nasıl sunulacağı hususu teknolojik gelişmeler ile sürekli olarak değişim içinde olmuştur. Uygulamada ses ve görüntü ya da başka şekilde elde edilen veriler usb vb. gibi teknolojik aletler içerisinde saklanmakta ve mahkemeye sunulmaktadır. Daha sonra konunun uzmanlarından yardım alınarak bu veriler yazılı hale getirilmekte ve ilgili yerlere gönderilmektedir. Ayrıca bu verilerin orijinalleri de muhafaza edilmektedir. Müdafî kovuşturma aşamasında orijinallerini inceleyebilmektedir²⁷⁵.

Burada muhafaza etmekten kastımız; elde edilen bulguların yargılama makamına gelene kadar gizli bir şekilde tutulmasının yanında bu bulguların orijinalliğinin de korunmasıdır. Gizliliğin ihlal edilmesi durumunda ise, sorumlular hakkında Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma başlatılacaktır. İhlalin görev sırasında veya görevden dolayı meydana gelmesinin de bir önemi yoktur²⁷⁶.

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 Yönetmeliğin 21. maddesinde muhafazanın kim tarafından yapılacağına değinilmiştir. Bu doğrultuda Teknik İşletme Daire Başkanlığı söz konusu bilgi ve belgeleri muhafaza etmekle yükümlüdür. Ayrıca Başkanlık ilgili kurumların talebi doğrultusunda bilgi ve belgeleri bu kurumlara göndermekle yükümlüdür.

²⁷³Hakeri/Ünver, s. 436; Sezer/İpek/Parlak, s. 151; Ataman, s. 228.

²⁷⁴Yenisey/Nuhoğlu, s. 465; Hakeri/Ünver, s. 436; Sezer/İpek/Parlak, s. 150.

²⁷⁵Öztürk/Erdem, s. 609; Ataman, s. 229.

²⁷⁶Kaymaz, s. 341; Taşkın, s. 160.

İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması esnasında başka bir suç kapsamında elde edilen delillerin CMK mad. 135/8'de sayılan katalog suçlardan olması halinde kolluk görevlileri derhal bağlı buldukları yer Cumhuriyet savcılığına bilgi verecektir. Cumhuriyet savcılığı ise suça konu olayın yetki alanı içerisinde olması durumunda soruşturma başlatacak, yetki alanının dışarısında olması durumunda ise, ilgili yer Cumhuriyet savcılığına elde edilen bilgi ve belgeleri gönderecektir²⁷⁷.

Burada şöyle bir problem ortaya çıkmakta; elde edilen bilgi ve belgelerin halen soruşturulan veya kovuşturulan bir suç kapsamında olması durumunda ne yapılacağı yönünde bir düzenleme yoktur. Bu durumda bizimde katıldığımız görüş ve uygulamada fiilen uygulandığı üzere bu bilgi ve belgelere konu suçun katalog suçlar kapsamında olması durumunda bilgi ve belgeler gizlilik ilkesine uygun olarak soruşturma veya kovuşturma makamına gönderilecektir. Ancak önemle belirtmek isteriz ki mevzuat hükümlerinde önemli bir eksiklik vardır ve bu durumun en kısa zamanda yasal düzenleme haline getirilmesi gerekmektedir²⁷⁸.

Denetim sonucunda elde edilen deliller çeşitli durumlarda imha edilirler. Gerekli olmayan delillerin imha edilmeyerek muhafaza edilmesi kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal suçunu oluşturabilmektedir. Bu sebeple ihtiyaç duyulmayan her türlü delilin imha edilmesi gerekmektedir. Şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi durumunda ise yine tedbire derhal son verilmekte ve elde edilen delillerinde en kısa zamanda imha edilmesi gerekmektedir²⁷⁹.

Cumhuriyet savcısının gecikmesinde sakınca bulunan hallerde tedbire karar vermesi, hâkimin ise 24 saat içerisinde bu tedbiri onaylamaması halleri için; bu süreçte elde edilen delillerin hâkimin tedbire onay vermemesi ile derhal imha edilmesi gerekmektedir. Ayrıca CMK'nın 135. maddesinde de bahsedildiği üzere şüpheli/sanık ile tanıklıktan çekilebilecek kişiler arasında geçen iletişimin kayıt altına alınamayacağı belirtilmektedir. Bu durumun sonradan ortaya çıkması durumunda yine tedbire son verilerek elde edilen deliller imha edilecektir²⁸⁰.

²⁷⁷Hakeri/Ünver, s. 436; Bulduk, s. 272; Meran, s. 226; Yardımcı, s. 188.

²⁷⁸Bulduk, s. 273; Sezer/İpek/Parlak, s. 150.

²⁷⁹Hakeri/Ünver, s. 436; Meran, s. 229.

²⁸⁰Meran, s. 231; Taşkın, s. 138; Sezer/İpek/Parlak, s. 152

Denetim sırasında tesadüfen başka bir suça ait elde edilen deliller için ise katalog suç kapsamında olmayan suçlardan olması durumunda muhafaza altına alınmaması ve imha edilmesi gerekmektedir. Aksi halde CMK'nın 135. maddesinin etrafından dolaşmakta ve her suç için söz konusu tedbire başvurulabilmektedir.

Sözü edilen bütün bu hallerde delillerin imha edilmesine karar verecek olan makam, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında yetkili mahkemedir. Çünkü bu delillerin yargılamaya konu suç ile bağlantısı olup olmadığına ya da katalog suçlardan olan başka bir suç kapsamında tesadüfen elde edilen delillerden olup olmadığına karar verecek olan Cumhuriyet savcısı veya mahkemedir²⁸¹.

B. İLGİLİLERE HABER VERİLMESİ

Bireylerin özel hayatına giren alanlara üçüncü kişiler, devlet veya yargı organları tarafından müdahalede bulunulabilmektedir. Müdahale sonucunda temel hak ve özgürlükleri zedelenen kişilerin Anayasanın 36. maddesinde belirtildiği şekilde hak arama hürriyetleri bulunmaktadır²⁸². Kişilerin ise bu haklarını kullanabilmeleri için doğal olarak bu müdahalelerden haberdar olmaları gerekmektedir. Nitekim bu durumu tasdikler durum Anayasanın 40. Maddesinde “*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir*” şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Burada konumuz olan tedbir açısından “geciktirilmeden” sözcüğünden ne anlaşılması gerektiği önemlidir. Tedbirin haber verilme zamanına CMK'nın 137. maddesinde değinilmiştir. Buna göre; soruşturma aşamasının bitiminden itibaren en geç 15 gün içerisinde Cumhuriyet Başsavcılığı yazılı olarak ilgiliye haber verecektir. Yazıda tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ayrıntılı olarak bilgi verilecektir. Ayrıca soruşturma aşamasının bitiminden önce bir önceki başlıkta sayılan sebeplerle tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi durumu gerçekleşirse soruşturma aşamasının bitimi beklenmeden ilgiliye haber verilecektir. Yani Cumhuriyet savcısının kararı ile başlatılan ancak hâkimin

²⁸¹Kaymaz, s. 358; Sezer/İpek/Parlak, s. 152.

²⁸²Kaymaz, s. 383; Yardımcı, s. 261; Ataman, s. 249.

onaylamadığı tedbir sonucunda elde edilen bilgi ve belgeler delil olarak kullanılamayacaktır²⁸³.

Fransa ve İngiltere gibi temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından son derece önemli bir konuma sahip ülkelerde muhataplara tedbir ile ilgili olarak haber verme yükümlülüğü yoktur²⁸⁴.

Hukukumuzda ise tedbirle ilgili ilk düzenleme olan 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununda tedbirin ilgililere bildirileceğine dair bir yükümlülük bulunmamaktaydı. Böyle bir durumda yukarıda bahsettiğimiz üzere ilgililer Anayasadan kaynaklı hak arama hürriyetlerini kullanamamaktaydılar. Çünkü haklarında tedbir olduğundan haberi olmayan ilgililer doğal olarak yargı yoluna da başvuramayacaklardı. Daha sonra bu konuda düzenleme yapılarak eksiklik giderilmiştir²⁸⁵.

“İlgilisi” teriminden anlaşılması gereken ise; tedbire maruz kalan şüpheli veya sanıktır. Ayrıca bizce şüpheli veya sanığa ek olarak; iletişim aletinin üçüncü kişiye ait olması durumunda üçüncü kişi, iletişim aletinin şüpheli veya sanığa ait olsa da üçüncü kişi tarafından kullanılması ve tedbir kapsamında değerlendirilmesi durumunda yine bu üçüncü kişi ve söz konusu tedbire herhangi bir şekilde maruz kalarak iletişimi denetlenen herkes ilgili sayılacaktır²⁸⁶.

Yukarıda bahsettiğimiz üzere ilgiliye soruşturma aşamasının bitiminden itibaren 15 gün içerisinde haber verecek olan makam Cumhuriyet Başsavcılığıdır. Ancak bu haber verme işleminin istisnai durumlarda kovuşturma aşamasında olması durumunda haber verecek olan makam mahkeme olmalıdır.

Tedbirin uygulanması esnasında katalog suçlardan olan başka bir suç için delil elde edilmesi ve sonrasında tedbir uygulanan suç açısından yukarıda sayılan sebeplerle ilgisine haber verilmesi gereken aşamaya gelinmesi durumunda ilgisine

²⁸³Ersan Şen, *Türk Hukukunda Telefon, Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir* s. 113; Hakeri/Ünver, s. 436; Yardımcı, s. 261; Ataman, s. 249.

²⁸⁴Adem Sözüer, s. 94. M. Ruhan Erdem/Veli Özer Özbek, 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, s. 287; Hakeri/Ünver, s. 436.

²⁸⁵Hakeri/Ünver, s. 436; Kaymaz, s. 384; Bulduk, s. 144; Meran, s. 233; Sezer/İpek/Parlak, s. 152; Ataman, s. 265.

²⁸⁶Meran, s. 233; Sezer/İpek/Parlak, s. 152; Ataman, s. 265.

haber verilip verilmeyeceği konusunda bir problem ortaya çıkmaktadır. Burada iki menfaat çatışmaktadır. Bir tarafta tedbir uygulanan kişi bakımından temel hak ve özgürlüklerine müdahale teşkil eden tedbiri geç olmadan bilgi edinme hakkı, diğer tarafta ise işlenen bir suçun ortaya çıkması için elde edilen delillerin gizli tutulması. Bu durumda bizce kamu menfaati kişilerin menfaatinden önce gelmesi sebebiyle ilgiliye bilgi verilmemesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle yeni başlatılan soruşturmanın sona ermesine kadar ilgiliye bilgi verilmemelidir²⁸⁷.

C. DENETİMİN DENETLENMESİ

Koruma tedbirlerinin, CMK'da düzenlendikleri ilgili maddelerinde bu tedbirlere karşı itiraz başvuru yolları da düzenlenmiştir. Ancak iletişimin denetlenmesi açısından herhangi bir düzenleme ilgili maddede bulunmamaktadır.

CMK'nın genel düzenlemesi olan 267. maddesinde herhangi bir sınırlama yapmadan hâkim kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebileceği belirtilmiştir. İletişimin denetlenmesi kararı da sulh ceza hâkimi tarafından verilebilen bir karardır. Bu sebeple itiraz yolu ile denetim sağlanmaktadır. Daha önceden bahsettiğimiz üzere ilgilinin itiraz yoluyla denetime başvurabilmesi için söz konusu tedbir kararından haberdar olması gerekmektedir²⁸⁸.

İlgili, tedbir kararını öğrendiği tarihten itibaren 7 gün içerisinde kararı veren sulh ceza hâkimliğine başvurarak itiraz yoluna başvuracaktır. Sulh ceza hâkimi itirazı 3 gün içerisinde değerlendirecek yerinde görmesi halinde kararını düzeltecektir. Aksi halde 3 günün sonunda kararı veren sulh ceza hâkimliği kararı itiraz yönüyle değerlendirilmek üzere; sıra itibarıyla kendisinden sonra gelecek olan sulh ceza hâkimliğine, son sıradaysa birinci sıradaki hâkimliğe gönderecektir. Tek sulh ceza hâkimliğinin bulunduğu yerlerde ise; ağır ceza mahkemesi bulunmuyor ise hangi ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeyse o yerdeki sulh ceza hâkimliği, ağır ceza mahkemesi bulunuyor ise en yakın ağır ceza mahkemesinin mevcut olduğu yerdeki sulh ceza hâkimliği itirazı değerlendirecektir²⁸⁹.

²⁸⁷Taşkın, s. 189; Ataman, s. 265.

²⁸⁸Meran, s. 207; Sezer/İpek/Parlak, s. 185; Ataman, s. 286.

²⁸⁹Bulduk, s. 337; Sezer/İpek/Parlak, s. 185; Meran, s. 207; Yardımcı, s. 265.

Cumhuriyet savcısının gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda tedbire karar vermesini daha önceki başlıklarda ele alındı. Bu durumda hâkimin söz konusu tedbire onay vermemesi halinde, Cumhuriyet savcısının karara itiraz edebileceği hususunda doktrinde değişik görüşler vardır. Bir görüş; Cumhuriyet savcısının tedbiri onaylanmayan karara itiraz edemeyeceği yönündedir²⁹⁰. Ancak kanaatimizce kanunda ve diğer düzenlemelerde, onaylanmayan karara itiraz edilemeyeceği yönünde bir düzenleme bulunmadığı için genel düzenlemelerce hâkim kararına Cumhuriyet savcısının da itiraz edilebileceği kabul edilmelidir²⁹¹.

İtirazın kapsamı açısından herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. Bu sebeple hem tedbir için gerekli şartları gerçekleşmediği iddiası ile hem de şekil açısından hukuka aykırılık bulunduğu gerekçesiyle itiraz edilebilecektir. Yani itiraz mercii kararı maddi ve hukuksal yönüyle değerlendirecektir²⁹².

CMK mad. 135/3 uyarınca tanıklıktan çekinebilecek kişilerin şüpheli veya sanık ile olan iletişimlerinin kayıt altına alınamayacağı kabul edilmektedir. Eğer hukuka aykırı olarak bu iletişimler kayda alınırsa öğrenilmesinden itibaren derhal yok edilmesi gerekmektedir.

Ayrıca tedbire konu suç ile bir bağı olmayan kayıtların kişilerin özel hayatına müdahale teşkil edeceği gerekçesi ile işleme konulmaması gerekmektedir. Dolayısıyla tüm kayıtlardan, şüpheli/sanık veya ilgililerin haberi olmayacağı için itiraz yoluna da başvurulamayacaktır²⁹³.

D.DENETİM SEBEBİYLE TAZMİNAT TALEBİ

Hukuka aykırı olarak iletişimin denetlenmesi durumlarında TCK'nın 132. maddesi uyarınca haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçu işlenmiş olacaktır. Bu durumda ilgili 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Bu suçun verilerin kaydı şeklinde olması durumunda ise ceza 1 kat arttırılacaktır. Bu haberleşme içeriklerinin ifşa edilmesi halinde ise ilgili 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Yine TCK'nın 137. maddesine göre bu suçun kamu

²⁹⁰Ersan Şen, İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, s. 97-135; Mustafa Taşkın, s. 119; Yardımcı, s. 265.

²⁹¹Meran, s. 208; Sezer/İpek/Parlak, s. 188.

²⁹²Kaymaz, s. 397; Sezer/İpek/Parlak, s. 189.

²⁹³Kaymaz, s. 397; Yardımcı, s. 265; Ataman, s. 225.

görevlisi tarafından görevinin verdiği yetki kapsamında işlenmesi durumunda ceza yarı oranında artırılacaktır²⁹⁴.

Söz konusu tedbirin kararının alınması, uygulanması veya daha sonraki yargılama aşamasında ilgilileri zarara uğratması sonucunda ilgililer uğradıkları zararları devletten tazmin edebileceklerdir. CMK'nın 141 vd. maddelerinde "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat" hükümleri düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde tazminata neden olan bazı durumlar tek tek sayılmaktadır. Ancak iletişimin denetlenmesi açısından böyle bir somutlaştırılmaya gidilmemiştir. Bu durumda CMK'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrasına göre genel düzenleme hükümlerine başvurulacaktır. Yargılama esnasında hâkimin veya Cumhuriyet savcısının hukuka aykırı olarak verdiği kararından veya uygulamasından dolayı Devlete karşı tazminat davası açılabilir. Devletin tazminat yükümlülüğü o kadar geniş tutulmuştur ki; hâkim ve savcının kişisel kusuru ile haksız fiilleri durumunda dahi bu sorumluluk devam etmektedir²⁹⁵.

Üç erkten birisi olan yargı erkinin faaliyetleri sonucunda Devletin sorumlu olup olmayacağı konusunda doktrinde çeşitli görüşler savunulmaktadır. Bir taraf Anayasanın 125/1, 129/5 ve 19/son maddelerine dayanırken diğer taraf Anayasa'nın 138. maddesine dayanmaktadır²⁹⁶.

Bizimde katıldığımız ve doktrinde kabul gören görüşe göre; mevzuat hükümlerinde açık bir şekilde yazılmadığı müddetçe Devletin yargı faaliyetlerinden dolayı sorumluluğuna gidilemeyecektir. Yukarıda da belirtildiği üzere CMK mad. 141/3'e göre iletişimin denetlenmesi tedbiri nedeniyle tazminat davası Devlete karşı açılabilir²⁹⁷.

Tazminat davasının açılması için hâkim veya Cumhuriyet savcısının kusurundan kaynaklı olarak ilgili kişi/kişilerin zarara uğramış olması gerekmektedir. Ancak burada aranması gereken kusur basit bir kusur olmamalı ağır kusurların sonucunda bir zararın ortaya çıkması gerekmektedir. Mesela katalog kapsamında

²⁹⁴Hakeri/Ünver, s. 448; Meran, s. 279; Sezer/İpek/Parlak, s. 179; Yardımcı, s. 266.

²⁹⁵Hakeri/Ünver, s. 448; Kaymaz, s. 412; Taşkın, s. 210; Bulduk, s. 339; Sezer/İpek/Parlak, s. 180; Yardımcı, s. 266; Ataman, s. 226.

²⁹⁶Hakeri/Ünver, s. 449; Meran, s. 281; Sezer/İpek/Parlak, s. 180.

²⁹⁷Kaymaz, s. 412; Bulduk, s. 339; Meran, s. 282; Sezer/İpek/Parlak, s. 181.

olmayan suçlar için bu tedbire karar verilmesi ya da tedbir sonucunda elde edilen bilgi ve belgelerin kamuoyuna sızdırılması şeklinde örnekler çoğaltılabilmektedir²⁹⁸.

E. DENETİM SONUCU ELDE EDİLEN DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ceza hukukunda deliller değerlendirilirken vicdani kanaatin oluşması önemlidir. Burada hâkim daha serbest bir şekilde delilleri değerlendirebilecek ve yorumlayabilecektir. Bunun sonucunda da vicdani kanaati doğrultusunda karar verecektir. Ayrıca hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin hâkimin vicdani kanaatini etkilemesi gibi bir durumla karşı karşıya kalınacaktır. Yani hukuka aykırı şekilde iletişim dinlenmesi ve hâkimin takdirine sunulmasından sonra şüpheli tarafından yukarıda anlattığımız üzere itiraz edilmesi ve bunun sonucunda dinlemenin hukuka aykırı olarak yapıldığının anlaşılması durumunda hâkim söz konusu dinlemeleri değerlendirmemekle birlikte vicdani kanaatini oluştururken bu delilleri gördüğü için etkileneceği yadsınamaz bir gerçektir. Bu gibi durumlarda hâkimin tamamen serbest değerlendirme yaparak karar vermemesi gerekmektedir. Ceza hukukunda serbestlik olmasına rağmen bu serbestlik mutlak değildir²⁹⁹.

Tek başına tedbir sonucunda elde edilen delillere dayanarak hüküm kurulup kurulamayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler savunulmaktadır. Zaten mobil telefonun yerinin tespiti, iletişimin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri sonucunda elde edilen delillerle şüphelinin kesin bir şekilde suçlu olduğu kanıtlanamayacaktır³⁰⁰. Ancak iletişimin dinlenmesi veya kaydedilmesi sonucunda ne olacağı konusunda bir görüş ayrılığı vardır. Bazı yazarlara göre bu belgelerin belirti delili olduğu yönündedir. Tek başına belirti delilleri ile hüküm kurulmaması nedeniyle bu denetim sonucunda elde edilen delillerle de hüküm kurulamayacaktır³⁰¹.

Bizimde katıldığımız görüşe göre ise; hukuka uygun olarak uygulanan tedbir sonucunda elde edilen deliller neticesinde hüküm kurulabilecektir. Birçok yazarında

²⁹⁸Hakeri/Ünver, s. 449; Taşkın, s. 210; Sezer/İpek/Parlak, s. 156; Yardımcı, s. 263.

²⁹⁹Hakeri/Ünver, s. 440; Bulduk, s. 339; Sezer/İpek/Parlak, s. 156; Ataman, s. 256.

³⁰⁰Yardımcı, s. 263; Bulduk, s. 340; Ataman, s. 257.

³⁰¹Feridun Yenisey/Sinan Altunç, İletişimin Denetlenmesi Hakkında, Ankara 2008, C. II, s. 1319.

katıldığı görüşe göre tedbir sonucu elde edilen bu deliller ile hüküm kurulabilecek ve bu delillerin başka deliller ile desteklenmesi gerekmemektedir³⁰².

1. Hukuka Uygun Şekilde Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi

Hukuka uygun şekilde elde edilen delillerin kullanılıp kullanılmayacağı yönünde iki farklı sistem vardır. İlki orantılılık ilkesinin esas alan sistemdir. Bu sisteme göre tüm suçlar açısından tedbire başvurulabilirken elde edilen delillerin yargılama esnasında kullanılması için suç ile tedbir arasında bir orantılılık olması gerekmektedir. Yani küçük çaplı bir hırsızlık suçu için iletişimin dinlenmesi tedbiri sonucunda elde edilen deliller kullanılmayacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken çizgi tedbire başvurulurken ihlal edilen temel hak ve özgürlükler ile tedbir sonucunda ortaya çıkan suç arasında bir orantılılığın olmasıdır³⁰³.

Diğer sistemde ise kanun koyucu kendi bir sınırlandırmaya giderek uygulanacak tedbir ile ihlal edilen temel hak ve özgürlükler ve suç arasındaki orantıyı tesis etmiştir. Bizim hukukumuzda da bu sistem uygulanmaktadır. Kanun koyucu düzenlemeyi yaparken katalog şeklinde sayılan suçlar bakımından tedbire başvurulabileceğini belirterek bu dengeyi sağlamıştır. Bu sebeple hukuka uygun tedbir sonucunda elde edilen delillerin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağı yönünde bir tereddüt yoktur³⁰⁴.

Söz konusu denetim sonucunda elde edilen deliller ceza yargılaması haricinde kullanılamaz. Hukuk veya idari yargılamalarda bu delillere başvurulamaz. Ancak bu delillere dayanarak ceza hükmünün kurulması neticesinde hukuk veya idari yargılamalarda bu hükme değinilebilir. Bu durumu engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır³⁰⁵.

³⁰²**Kaymaz**, s.429; **Mahmut Koca**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, Ceza Hukuku Dergisi, S. 2, s. 218; **Ali Kemal Yıldız**, Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu, Ceza Hukuku Dergisi, S. 2, s. 258.

³⁰³**Kaymaz**, s. 462; **Taşkın**, s. 189; **Sezer/İpek/Parlak**, s. 163; **Ataman**, s. 257.

³⁰⁴**Hakeri/Ünver**, s. 441; **Meran**, s. 226; **Sezer/İpek/Parlak**, s. 163; **Yardımcı**, s. 240.

³⁰⁵**Bulduk**, s. 341; **Yardımcı**, s. 241; **Ataman**, s. 261.

2. Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi

İnceleme konumuz olan tedbir açısından hukuka aykırılıktan kastımız sadece ceza kanunları hakkındaki mevzuat hükümleri değildir. Burada hukuka aykırılık tüm hukuk sistemimizde mevcut mevzuat hükümleri açısından değerlendirilmektedir. Ayrıca yukarıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere tedbir kararı alınması için gerekli şartlarını mevcut olması gerekmektedir. Buradaki şartların mevcudiyetinin tabi ki de tedbir kararının alınması anında mevcut olması gerekmektedir³⁰⁶.

Cumhuriyet savcısının yukarıda incelediğimiz üzere acil durumlarda tedbir kararı vermesi ve hâkimin bu kararı onaylamaması durumunda bu ara süreçte elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu kabul edilmektedir³⁰⁷. Ayrıca CMK'nın 135/3. maddesinde tanıklıktan çekinebilecek kişiler ile görüşmelerin kayıt altına alınamayacağı belirtilmiştir. Bu şekilde kaydedilen kayıtlarında hukuka aykırı olduğu çok açıktır.

CMK'nın 135/4. maddesinde yer alan kararda olması gereken şartların bulunmaması durumunda da elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu kabul edilmektedir. Tezimizde ayrıntılı olarak incelediğimiz üzere gerekli esas ve usullere aykırı hareket edilmesi durumunda elde edilen deliller hukuka aykırı olacaktır.

CMK'nın 217/2. maddesinde suçun hukuka uygun her türlü delille ispat edilebileceği belirtilmektedir. Ayrıca Anayasa'nın 38/6. maddesinde de delillerin kanuna uygun olarak elde edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Bu hükümlerden açıkça anlaşıldığı üzere hukuka aykırı bir şekilde elde edilen deliller yargılama aşamasında kullanılamayacaktır.

Ancak bazı yazarlar aksi görüşü savunmaktadır. Bu görüşe göre; kanunun direkt olarak yasakladığı deliller ile usulü yasaklanan deliller olarak ikili bir ayrıma gidilmiştir. Kanun hükmünde yasaklanan delillerin yargılamada kullanılamayacağı, ancak yasak usullerle elde edilen delillerin temel hak ve özgürlüklere zarar vermemesi durumunda yargılamada kullanılabileceği savunulmaktadır³⁰⁸.

³⁰⁶Kaymaz, s. 464; Sezer/İpek/Parlak, s. 167; Ataman, s. 261.

³⁰⁷Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 705; Öztürk/Erdem, s. 633; Şen, s. 113; Hakeri/Ünver, s. 441.

³⁰⁸Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 990-993.

Peki, hukuka aykırı olarak elde edilen delilin yargılamada kullanılması durumunda ne yapılacaktır? Bu durumda hukuka aykırı delilin hükme esas alınıp alınmayacağına bakılacaktır. Eğer bu delil hükme esas olarak alınmadıysa karar hukuka uygun kabul edilecektir. Ancak hükme esas olarak alınması durumunda temyiz kanun yoluna başvurularak hüküm bozulabilecektir³⁰⁹.

Acaba kişinin rızası ile dinlenmesi sonucunda 3. kişilerle yapacağı görüşmeler kayıt altına alınabilecek midir? Bu durumda eğer kendisinin dinlenilmesine rıza gösteren kişi 3. kişi/kişileri suça sürüklediği sürece iletişimi kaydedebilir. Tabi bu durumda suçun CMK mad. 135 kapsamında sayılan katalog suçlardan olması gerekmektedir. Ancak dinlemeye rıza gösteren kişinin mağdur olması durumunda suçun katalog kapsamındaki suçlardan olma zorunluluğu yoktur³¹⁰.

İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması esnasında tedbire konu suç katalog kapsamındaki suçlardan olmaktan çıkarsa o ana kadar elde edilen delillerin ne olacağı yönünde iki farklı görüş vardır. Bu konuya geçmeden önce suçun değişmesi sonucunda yine katalog suçlar kapsamında farklı bir suç olması durumunda ne olacağına değinelim. Bu durumda her ne kadar tedbir şartlarını karşılıyor olsa da o suç açısından yeni bir tedbir kararı alınması gerekmektedir. Ayrıca ilk suç açısından elde edilen delillerde hukuka uygun sayılacaktır³¹¹.

Dönüşen suç CMK'nın 135. maddesinde sayılan suçlardan değilse; bir görüşe göre bu zamana kadar elde edilen deliller yargılamada delil olarak kullanılabilirken, diğer görüş kullanılmayacağını savunmaktadır. İlk görüşün kabul edilmesi durumunda bu durum istismara açık olacaktır. Yani suçun katalog kapsamında olmadığı bilinmesine rağmen katalog kapsamında olan bir suçmuş gibi işlem yapılabilecek ve bir takım deliller elde edilebilecektir. Ancak bu durum şu şekilde de gerçekleşebilir; o anki somut durum değerlendirildiğinde katalog kapsamında olan bir suç varken ilerleyen süreçte elde edilen yeni delillerle suçun değiştiği görülebilmektedir. Bu şekilde de elde edilen delillerin kullanılması

³⁰⁹Sezer/İpek/Parlak, s. 169; Hakeri/Ünver, s. 442.

³¹⁰Kaymaz, s. 450-452; Sezer/İpek/Parlak, s. 170.

³¹¹Bulduk, s. 391; Ataman, s. 266.

gerekmektedir. Bu sebeple açıkça istismar edildiği durumlarda deliller yargılamada kullanılamayacakken, diğer durumda deliller kullanılabilir³¹².

Hukuka aykırı delillerin ne olacağına değinecek olursak; CMK'nın 206/2. ve 230/1-b. maddelerine bakılacaktır. Bu maddelere göre hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin dosyada mevcut olmaları gerekmektedir. Ancak bunların hukuka aykırı oldukları belirtilmelidir. Bu delillerin hukuka aykırı olduğuna kesin kanaat getirilmesi durumunda ise reddedilmesi gerekmektedir. Yani bu delillerin hukuka aykırı olup olmadığı iki aşamalı denetimden geçecektir³¹³.

3. Tesadüfi Şekilde Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi

Tesadüfen elde edilen delil; katalog kapsamında sayılan suçlar için başvuru ile iletişimin denetlenmesi tedbiri sırasında tedbire konu suç haricinde başka bir suçun işlendiğine dair elde edilen delildir. Ancak söz konusu tedbir bir taraf için verileceğinden diğer tarafın temel hak ve özgürlükleri yeterince güvence altında olmamaktadır. Bu nedenle ki yasa koyucu CMK'nın 138/2. maddesinde bu konuyu düzenlemiştir. Burada; iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması sırasında başka bir suçun işlendiği yönünde elde edilen delillerin derhal muhafaza edilerek Cumhuriyet savcısına bilgi verileceği belirtilmektedir³¹⁴.

Burada elde edilen delilleri iki farklı şekilde incelememiz gerekmektedir. Birincisi delilin suç kapsamında tedbire maruz kalan kişiye ait olması, ikincisi delilin tedbire maruz kalan kişiye değil üçüncü kişiye ait olması durumudur³¹⁵.

İlk olarak şüpheli veya sanığın katalog kapsamında işlediği iddia edilen suç için denetime maruz kalması sırasında başka bir suç işlediği yönünde bir delil elde edilmesi durumunu inceleyeceğiz. Bu durumda eğer elde edilen delile konu suç yine katalog kapsamında sayılan bir suç ise derhal deliller muhafaza altına alınır ve Cumhuriyet savcısına haber verilir. Fakat yeni suç için tedbire devam edilmesi için yeni bir tedbir kararı alınması gerekmektedir. Peki, tesadüfen elde edilen delilin

³¹²Kaymaz, s. 465; Sezer/İpek/Parlak, s. 172; Yardımcı, s. 266.

³¹³Kaymaz, s. 466; Bulduk, s. 341; Ataman, s. 266.

³¹⁴Hakeri/Ünver, s. 440; Bulduk, s. 342; Sezer/İpek/Parlak, s. 172.

³¹⁵Hakeri/Ünver, s. 440; Taşkın, s. 171; Yardımcı, s. 266.

katalog kapsamında sayılan suçlardan olmaması durumunda ne olacaktır? Bu durumda doktrinindeki görüşler ikiye ayrılmaktadır.

Bir görüşe göre CMK'nın 138/2. maddesinin lafzi yorumundan yola çıkarak elde edilen tesadüfi delilin katalog suç dışında başka bir suça ait olması durumunda hukuka aykırı olduğu savunulmaktadır. Bu kanun maddesi ile denetimin kötüye kullanılmasını engellediği savunulmaktadır. Bu durumum şu şekilde kötüye kullanılabilceğini savunulmaktadır; katalog suç kapsamında olmayan bir suç hakkında delil elde edilmek amacıyla sanki katalog kapsamında bir suç işlenmişçesine tedbir kararı alınarak diğer suç için delil elde edilmesine imkân sağlanacaktır. Bu görüşü destekler şekilde Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 13.06.2006 tarihli, 2006/4-122 E. ve 2006/162 K. sayılı ilamını gösterilmektedir. Bu kararda tesadüfen elde edilen delilin katalog kapsamında sayılmayan bir suça ait olması sebebiyle o delil hukuka aykırı sayılmıştır³¹⁶.

Diğer görüşe göre ise tesadüfen elde edilen delillerin hukuka aykırı olup olmayacağına karar verecek olan merci denetimi yapan kolluk görevlileri değildir. Bu sebeple elde edilen deliller her halükarda Cumhuriyet savcısına gönderilecektir. Cumhuriyet savcısı ise yeni suç için soruşturma açılıp açılmayacağına karar verecektir. Bu görüşe göre kanuna aykırı olarak elde edilen delil ile tesadüfen elde edilen delilin (katalog kapsamında sayılan suça ait olmasa dahi) farklı kavramlar oldukları ve bu nedenle Anayasa'nın 38/6, CMK'nın 206/2 ve 217/2. maddelerine aykırılık olmadığı savunulmaktadır. Bizce de ikinci görüş kabul edilmelidir. Çünkü bir suçun işlendiğinin tespit edilmesi ya da şüphe oluşması durumunda o suç sanki hiç işlenmemiş gibi hareket edilmesi hakkaniyete aykırıdır. Bu durumda elde edilen deliller Cumhuriyet savcısına gönderilmeli ve savcıda suçun katalog kapsamında olmaması durumunda dahi gerekli soruşturma işlemlerini başlatmalıdır. Ancak elde edilen bu deliller mahkemenin hükmüne esas alınmamalıdır³¹⁷.

³¹⁶ Juan Carlos Da Silva/Albrecht Stange/Fatih Birtek, s. 186.

³¹⁷ "...Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan, ancak başka bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek şekildeki "tesadüfen elde edilen deliller" CMK'nın 135/8. maddesinde düzenlenen katalog kapsamındaki suçlara dair ise, soruşturma ve kovuşturmada delil olarak kullanılabilir. Buna karşın CMK'nın 138/2. maddesinin açıklığı karşısında katalog kapsamında yer almayan suçlara dair kayıtların delil olarak kullanılması mümkün değildir. Kanunda, kişiler arasında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi yalnızca belirli ağırlıktaki suç tipleri bakımından

İkinci olarak ise tedbirin uygulanması sırasında şüpheli veya sanıktan başka üçüncü kişinin bir suç işlediğine dair bir delilin ele geçirilmesi durumudur. Şüpheli veya sanığın kimlerle konuşacağını tespit edilemeyeceğinden dolayı bu tedbir sınırlanamamaktadır. Diğer bir ifadeyle, üçüncü kişilerin başka bir suç işlediğinin anlaşılması durumunda bu deliller hukuka uygun kabul edilecektir. Zaten aynı suç kapsamında suç işlediği anlaşılması durumunda soruşturma veya kovuşturma üçüncü kişiyi kapsar şekilde genişletilecektir. Her iki durumda da yukarıda belirttiğimiz şekilde üçüncü kişi hakkında tedbir uygulanması için ayrı bir karar alınması gerekmektedir. Üçüncü kişinin işlediği suçun katalog kapsamında olması veya olmaması durumu için yukarıdaki açıklamalarımız bu kişi açısından da geçerlidir³¹⁸.

Peki, üçüncü kişilerin özel soruşturma/kovuşturma usullerine bağlı olması durumunda ne olacaktır? Mesela tedbir kapsamında dinleme yapılırken Cumhuriyet savcısı veya hâkim hakkında delil elde edilirse ne olacaktır? Cumhuriyet savcısı veya hâkim hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılması Adalet Bakanlığının iznine tabidir. Bu durumda ilgili deliller derhal Cumhuriyet savcılığına gönderilecektir. Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığıyla deliller Adalet Bakanlığına yani ilgili makama gönderilecektir. Makamın izni vermesi durumunda soruşturma ve kovuşturma işlemleri yapılacaktır³¹⁹.

meşru kabul edilmiş, bunlar dışındaki suçlar yönünden ise özel hayatın ve haberleşmenin gizliliğinin korunmasına dair yarar üstün tutulmuştur. İncelenen dosyada sanığın, katalog kapsamındaki "suç işlemek amacıyla örgüt kurma" suçu ile ilgili olarak Gaziantep 6. Sulh Ceza Mahkemesi'nin iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik kararlarının uygulanması sırasında sanık hakkında hırsızlığa teşebbüs, konut dokunulmazlığını ihlal ve mala zarar verme suçları ile ilgili konuşma içerikleri elde edilmiş ise de yukarıda yapılan açıklamalar karşısında, konut dokunulmazlığını ihlal ve mala zarar verme suçunun, suç tarihi itibarıyla hırsızlık suçunun CMK'nın 135/8. maddesi kapsamında bulunmaması sebebiyle anılan dinleme kayıtlarının aynı Kanun'un 138/2. maddesi gereğince bu suçların delili olarak kullanılamayacağı, sanığın atılı suçları işlemediği yönündeki savunmalarının aksine cezalandırılmasına yeterli, her türlü kuşku dan uzak, hukuka uygun, kesin ve inandırıcı nitelikte delil bulunmadığı dikkate alındığında mahkemenin uygulamasında bir isabetsizlik görülmemiştir." (Y. 2. CD., 2014/35334 E., 2017/5788 K., 18.05.2017 T., www.kazanci.com, e.t: 05.10.2017).

³¹⁸Bulduk, s. 343; Taşkın, s. 194; Sezer/İpek/Parlak, s. 178.

³¹⁹Bulduk, s. 256; Yardımcı, s. 265.

SONUÇ

Tezimizin inceleme konusu 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması koruma tedbirleridir. Bu tedbirlere suçu işleyen şüpheli veya sanık hakkında delil elde edilerek maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla başvurulmaktadır.

İnceleme konumuz dışında birde önleme amaçlı olarak iletişimin denetlenmesi tedbiri bulunmaktadır. Bu tedbire de karşılaştırmalı olarak gerekli yerlerde tezimizde değinilmiştir. Bu tedbir ise 2559 sayılı PVSK, 2803 sayılı JTGYK ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunları ile düzenlenmiştir.

5271 sayılı CMK ile ceza muhakemesi hukuk sistemimize giren iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri, ilk kez düzenlenen 4422 sayılı Kanuna göre daha geniş kapsamlı ele alınmış olmakla birlikte mevcut düzenlemenin de yetersiz olduğu kanısındayız.

Yukarıda da değindiğimiz üzere, söz konusu tedbire ilişkin madde metninde düzenlenen iletişimin tespiti, dinlenmesi/kayıt altına alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinin aynı şartlara bağlı olarak ve aynı madde içerisinde düzenlenmemesi gerektiği kanaatindeyiz. İletişimin tespiti ile ilgili kanun koyucu suç yönünden herhangi bir sınırlama aramazken iletişimin dinlenmesi ve kayıt altına alınması tedbirleri açısından suçların katalog halinde sayılması şeklinde bir sınırlandırmaya gitmiştir. Bu ayırım dışında herhangi farklı bir koşul aranmamıştır. Uygulamada gerekli olduğu düşünülmeyle birlikte yeterli olmadığı kanısındayız. Çünkü tüm suçlar açısından bu tedbire başvurulmakla birlikte, tedbir kararı verilmesi açısından gerekli diğer şartlar aynıdır. Bu sebeple suçlunun yerinin bulunması ve yakalanması için gerekli olan bu tedbir için gereğinden daha ağır şartlar konulmuştur. İletişimin dinlenmesi ve kaydedilmesi için, yine Kanun kapsamında olan ama inceleme konumuz dışarısında bulunan sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinden daha ağır şartlar konulması gerekmektedir. Çünkü iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbirleri kişilerin temel hak ve özgürlüklerine en yoğun şekilde müdahaleyi gerektiren tedbirlerdir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri birçok uluslararası mevzuat hükümlerinde düzenlenmekle birlikte hukukumuzda da birçok düzenlemesi bulunmaktadır. Tezimizde sıkça değindiğimiz üzere Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesinde genel düzenlemesi yapılmıştır. 14.02.2007 tarihli ve 26434 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik ve 10.11.2005 tarihli ve 25989 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişimin Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik ile CMK 135 kapsamında mevcut olan iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması için düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler haricinde birde bağlantılı olduğu mevzuat hükümleri vardır. Bunlar ise, Anayasanın 13, 20 ve 22. maddeleridir. 13. maddesindeki temel hak ve özgürlükler, 20. maddesindeki özel hayatın gizliliği ve 22. maddesindeki haberleşme hürriyeti bu tedbir ile sınırlanabilmektedir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde de özel ve aile hayatına saygı hakkı düzenlenmiş ve bazı şartlarda sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Yine CMK hükümleri uyarınca bu haklar açısından da tedbire başvurulmaktadır.

Bir diğer konu ise şüpheli veya sanık hakkında tedbire başvurulurken 3. kişiler hakkında elde edilen delillerin ne olacağıdır. CMK'nın 138. maddesinde tesadüfen elde edilen deliller şeklinde bir düzenleme yapılsa da bu düzenleme yetersizdir. Çünkü burada genel olarak tedbir sırasında başka bir suç işlendiğine dair bir delil elde edilmesi durumunda muhafaza altına alınarak Cumhuriyet savcılığına bildirileceği yönünde genel bir düzenleme yapılmıştır. Ancak bu suçun katalog kapsamında olması gerektiği ya da gerekmediği yönünde bir düzenleme yapılmamıştır. Suçun katalog kapsamında olması halinde muhafaza altına alınıp Cumhuriyet savcısına bildirileceğinin kabul edilmesi durumunda, elde edilen delillerin katalog kapsamında olmaması durumu için deliller adeta yokmuş gibi mi davranılacaktır. Ya da suçun katalog kapsamında olmasa dahi muhafaza altına alınıp Cumhuriyet savcısına bildirileceğinin kabul edilmesi durumunda, elde edilen

delillere dayanarak hüküm kurulabilecek midir yoksa önleme amaçlı tedbir sonucunda elde edilen delillerde olduğu gibi hükme esas alınamayacak mıdır? Bu durumlarla ilgili olarak bir mevzuat hükmü olmamakla birlikte doktrinde de görüş birliğine varılamamıştır. Bu nedenle mevzuat hükümlerinin yetersiz olduğunu ve en kısa zamanda bu duruma açıklık getiren bir düzenlemenin yapılması gerektiğini savunmaktayız.

CMK'nın 135. maddesi düzenlenirken kanun koyucu, kovuşturma aşamasında tedbire karar verecek makamı tesis etmede bir eksiklik yapmıştır. Maddenin lafzi yorumundan, tedbire karar verenin sulh ceza hâkimi olduğu anlaşılmaktadır. Ancak kovuşturma aşamasında tüm tedbirlere mahkeme karar verirken iletişimin denetlenmesine sulh ceza hâkiminin karar vermesi orantılılık ilkesine aykırı düşmektedir. Bu nedenle bu duruma açıklık getiren bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir. Kanaatimizce de karar yetkisi orantılılık ilkesi gereği kovuşturmayı yürüten mahkemeye ait olmalıdır.

Gelişen teknoloji ile telefon görüşmelerinden ziyade elektronik ortamda internet aracılığı ile yapılan iletişime ağırlık verilmektedir. Bu iletişim araçları olan; e-mail, Whatsapp ya da daha farklı uygulamalar ile yazılı, sesli veya görüntülü olarak iletişim sağlanmaktadır. Bu durumların daha ayrıntılı bir biçimde belirtildiği bir düzenlemenin yapılması gerektiği görüşündeyiz.

Ayrıca son olarak; söz konusu tedbir son zamanlarda ülkemizin geçtiği bu zorlu süreçte devletimizin içine sızmış olan terör örgütleri tarafından art niyetli bir şekilde kullanılmıştır. Bu sebeple ilgili düzenleme kısa süre içerisinde durumun koşullarına göre önlem amacıyla birçok kez değiştirilmiştir. Bu süreç göstermektedir ki tedbir açısından şu anda hukukumuzda yeterli bir düzenleme bulunmamaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz konulara değinilerek yeni bir düzenleme yapılması gerektiğini önemle belirtmekteyiz.

KAYNAKÇA

Abdülaziz Musa Amir, Etta'zir fi Şeriatil İslamiyye, Kahire.

Adem Sözüer, Türkiye'de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzer Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LV, S.3, 1997.

Ahmet Ataman, Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, Ankara 2016.

Ahmet Danışman, Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Konya 1991.

Ahmet Gökçen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara 1994.

Ahmet Gökçen/Murat Balcı/Mehmet Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

Ali Kemal Yıldız, Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu, Ceza Hukuku Dergisi, S. 2.

Ali Özdoğan, Teknik Dinlemeye Dair, “Gizli Dinleme Kanunlarına ve Uygulamalarına Dair Bir Araştırma”, Emniyet Genel Müdürlüğü İDB Yayınları No:92, Ankara 2004.

Arda Atakan, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması ve Sınırlamanın Sınırını Oluşturan Ölçütler, Yayınlanmamış Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul 2006.

Atakan Çoksezen, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve AİHS Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi, İstanbul-2006.

Ayşe Nuhoğlu, Adli Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi ile Teknik Araçlarla İzleme Tedbirine Konu Olan Suçlar, S.128, Ağustos 2006.

Aytekin Geleri, "*Organize Suçlarla Mücadelede Elektronik Takip'in Rolü, Avrupa Birliği Sürecinde Türk Polisi*", Polis Akademisi Seminer, Konferans, Sempozyum Bildirileri Dizisi: 4, Ankara 1996.

Aytekin Geleri/Hakan İleri, Organize Suçlarla Mücadelede Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

Bahri Öztürk, Delil Yasakları, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995.

Bahri Öztürk, "Anayasa Değişikliklerinin Ceza Muhakemesine Etkileri", 16. Hukuk İhtisas Semineri, Terör Örgütlü Suçla Mücadele ve İnsan Hakları, S.2-3, 18-21.04.2002, Çeşme/İzmir.

Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin F. Saygılar/Esra Alan, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı 2010.

Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/M. Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin F. Saygılar Kırıt/Özdem Özaydın/Esra Alan Akcan/Efser Erden, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2016 (10. Baskı).

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

Bahri Öztürk/M. Ruhan Erdem/Veli Özer Özbek, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000 (5. Bası).

Burak Cenk İlhan, Türkiye'de Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 14, 2013.

Caner Yenidünya/Olgun Değirmenci, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2003.

Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Gazi Şerhi, Ankara 2006.

Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, I, 7. Baskı, Ankara 2016.

Diyanet İşleri, Kur'an-ı Kerim Nisa Suresi 93. Ayet Meali.
“<http://www.kuranmeali.org/kuran/nisa-suresi/ayet-93/2-diyamet-isleri-meali.aspx>”

Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara (1999-2000).

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

Erdal Atabek, İletişimin ve Teknoloji, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001.

Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, Erdener Yurtcan Yayınevi, İstanbul 2007 (12. Baskı).

Ergun Özbudun, Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, AÜHFD, 50. Yıl Armağanı, C.1, Ankara 1997.

Erol Cihan/Feridun Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 1997 (2.Bası).

Ersan Şen, İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, Ceza Hukuku Dergisi, S.4.

Ersan Şen, Türk Hukukunda Telefon, Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, 5. Baskı, 2016.

Faruk Turinay, *Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı*, TBB, Ankara 2016, S:116.

Fatih Birtek, İstihbarat Amacıyla İletişim Özgürlüğüne Müdahale Edilmesi ve Müdahaleden Elde Edilen Materyallerin Delil Olarak Kabul Edilebilirliği, Ceza Hukuku Dergisi, Y.6.

Feridun Yenisey, Hazırlık Soruşturması ve Polis, Beta Basım Yayın, İstanbul 1987.

Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku (4.Baskı), Seçkin Yayınevi, İstanbul 2016.

Feridun Yenisey/Sinan Altunç, İletişimin Denetlenmesi Hakkında, C. II, Ankara 2008.

Füsun Sokullu Akıncı, “Polis ve Mağdur Hakları, Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamalarına İlişkin Eğitim Projesi (Muyep) Tebliğleri” S. 2 Ankara 2008.

Gülşen Yıldırım, Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. maddesinin Genişlemiş Yorumu ile Sağlanan Koruma, TBB Yayınları, Ankara 2004.

Gürsel Yalvaç, TCK, CMK, CGTİK ve İlgili Mevzuat Olağanüstü Hal Düzenlemeleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

Hakan Hakeri, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması”, EÜHFD, C. I, S. 1, Kayseri-2006.

Hakan Hakeri, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması", http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=16&Itemid=35, s. 3, e.t: 28/07/2010.

Hakan Hakeri/Yener Ünver, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2017.

Handan Yokuş Sevük, “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, **TBB Dergisi**, S. 69, Mart-Nisan 2007.

Hikmet Sami Türk, “Örgütlü Suçlar Ve Terörle Mücadele” <Http://www.Yayin.Adalet.Gov.Tr/Dergi/11say%C4%B1.Pdf>, s.3, e.t: 20/07/2010.

<https://tr.wikipedia.org/>

<http://www.tdk.gov.tr/>, e.t: 20.10.2017

<http://amerikabulteni.com/2014/12/11/bir-ulusal-guvenlik-yasa-paketi-patriot-act/>

İbni Teymire, El Hısbe fil İslam, Kahire.

İsa Çelik, Postada Elkoyma (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2016 (2. Baskı).

Juan Carlos Da Silva/Albrecht Stange/Fatih Birtek, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi-İletişimin Denetlenmesi Tedbiri Eğitim Modülü, Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Yayınevi, 2014 (1. Baskı).

Kayhan İçel, "Kitle Haberleşme Hukuku", İstanbul 2007.

M. Ruhan Erdem/Veli Özer Özbek, 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000.

Mahmut Koca, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, Ceza Hukuku Dergisi, S. 2.

Mehmet Murat Yardımcı, Amerika Birleşik Devletleri Hukuku, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları ve Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.

Mesut Bedri Eryılmaz, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012

Muharrem Özen, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Soruşturmacı Tedbirleri, Ankara 2006.

Mustafa Köse, *Tarihte ve Türklerde İstihbarat*, Turan Stratejik Araştırmalar Merkezi, <http://www.turansam.org/makale.php?id=421>, e.t: 21.10.2017.

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

Mustafa Tırtır, Telekomünikasyon Yolu ile İletişimin Denetlenmesi (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2015.

Müslim, *Birr* 72, **Buhârî**, *Mezâlim*, 3, **Ebû Dâvûd**, *Edeb* 38, **Tirmizî**, *Birr* 19, **İbni Mâce**, *Mukaddime* 17.

Necati Meran, Ceza ve Hukuk Davalarında Yasak Delil İletişimin Denetlenmesi & Gizli Soruşturmacı ve Teknik Takibin Hukuki Boyutu, Ankara 2015

Nur Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, İstanbul 1992.

Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 13. Baskı, İstanbul 2016.

Nurullah Kunter/Feridun Yenisey, Arama, Elkoyma ve İletişimin Denetlenmesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2010.

Nurullah Kunter/Feridun Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2003,

Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2010.

Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama (Yüksek Lisans Tezi), İzmir 1991.

Öztekin Tosun, Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.41, 1976.

Ramazan Keklik, *Ceza Yargılamasında İletişimin Denetlenmesi*, Adalet Dergisi, Mayıs 2006.

Seydi Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015.

Seyfi Bulduk, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Adli ve Önleme Amaçlı Olarak Denetlenmesi, Ankara 2015.

Sulhi Dönmezer, Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 Sayılı Kanunla Kabul Edilen Koruma Tedbirleri, İzmir 2000.

Uğur Aşkın, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yolu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017, s. 6.

Ursula Kilkelly, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz) İnsan Hakları El Kitapları, No:1, Ankara 2003.

Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2017.

Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2016.

Yasin Sezer/Ali İhsan İpek/Engin Parlak, Temmuz 2012 Değişiklikleriyle, Adli ve Önlem Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Gizli Soruşturma, Teknik Araçlarla İzleme, Eylül 2012

Yener Ünver/Hakan Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2006.