

CEZA YARGILAMASINDA BİR KORUMA TEDBİRİ OLARAK “TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ”

Hakan A. YAVUZ*

GİRİŞ

Bilim ve teknolojinin hızlı gelişim süreciyle birlikte ortaya çıkan yeni imkanlar, yaşamın her alanında büyük çaplı değişikliklere neden olmaktadır. Bu değişikliklerin bir sonucu olarak ortaya çıkan yeni kavramlar, yeni suçlar, yeni suçlular ceza ve ceza yargılaması hukukunda bir takım düzenlemeler yapılmasını zorunlu hale getirmektedir. Bu zorunluluğun bir sonucu olarak, bazı temel insan haklarının sınırlandırılması söz konusu olabilmektedir. Biz bu çalışmada telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin, bir ceza yargılaması tedbiri olarak denetlenmesi hususunda yapılan yeni yasal düzenlemeyi inceleyeceğiz.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 135. maddesinde düzenlenmiştir. Önceki Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK)’nda bu tedbire ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı.¹ Ancak 1999 yılında çıkarılan Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu (ÇASÖMK)’nda, sınırlı bir düzenleme öngörülmüştü.² Karşılaştırmalı hukukta ise bu tedbir İngiltere’de 1985,³ İtalya’da 1988, Almanya’da 1968,⁴ Avusturya’da 1974,

* Adli Yargı Ankara hakim adayı, GÜ Sosyal Bil. Ens. Kamu Hukuku ABD doktora öğrencisi.

¹ 1999 yılına kadarki uygulamada, söz konusu tedbir el koyma kapsamında değerlendirilip, kısmen uygulanabiliyordu. Ancak konuyla ilgili açık bir yasal düzenleme bulunmadığı için, bu yolla elde edilen delillerin hukuka uygunlukları gerek doktrinde gerekse uygulamada ciddi tartışmalara sebep oluyordu.

² ÇASÖMK’deki düzenlemeyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., Şafak, Ali, *Suç Organizasyonu ve Kovuşturma Usulü*, Ankara 2003, s. 92 vd.

³ Ayrıntılı bilgi için bkz., Özdoğan, Ali, “İngiliz Teknik Dinleme Mevzuatı (İngiliz ...)”, *Polis Dergisi*, Yıl: 8, S. 30 (Ocak-Şubat-Mart 2002), s. 2-4.

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz., Özdoğan, Ali, “Alman ve Fransız Teknik Dinleme Mevzuatları (Alman ve Fransız ...)”, *Polis Dergisi*, Yıl: 8, s. 32 (Temmuz-Ağustos-Eylül 2002), s. 14-16.

Fransa’da 1991, Amerika Birleşik Devletleri’nde 1994⁵ yılında yapılan düzenlemelerle yasal bir zemine oturtulmuştur.⁶

Telekomünikasyon kelimesi, İngilizce’de bulunan “telecommunication” kelimesinin Türkçeleşmesi sonucu dilimize girmiş bir kelimedir. Kelimenin sözlük anlamı, elektromanyetik sistemlerle haber, bilgi, resim vb. şeylerin yayılması ve alınmasıdır.⁷ Telekomünikasyon yoluyla iletişim günümüzde, daha çok telefon, telsiz ve internet vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir. Kanun koyucu tedbirin düzenlendiği 135. maddenin gerekçesinde, bu tedbirin kapsamının iletişimin tespiti, iletişimin dinlenmesi ve iletişimin kayda alınması şeklinde olduğunu belirtmiştir. Buna göre: “İletişimin tespiti, belli bir telefon numarasından kimlerin ne zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının tespitinden ibarettir. İletişimin dinlenmesi, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan konuşmalar açısından geçerlidir. İletişimin kayda alınması ise, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan konuşmalardaki ses veya görüntüler açısından söz konusu olduğu gibi, elektronik posta yoluyla yapılan iletişimin içeriği hakkında da uygulanabilir”.⁸

Biz bu çalışmada, söz konusu tedbire ilişkin eski ve yeni mevzuatta bulunan düzenlemeleri, karşılaştırmalı hukuktaki örneklerini de dikkate alarak incelemeye çalışacağız. Çalışma altı ana başlıktan oluşmaktadır. İlk bölümde tedbire ilişkin yasal düzenleme, ikinci bölümde tedbirin amacı, üçüncü ve dördüncü bölümlerde, tedbirin uygulanabileceği suçlar ve tedbirin şartları, beşinci bölümde ise ilgiliye haber verme yükümlülüğü ve tazminat ve nihayet son bölümde tesadüfen elde edilen deliller konusu incelenecektir. Sonuç kısmında ise çalışmada ele alınan hususların genel bir değerlendirmesi yapılacak, görüş ve temennilerimiz sunulacaktır.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz., Özdoğan, Ali, “Amerikan Telekomünikasyon Şirketlerinin Kolluk Kuvvetlerine Yardımı Kanunu (Calea)” http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/29/yeni/web/Ali_OZDOGAN.htm (10.03.2005), s. 1; Özdoğan, Ali, “Amerikan Teknik Dinleme Mevzuatı (Amerikan ...)”, http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/28/yeni/web/Ali_OZDOGAN.htm (10.03.2005), s. 1.

⁶ Erdem, M., Ruhan, “5271 sayılı CMK’da Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi (5271 Sayılı CMK’da ...)”, www.adalet.gov.tr (20.02.2005), s. 1.

⁷ Bkz., Doğan, Mehmet, *Büyük Türkçe Sözlük*, Ankara 2001, s. 1286; Kelimenin yeni Türkçe ifadesi uzakla iletişim anlamına gelen: “uziletişim” dir.

⁸ Bkz., 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 135. madde gerekçesi. www.tbmm.gov.tr (10.01.2005).

I. Yasal Düzenleme

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun birinci kitabında, koruma tedbirlerinin düzenlendiği dördüncü kısmın beşinci bölümünde, 135-140. maddeler bünyesinde ceza yargılamasında bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiş olan *"Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Dinlenmesi Tedbiri"*, halen yürürlükte olan CMUK'ta düzenlenen bir koruma tedbiri değildir. Ancak 1999 yılında kabul edilen 4422 sayılı ÇASÖMK'nın 2. maddesindeki düzenleme bu konudaki ihtiyacı karşılamak amacıyla getirilen bir düzenleme idi.⁹ Söz konusu düzenleme, ancak bu Kanun'da öngörülen suç tiplerinin varlığı halinde uygulama alanı olan bir düzenlemedir. CMK'da öngörülen düzenleme ise bu düzenlemeye göre daha kapsamlı ve ayrıntılı bir düzenlemedir. CMK'nın 135. maddesi söz konusu tedbirin temel esaslarını şu şekilde düzenlemiştir:

⁹ İletişimin Dinlenmesi veya Tespiti başlığını taşıyan 2. madde şu şekildedir:

"Bu Kanun'da öngörülen suçları işleme veya bunlara iştirak yahut işlendikten sonra faillere her ne suretle olursa olsun yardım veya aracılık veya yataklık etme kuşkusu altında bulunan kimselerin kullandıkları telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri ve diğer nitelikteki bilgileri dinlenebilir veya tespit edilebilir. Tespit edilenler mühürlenerek yetkililerce zapta bağlanır.

İletişimin dinlenmesine veya tespitine ilişkin kararlar, ancak kuvvetli belirtilerin varlığı halinde verilebilir.

Başka bir tedbir ile failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesi mümkün ise, iletişimin dinlenmesine veya tespitine karar verilemez.

Resmi veya özel her türlü iletişim kuruluşlarının tuttukları, iletişimin içeriği dışında kalan kayıtlar hakkında da yukarıdaki hükümler uygulanır.

Dinleme veya tespiti veya kayıtların incelenmesine hakim karar verir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı da bu hususlarda yetkilidir. Hakim kararı olmaksızın yapılan bu gibi işlemlerin yirmi dört saat içinde hakim kararına bağlanması şarttır. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal kaldırılır.

Dinleme ve tespit kararları en çok üç ay için verilebilir, bu süre en çok iki defa üçer aydan fazla olmamak üzere uzatılabilir.

İletişimin dinlenmesi ve tespiti sırasında bu Kanun'da öngörülen suçların işlendiğine ilişkin şüphe ortadan kalkarsa, tedbir Cumhuriyet Savcısı'nın tarafından kaldırılır. Bu gibi hallerde tedbir uygulaması sonucu elde edilen veriler, Cumhuriyet Savcısı'nın denetimi altında derhal ve nihayet on gün içinde yok edilir ve durum bir tutanakla belirlenir.

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 istem derhal yerine getirilir ve işlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat bir tutanakla saptanır".

*“İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması**Madde 135.*

1. Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmalarda, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması durumunda, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı’nın kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir ve kayda alınabilir. Cumhuriyet Savcısı kararını derhal hakim onayına sunar ve hakim kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal kaldırılır.

2. Şüphelinin tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi, kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleştirildikten sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtlar derhal yok edilir.

3. 1. fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkan veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir.

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

5. Bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur.

6. Bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a. Türk Ceza Kanunu’nda yer alan;

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (m. 79, 80),

2. Kasten öldürme (m. 81, 82, 83),

3. İşkence (m. 94, 95),

4. Cinsel saldırı (1. fıkra hariç, m. 102),

5. Çocukların cinsel istismarı (m. 103),

6. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m. 188),

7. *Parada sahtecilik (m. 197),*
8. *Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (2, 7ve 8.fıkralar hariç, m. 220),*
9. *İhaleye fesat karıştırma (m. 235),*
10. *Rüşvet (m. 252),*
11. *Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (m. 282),*
12. *Silahlı örgüt (m. 314) veya bu örgütlere silah sağlama (m. 315),*
13. *Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (m. 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.*
- b. *Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da tanımlanan silah kaçakçılığı (m. 12) suçları.*
- c. *Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.*
- d) *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68 ve 74. maddelerinde tanımlanan suçlar.*

7. Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz.”

CMK, 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlüğe girecektir. 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu'nun 18. maddesine göre, CMK ile benzer hükümler içeren bir yasa olan ÇASÖMK 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlükten kaldırılacaktır. Öte yandan, yine 1 Nisan 2005 tarihi itibarıyla yürürlüğe girecek olan 5237 sayılı TCK'nın 137. vd. maddelerinde bu düzenlemenin tamamlayıcısı olarak değerlendirilebileceğimiz, haberleşme özgürlüğüne yönelik hukuka aykırı müdahalelere karşı bir takım yaptırımlar öngörülmektedir.

II. Düzenlemenin Amacı

Suç işleyen kişiler, suç işleyebilmek ve işlenen suça ait izleri silmek için teknolojinin sunduğu telekomünikasyon araçlarından yararlanmaktadırlar. Bu sebeple, amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmak olan ceza yargılamasında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi denetlenebilmesi normaldir.¹⁰

¹⁰ Kaymaz, Seydi, “Mevcut Yasal Düzenleme Karşısında Telefon İle Yapılan Haberleşmenin Denetlenmesi”, *İBD*, C. 70, S. 1-12 (1996), s. 796.

Ancak bu işlem, keyfi uygulamalara yol açabilecek ve bu yönüyle, temel bir insan hakkı olan, özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetini ihlal edebilecek bir mahiyettedir. İşte bu sebeple, söz konusu tedbirin uygulanması kesin çizgilerle belirlenmiş, açık ve net kurallar çerçevesinde yapılmalıdır. Özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyeti ancak çok istisnai durumlarda ihlal edilebilmeli ve bu ihlal demokratik toplumun gereklerine uygun bir biçimde gerçekleştirilmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğüne saygı hakkını düzenlediği 8. maddesine göre *"Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakların kullanılmasına resmi bir makamın müdahalesi, demokratik bir toplumda ancak millî güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkasının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri bulunduğu derecede ve kanunda düzenlenmesi şartıyla mümkün olabilir."*¹¹ Benzer bir düzenleme TC Anayasası'nın 22. maddesinde de bulunmaktadır.¹² İşte bütün bu esaslar çerçevesinde her geçen gün gelişmekte olan iletişim araçlarının ceza yargılamasında maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla denetlenmesine ilişkin tedbirlerin hukuki niteliğinin belirlenmesi ve şartlarının ortaya konulması gerekliliği doğmuştur. Bu doğrultuda CMK ile getirilen düzenleme esasen, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin verdiği kararlarda ortaya koyulan ilkeler doğrultusunda yapılmıştır. Söz konusu kararlardan bazıları şunlardır: Malone-Birleşik Krallık, Huvig-Fransa, Kruslin-Fransa, Klass-Almanya, Leander-İsveç ve Lüdi-İsviçre kararlarıdır.¹³ Bu konuda AİHM'nin genel olarak haberleşmenin denetlenmesine ilişkin bazı ilkeler ortaya koyduğu

¹¹ Sözleşme'nin Türkçe metni için bkz., Tezcan, D. - Erdem, M. R. - Sancakdar, Oğuz, *AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara 2002, 452; Ayrıca Sözleşme'nin İngilizce ve Fransızca orijinal metinleri için bkz., <http://www.echr.coe.int/>

¹² Anayasa'nın ilgili maddesindeki istisnai durumlardan birisi olarak "suç işlenmesinin önlenmesi" amacına yer verilmiştir. CMK'daki düzenleme ise işlenen suçlarla ilgili bir düzenleme öngörmüştür. Bu bağlamda, CMK'daki bu farklı düzenlemenin Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği yönündeki düşünceye katılmak mümkün değildir. Çünkü işlenen bir suçla ilgili olarak uygulanabilen bir tedbir, aynı zamanda yeni suçların işlenmesinin önlenmesi amacına da hizmet etmektedir. Kaldı ki, suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla haberleşme özgürlüğüne bir sınırlama getirilebilecekken, işlenmiş bir suça ilişkin maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için bu özgürlüğün sınırlanması sonucunu doğuran bir koruma tedbirine başvurulamaması düşünülemez. Söz konusu görüş için bkz., Kaplan, Arif, "CMK'ya İlişkin Eleştiriler", *Hukuk ve Demokrasi Dergisi*, Yıl 1, S. 9, Ankara 2005, s. 46.

¹³ Kararların İngilizce metinleri için bkz., Jacob, Francis G. - White, Robin C. A., *The European Convention On Human Rights*, 2'nd Edition, Clarendon Press, Oxford 1996.

Klass ve diğerleri-Almanya kararı üzerinde durmak yerinde olacaktır.¹⁴ Mahkeme, bu konuda yapılacak yasal düzenlemeye ışık tutabilecek bazı ilkeler saptamıştır. Buna göre;

1. Söz konusu yasal düzenlemenin özel yaşama ve aile yaşamına saygı gösterilmesi haklarına karışma niteliği taşıdığı açıktır. Anca asıl sorun karışmanın haklı ve gerekli olup olmadığıdır. Bu noktada uygulanacak kriter ise gizli denetlemenin ancak demokratik kurumların korunması amacı ile zorunlu olmasıdır. Bu aynı zamanda oranlılık ilkesinin bir gereğidir. Yani yasalarla ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suçların önlenmesine yönelik olarak getirilen sınırlamalar ancak bu amaçla ulaşmak için benimsenen araçların demokratik bir toplum için zorunlu olup olmamasına bağlı olarak meşruiyet kazanır.

2. Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasıyla getirilen düzenleme temel bir hakka istisna getirdiğinden dar yorumlanmalıdır. Polis devletinin bir niteliği olan gizli izleme yetkilerine, Sözleşme çerçevesinde ancak demokratik kurumları korumak için kesinlikle gerekli olduğu ölçüde katlanılabilir. O halde demokratik bir toplumda istisnai de olsa ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suçların önlenmesi için haberleşmenin gizlice denetlenmesine olanak veren yasalar bir zorunluluktur.

3. Bununla birlikte devletlere tanınan bu olanak sınırsız değildir. Zira demokrasiyi savunma gerekçesiyle çıkarılan ve haberleşme özgürlüğünü sınırlayan böyle bir yasa, demokrasinin sarsılması hatta yıkılması tehlikesini de beraberinde getirmektedir. O halde devletler kendilerince uygun görülen her önlemi alamazlar. Haberleşmenin gizlice denetlenmesine olanak veren bir sistem bunların kötüye kullanılmasına karşı da yeterli güvenceleri getirmelidir. Bu güvenceler de ancak müdahalenin hukuka uygun olarak yapılması durumunda sağlanabilir. Bu doğrultuda her bir ferdi izleme önleminin Yasa'da belirtilen kesin koşullara ve usullere uygun olarak yapılması gerekir.

4. Söz konusu tedbirin uygulanmasında hangi sistem benimsenirse benimsensin, kötüye kullanmalara karşı yeterli ve etkili güvencelerin sağlanması gerekir. Bu amaçla tedbire, sadece gerekçeli ve yazılı bir başvuru üzerine karar verilebilir ve böyle bir başvuru, belirli teşkilatların sadece

¹⁴ Kararın Türkçe metni için bkz., Doğru, Osman, *İnsan Haklar Avrupa Mahkemesi İçtihatları (İHAMİ)*, C. I, Ankara 2003, s. 246-267; Gözübüyük, Şeref, "Avrupa İnsan Hakları Kararlarından Seçme Özetler", *İHMD*, Ocak 1995, C. III, S. 1, s. 35 vd.; Ayrıca benzer bir karar için bkz., Selçuk, Engin (çev.), "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukuku ve Özel Hayatın Gizliliği, Telefonların Dinlenmesi, Prado Bugallo-İspanya Davası", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Yıl: 1, S. 3, Temmuz- Eylül 2004, s. 240 vd.

başkanları veya vekilleri tarafından yapılmalıdır. Tedbir ancak belirli bir süre içinde uygulanabilir ve tedbirin hukukun üstünlüğü ilkesi gereğince, normal olarak yargı organının etkili denetimine, en azından son çare olarak bağımsızlık, tarafsızlık ve uygun usul güvencelerine sahip bir yargısal denetime tabi olması gerekir.

5. Tedbire maruz kalan kişiler belli şartlar oluştuğunda, tedbirin amacını tehlikeye sokmayacak bir biçimde haberdar edilmelidir.¹⁵

Türkiye, Sözleşme'ye taraf devletlerden birisi olarak AİHM'nin bu ve buna benzer kararlarında saptanan ilkeler doğrultusunda bir düzenleme yapma yükümlülüğü altında bulunmaktadır. İşte bu amaçla önce 1999 yılında ÇASÖMK'da bir düzenleme yapılmış ancak, CMUK'ta herhangi bir düzenleme yapılamamıştır. İşte bu amaçla yeni CMK'da bu tedbirle ilgili ayrıntılı düzenlemeler öngörülmüştür. Öte yandan, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, bir ceza muhakemesi tedbiri olarak uygulanabildiği gibi, idari-istihbari amaçlarla da kullanılabilir. İdari olarak yapılan bu uygulamalar herhangi bir yasal dayanağı olmaksızın yapıldığından hukuka aykırı işlemlerdir. AİHM kararlarında bu amaçla yapılan denetlemelerin de ayrıntılı yasal düzenlemelere muhtaç olduğu vurgulanmaktadır. Türkiye'de ise böyle bir düzenleme henüz mevcut bulunmadığından, koruma tedbiri olarak yapılan denetlemeler dışındaki işlemler hukuki dayanaktan yoksundurlar.

Halen yürürlükte bulunan ÇASÖMK'da bulunan düzenlemeler, bu tedbirin ancak Kanun'da zikredilen örgütlü suçlar bakımından uygulanabileceğini öngörmektedir. Yeni düzenleme ise bu tedbirin, örgütlü suçlarla birlikte, adam öldürmeden rüşvete kadar bir çok suç tipi için uygulanabileceğini öngörmektedir. Ancak söz konusu tedbir esasen örgütlü suçlar bakımından ihtiyaç duyulan bir koruma tedbiridir. Son zamanlarda genel olarak dünyada ve özellikle bazı gelişmiş ülkelerde yaşanan ekonomik ve sosyal değişimler ceza hukuku açısından önemli etkiler doğurmaktadır. Özellikle organize suçluluğun tüm dünyayı etkilemesi ve boyutlarının uluslararası niteliğe kavuşması sonucu, suçun önlenmesi için uluslararası ekonomik ve sosyal düzenin yeni bir yapıya kavuşturulması gerekmektedir.¹⁶ Bütün dünya ülkelerini ilgilendiren ve devletlerde çürümeye yol açan çıkar amaçlı suç örgütlerinin sebep olduğu problemler nedeniyle,

¹⁵ Doğru, *İHAMİ*, s. 257 vd.; Öztürk, Bahri, *Yeni Ceza Muhakemesi Hukukunun Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu 5271 sayılı CMK, Tasarı'nın 107. Madde Açıklaması*, www.adale-t.gov.tr-02.02.2005.

¹⁶ Yenisey, Feridun, "Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Ceza Muhakemesi Tedbirleri", *AB Hukuk Kurultayı 2000*, C. II, s. 103.

organize nitelikteki suçlulukta birleşme boyutu önemli bir özellik olarak ön plana çıkmıştır. Kriminolojik açıdan organize suçlulukta bu teşekkül durumunun, tehlikelilik halinin büyüklüğü sadece karmaşık yapılarına ve organizasyonlarının etkili olmasına bağlı değildir. Zira her şeyden önce, organize suç tipi birleşmelere özelliğini veren, bunları çok sıkı gruplar haline getiren ve neredeyse içine girilmez kılan “ideolojik” ve “kültürel” nitelikteki bağlardır.¹⁷ İşte organize suç örgütlerinin bu karmaşık özellikleri, bazen bu tedbirlere başvurulmaksızın maddi gerçeğe ulaşmayı imkansız kılmaktadır. Bu tedbire ilişkin yeni CMK ile getirilen düzenlemeler genel olarak ceza yargılamasının temel amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacına hizmet edecektir.

III. Tedbirin Uygulanabileceği Suçlar

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabilmesi konusunda karşılaştırmalı hukukta üç farklı anlayış bulunmaktadır. Bunlar;

1. Belirli suçları içeren bir suç katalogu oluşturarak bu fiillerden dolayı denetleme,¹⁸
2. Failin işlediği suç nazara alınarak verilmesi muhtemel cezaya göre denetleme,¹⁹
3. Fillin ağırlığına bakılarak denetleme.²⁰

¹⁷ Plazzo, Francesco, “Organize Suçluluğa Karşı İtalyan Mevzuatı”, (Çev. Ümit Kocaşakal), *İBD*, C. 70, S. 1-12 (1996), s. 819.

¹⁸ Bu anlayış, Almanya, ABD ve Hollanda’da hakimdir. Ayrıntılı bilgi için bkz., Gökçen, Ahmet, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El Koyma, Postada El Koyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)*, DEÜHF Yayınları, No: 49, Ankara 1994, s. 189; Erdem, M. Ruhan, *Gizli Soruşturma Tedbirleri (Gizli ...)*, Seçkin Y., Ankara 2001, s. 309; Özdoğan, *Alman ve Fransız ...*, s. 1; Özdoğan, *Amerikan ...*, s. 1.

¹⁹ Gökçen, *a.g.e.*, s. 190; Erdem, M., Ruhan, *Gizli ...*, *a.g.e.*, s. 309 vd.; Örneğin; Fransız hukukunda adli dinleme, en az iki yıl hapsi müstelzim suçların soruşturulması için öngörülmüştür; Özdoğan, *Alman ve Fransız ...*, s. 1; Benzer anlayış 1999 CMUK Tasarısı’nda da benimsenmiş ve Tasarı’nın 103. maddesinde tedbirin “iki yıl veya daha fazla şahsi hürriyeti bağlayıcı” cezalar için uygulanacağı şeklinde bir düzenleme öngörülmüştür. (Bkz., Dönmezer, Sulhi - Yenisey, Feridun, *Karşılaştırmalı CMUK ve 1999 Tasarısı*, Alkım Yayınları, İstanbul 1999, s. 360); Ayrıca CMK 2003 hükümet tasarısında tedbirin uygulanabileceği suçlar ayrı ayrı belirtilmemiş, beş yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren cürümler için uygulanabileceği öngörülmüş idi; Türkiye Barolar Birliği’nin hazırladığı Tasarı’da ise “suçun kanunda öngörülen cezasının alt sınırının yedi yıldan çok hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren hallerde” bu tedbirin uygulanabileceği öngörülmüştür. (Bkz., CMK Tasarısı 108. madde, www.tbb.org.tr - 20.08.2004).

²⁰ Bu anlayış İngiltere ve İsviçre’de hakimdir. Gökçen, *a.g.e.*, s. 190; Özdoğan, *İngiliz ...*, s. 2.

CMK'daki düzenlemeye göre ise bu tedbire başvurulabilmesi için, maddede yazılan suçlardan birisi ile ilgili bir soruşturmanın yapılıyor olması ve bunlardan birinin işlendiğine dair kuvvetli bir şüphenin bulunması gerekmektedir. ÇASÖMK'da yapılan düzenlemeyle karşılaştırıldığında, yeni düzenlemede tedbirin uygulanabileceği suç tiplerinin daha fazla olduğu görülmektedir. ÇASÖMK'ya göre bu tedbirin, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarla, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun ve Türk Ceza Kanunu'nun 403, 404 ve 406. maddelerinde yer alan uyuşturucu suçlarının işenmesi durumunda uygulanabileceği öngörülmüyordu.²¹ Oysa yeni düzenleme bu suçlarla birlikte, adam öldürme, işkence, cinsel saldırı, rüşvet gibi çok farklı suç tiplerini de bu kapsam içerisine almıştır.²² Ayrıca ÇASÖMK'da belirtilen suçların ancak teşekkül halinde işlenmesi durumunda bu tedbirin uygulanabileceği öngörülürken, CMK'da yapılan düzenleme, tedbirin bu şart aranmaksızın maddede belirtilen bütün suç tipleri hakkında uygulanabileceği yönündedir. Öte yandan maddede sayılan suç tiplerinin teşebbüs halinde kalması veya iştirak halinde işlenmesi durumu söz konusu olduğunda, bu durumlar suçun özel görünüş biçimlerinden olduğundan tedbirin uygulanmasında bir duraksama yaşanmayacak ancak söz konusu suçların hazırlık aşamalarında bu tedbire başvurulması, listede özel olarak belirtilmediğinden mümkün olmayacaktır.²³

IV. Tedbirin Uygulanma Şartları

1. Kuvvetli Şüphe

Tedbire başvurulabilmesi için suça ilişkin “*kuvvetli şüphe*” şartı aranmaktadır. Ancak bu kavramın içeriğine girmeden önce bir hususa değinmekte fayda görüyoruz. Şöyle ki, 135. maddenin ilk cümlesi şu şekilde başlamaktadır: “*Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmalarda ...*”. Soruşturma, CMUK'taki hazırlık soruşturması evresine karşılık gelmektedir. Zira CMK'nın 2. maddesinde soruşturma ve kovuşturma şu şekilde tanımlanmıştır: “*Soruşturma: Kanun'a göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi*”, *Kovuşturma ise: İddianamenin*

²¹ Düzenlemenin eleştirisi için bkz., Erdem, M., Ruhan, Gizli ... , s. 315; Sözüer, Adem, “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi, İÜHFİM 1997, Türkan Rado’ya Armağan, C. LV, S. 3, s. 64.

²² Karşılaştırmalı hukuktaki örnekleri için bkz., Erdem, M., Ruhan, Gizli ..., s. 308 vd.

²³ Erdem, 5271 sayılı CMK'da ..., s. 3; Eryılmaz, M., Bedri, “Kolluğun Yetkileri Açısından CMUK ile Yeni CMUK Tasarısının Karşılaştırılması ve Yeni Tasarının Düşündürdükleri”, ABD, Yıl: 57, S. 2000/1, s. 83 vd.

kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ..., ifade eder." Kanun koyucu 135. maddede, kovuşturma evresinden bahsetmemiş, yalnızca soruşturma ifadesini kullanmıştır. Bu da, suçun kovuşturma evresinde bu tedbirin uygulanamayacağı anlamına gelmektedir ki, bu durum düzenlemenin genel yapısıyla çelişmektedir. Çünkü bu maddede tedbire, "sanık" ve "şüpheli" sıfatını taşıyan kişiler hakkında başvurulabileceği öngörülmüştür. Oysa çalışmanın ilerleyen bölümlerinde de değinileceği gibi, soruşturma aşamasında kişiler "şüpheli" sıfatını taşırlar, şüpheli kişiler hakkında kovuşturma başlatıldığı anda ise "sanık" sıfatını alırlar. Bu yüzden, düzenlemenin ilk cümlesinin "bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda ..." şeklinde değiştirilerek bu çelişkinin ortadan kaldırılması gerekmektedir.

CMK'da koruma tedbirlerine başvurulması için farklı düzeylerde şüphe halleri öngörülmüştür. Örneğin; arama ve el koymada, "makul şüphe"den bahsedilirken, tutuklama, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi ve gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izlemede ise, "kuvvetli şüphe"nin varlığı aranmıştır. Bu farklı yaklaşım, koruma tedbirlerinin kişi hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmasına yol açan özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Bundan ötürü kanun koyucu farklı tedbirler bakımından şüphenin derecelendirilmesi yoluna gitmiştir.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesini düzenleyen 135. maddeye göre, bu tedbire başvurulabilmesinin ön şartı, "suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe"nin varlığıdır. Söz konusu suç, yukarıda açıkladığımız gibi herhangi bir suç değil, listede sayılan suçlardan birisi olmalıdır. Şüphe ise basit nitelikte bir şüphe değil "kuvvetli şüphe" niteliğinde olmalıdır. ÇASÖMK'da, CMK'dan farklı olarak bu tedbire ancak, "kuvvetli belirtilerin" varlığı durumunda başvurulabileceği belirtilmekteydi.²⁴ Kuvvetli şüphenin hangi durumlarda söz konusu olacağına ilişkin gerek kanunda gerekse kanunun gerekçesinde açık bir ifade bulunmamaktadır.²⁵ Bir görüşe göre, tedbire başvurabilmek için şüphelenilen kişi hakkında daha önce yapılan

²⁴ Doktrinde "kuvvetli belirti" deyimini "kuvvetli şüphe" olarak anlaşılmıştır. Bkz., Centel, Nur, *Ceza Muhakemesinde Yakalama ve Tutuklama*, İstanbul 1992, s. 39; Kunter, N. - Yenisey, F., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Kitap, 12. Baskı, Beta Y., İstanbul 2003, s. 676.

²⁵ ÇASÖMK'nın ilk hazırlanan 1995 Tasarısı'nın 2/2. maddesinde bu konuda bir tanımlama yoluna gidilmiş idi. Buna göre: "Birden çok kimsenin birlikte veya başkasına ait yasa dışı bir menfaati korumak amacı ile hareket etmeleri veya benzeri eylemlerden dolayı evvelce kovuşturulmuş bulunmaları gibi hallerde makul kuşku var sayılır." Bkz., Yenisey, Feridun, "Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Ceza Muhakemesi Tedbirleri", *AB Hukuk Kurultayı 2000*, 12-16 Ocak 2000, C. II, Ankara 2000, s. 118; Ayrıca tasarının bu maddesi ile ilgili eleştiriler için bkz., Sözüer, a.g.m., 86; Erdem, M. Ruhan - Özbek, V. Özer, "4422 Sayılı ÇASÖMK Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi", *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*, İzmir 2000, s. 278 vd.

araştırmalardan elde edilmiş bulunan somut verilere göre veya bu kişinin söz konusu suçlar bakımından korunan hukuki yararları ihlal eden suçlarla ilişkilerini ortaya koyabilecek nitelikteki belirtilerin, vakıaların mevcut bulunduğu dair ihtimal kuvvetli ise, suç şüphesinin yoğunluğu şartı gerçekleşmiş kabul edilir.²⁶ Yani şüphe, fiili olgulara dayanmak ve hayatın olağan akışı içerisinde basit şüpheden fazlasını ortaya çıkarmaya yetecek şekilde somutlaşmış, müşahhaslaşmış olmalıdır.²⁷ Ancak her halde şüpheyi oluşturan delil ve belirtilerin, sanığın mahkum edilmesine olanak sağlayacak nitelikte olmaması gerekmektedir. Aksi takdirde bu tedbire başvurma gereğinin kalmayacağı açıktır.²⁸

Kuvvetli şüpheden anlaşılması gerekenin ne olduğu hususunun, hukuk devletinin gerekleri ve ceza yargılaması hukukunun temel ilkeleri doğrultusuna, gerek doktrindeki görüşler ve gerekse yargı kararları doğrultusunda netleşeceği kanaatindeyiz. Bu bakımdan özellikle bu tedbirin uygulamasını gerçekleştirecek kimselerin, keyfi uygulamalara yol açmayacak şekilde, somut olayın şartlarına göre azami dikkat ve özeni göstererek hareket etmeleri zorunludur.

2. Tedbirin İstisnai Nitelikli Olması

Tedbirin istisnai nitelikli olması, kanunda belirtilen suçlara ilişkin delillere ulaşmanın başka yol ve yöntemlerle mümkün olmadığı durumlarda uygulanabilen bir yöntem olması anlamına gelmektedir. Karşılaştırmalı hukukta “*son çare prensibi*” olarak anılan şart hemen hemen bütün ülkelerin mevzuatında bulunan bir ilkedir.²⁹

CMK’nın 135. maddesine göre bu tedbire, “*başka surette delil elde edilmesi imkanının bulunmaması durumunda*” başvurulabilecektir. Yani suçları kovuşturmakla yükümlü organlar, kanunda belirtilen bir suçun faillerinin belirlenmesini, suçun delillerini veya faillerin suç yeri olarak kullandıkları

²⁶ Cihan, Erol - Yenisey, Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Beta Y., İstanbul 1997, s. 285.

²⁷ Kunter- Yenisey, *a.g.e.*, s. 640.

²⁸ Erdem, M. Ruhan, *5271 Sayılı CMK’da ...*, s. 3.

²⁹ Özdoğan, Ali, *İngiliz ...*, s. 2; *Alman ve Fransız ...*, s. 1. Amerika’da son çare ilkesi ayrıntılı bir düzelemeye tabi tutulmuştur. Şöyle ki, son çare prensibinin açıklandığı düzenlemeye göre, teknik dinleme, bir tahkikat yöntemi olarak kullanılmadan önce şu kanaatlerden en az birisine sahip olunmalıdır: •Diğer tahkikat yöntemleri kullanılmış ve istenilen netice elde edilememiştir. •Diğer tahkikat yöntemlerinin kullanılması durumunda istenilen netice elde edilemeyecektir. •Diğer tahkikat yöntemleri denenemeyecek kadar tehlikelidir; Özdoğan, *Amerikan ...*, s. 1;

mahalleri başka türlü tespit edemedikleri ve delilleri ortaya çıkarmakta çıkmaza girdiklerinde, bu tedbire başvuru edebileceklerdir.³⁰ Bu tedbirin uygulanabilmesi için, “*klasik tedbirler*” diyebileceğimiz, arama, ifade alma, el koyma ve benzeri tedbirlerin olayın araştırılması veya şüphelinin bulunduğu yerin tespit edilmesi bakımından hiçbir başarı umudu ortaya koymaması veya böyle bir umut gözükse bile, gösterilecek gayretin, elde edilecek sonuca oranla çok ağır bedel ödemeyi gerektirmesi şarttır.³¹ Çünkü klasik tedbirlerden farklı olan bu tedbir, kötüye kullanılma tehlikesi yüksek olan ve temel hak ve özgürlükler açısından daha ağır bir müdahale oluşturan bir tedbirdir.³² Bununla birlikte, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine karar vermeden önce diğer bir tedbire başvurulmuş ve bundan sonuç alınmamış olması gerekmez; bunlara başvurulduğunda sonuç alınamayacağı konusunda bir beklentinin varlığı³³ veya diğerlerinin denenmesi durumunda çok ciddi tehlikelerin ortaya çıkabileceği ihtimali varsa, bu tedbire başvurulması mümkün olacaktır.

Yeni CMK’da klasik tedbirlerle birlikte, doktrinde gizli soruşturma tedbirleri olarak bilinen bu tedbirin yanında, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirlerine de yer verilmiştir. Klasik tedbirlerden farklı özellikleri ve şartları olan bu tedbirler arasında bir öncelik sonralık ilişkisinin bulunup bulunmadığı konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, uygulayıcılar hangi tedbir, hak ve özgürlüklere daha az müdahale oluşturuyor ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında daha etkin görünüyorsa o tedbiri uygulamalıdır. Ancak bu durum gerektiğinde her üç tedbire ya da ikisine birden başvurulmasını engellememelidir.³⁴ Öte yandan klasik tedbirlere başvurulması, şüpheli veya sanık açısından daha olumsuz etkiler doğurabilir. Menfaatlerin dengelenmesi teorisi kapsamında, yürütülen hazırlık soruşturmasının kapsamı ile, bireyin temel hakları karşılaştırıldığında, birinci durumu esaslı şekilde ağır basarsa, bu tedbire başvurulabilecektir.³⁵

3. Tedbirin Orantılı Olması

135. maddede bu tedbire ilişkin olarak “*orantılılık*” ilkesiyle ilgili olarak açık bir ifade kullanılmamıştır. Ancak bir önceki başlıkta incelediğimiz husus bu ilkeyle de ilgilidir. Bununla birlikte, “*koruma tedbirleri*” nedeniyle

³⁰ Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 6. Baskı, Alfa Y., İstanbul 1996, s. 401.

³¹ Kunter - Yenisey, *a.g.e.*, 640.

³² Erdem, *Gizli ...*, s. 322.

³³ Erdem, 5271 Sayılı CMK’da ..., s. 4.

³⁴ Erdem, 5271 Sayılı CMK’da ..., s. 5.

³⁵ Kunter - Yenisey, *a.g.e.*, 640.

tazminat” hükmünün düzenlendiği 141. maddede bu ilkeyle bağlantılı şartlar düzenlenmiştir.

Ceza yargılamasının amacı maddi gerçeği araştırıp tüm çıplaklığıyla ortaya koymak, adaleti tesis edilmesini sağlamaktır. Bu amacı gerçekleştirebilmek için, gecikmesinde sakınca bulunan haller ve haklı görünüş gibi şartların gerçekleşmesi³⁶ halinde ceza yargılamasının muhtemel bir zarardan korumak amacıyla koruma tedbirlerine başvurulur. Bu tedbirin uygulanmasına karar vermek demek, temel hak ve özgürlüklerden fedakarlık etmek anlamında bir risk almak demektir. Böyle bir tedbirin “haklı” görülebilmesi için, üstlenilecek risk asgariye indirilmelidir. Bunun için de amaç ve araç arasında bir denge, karşılıklı bir uygunluk aramak gerekmektedir.³⁷ Bunun bir sonucu olarak aracın, amaçtan daha değerli olmaması ve daha az değerli bir araçla amaca ulaşılabilecekse onun tercih edilmesi gereklidir. Kısaca gerekenden daha değerli bir araç kullanılmamalıdır. Nitekim AİHM, insan haklarının kısıtlanmasında, sözleşmenin zorunluluk aradığı hallerde, mutlak bir sosyal ihtiyaç yüzünden alınan her tedbir ile haklı amaç arasında orantı olmasını aramaktadır.³⁸

4. Tedbire Maruz Kalan Kişiler

Hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulacak kişiler, Kanun’da “*şüpheli veya sanık*” olarak ifade edilmiştir. Bu kavramların anlamı için CMK’nın 2. maddesindeki tanımlar kısmına bakmak gerekmektedir. Bu maddeye göre, Şüpheli: “*Soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişi*”;³⁹ Sanık ise: “*Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişi*”dir. Bu tanımlardan açıkça anlaşıldığı

³⁶ Orantılılık, gecikmez durumların ve haklı görünüşün bir gereği olduğu için bu kavramlarla da birlikte düşünülmelidir. Ayrıca orantılılık kavramının tanımı için bkz., Kunter - Yenisey, *a.g.e.*, s. 666.

³⁷ AİHM’nin Shcenk-İsviçre kararında mahkeme, kişinin telefonlarının dinlenmesi sonucu uğradığı zarar ile olayda aydınlatılmaya çalışılan suç şüphesi karşılaştırıldığında, tercihin suça ilişkin gerçeğin ortaya çıkartılması yönünde yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz., Doğru, Osman (Derleyen ve çeviren), *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Rehberi* (1960-1994), İstanbul 1999, s. 112-113; Bu konuda bir başka karar ise, ifade özgürlüğüne müdahalenin kamu yararına daha ağır basan yeterli bir toplumsal ihtiyaç baskısı meşru amacıyla orantılı olamadığına ilişkin Sunday Times - Birleşik Krallık Kararının Özeti için bkz., Doğru, *İHAMİ*, s. 299; Doğru, Osman, *İnsan Hakları Kararları Derlemesi (İHKD)*, C. I, İstanbul 1998, 371-375.

³⁸ Kunter- Yenisey, *a.g.e.*, s. 665, dñn. 16.

³⁹ Karşılaştırmalı hukukta şüpheli dışındaki kimseler hakkında da telefon dinlenmesi kararı verilebilmektedir. Almanya örneği; için bkz., Kunter - Yenisey, *a.g.e.*, s. 637, dñn. 33.

üzere, söz konusu şahıs, en azından hakkında hazırlık soruşturmasına başlanmış bir kişi olmalıdır. Ancak hazırlık soruşturmasından sonra, şüpheli hakkında 137/3. maddede belirtildiği gibi “kovuşturmaya yer olmadığı”na dair bir karar verilmiş ise, artık “şüpheli”den söz edilemeyeceği için bu tedbire başvurulamaz, eğer tedbir uygulanmaya başlanmış ise derhal son verilir. Öte yandan, kesin kararın beraat veya mahkumiyet verilmesinden sonra, kişi hakkında şüphe ortadan kalktığı için bu tedbire başvurulması mümkün olamayacaktır.⁴⁰ Söz konusu şüpheli veya sanığın bu konumu, maddede listelenen suçlarla ilgili olmalıdır. Bu suçlardan başka bir suçtan ötürü şüpheli veya sanık olan kimseler hakkında, bu tedbire sırf bu sıfatlarından ötürü başvurmak mümkün değildir.

Bu tedbirin uygulanabileceği iletişim araçlarının denetlenebilmesi için, bu araçların söz konusu şahıslar üzerine kayıtlı olup olmaması hususu Kanun’da açıkça belirtilmemiştir. Bilindiği üzere insanlar çoğu zaman telefon, faks vb. iletişim araçlarını kendi abonelikleri altında kullansalar da, bazen bir başkasının adına kayıtlı olan veya umuma açık olan iletişim araçlarını da kullanabilmektedirler. Sanık veya şüpheli konumunda olan ve özellikle örgütlü suçlarla ilgili olan kimseler, bu tedbirden kurtulabilmek için kendi adlarına kayıtlı olmayan iletişim araçlarını kullanmayı tercih ederler. Kanun’da sanığın veya şüphelinin “iletişiminin tespit edilebileceği” söylendiği için, kanımızca kişinin kendi adına kayıtlı olsun veya olmasın, kullandığı kesin olarak tespit edilen araçlarla yaptığı iletişim denetlenebilecektir. Dolayısıyla örneğin; şüphelinin kullandığı telefon bağlantısının sahibi olan kişi telefonunun dinlenmesine katlanmak zorundadır; bununla birlikte telefon sahibinin telefonun şüpheli tarafından kullanılmakta olduğunu bilmesi zorunlu değildir.⁴¹

135. maddenin 2. fıkrasına göre; “Şüphelinin tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi, kayda alınmaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtlar derhal yok edilir.” Bu hükme göre, karşı tarafta bulunan kimsenin tanıklıktan çekinebilecek kimselerden olması durumunda “iletişimin kaydedilmesi” olanağı yoktur.⁴² Dikkat edilirse, maddede yalnızca iletişimin “kayda alınamayacağı”ndan söz edilmiş, “tespit edilmesi” ve “dinlenmesi”nden bahsedilmemiştir. Oysa tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar lehine bir istisna getiren bu hüküm, her üç durumu da içine alacak bir şekilde düzenlenmiş olmalıydı.⁴³ Hükmün bu halinin, kötüye kullanılmaya müsait bir ortam yaratabileceği kanaatindeyiz.

⁴⁰ Erdem, 5271 Sayılı CMK’da ..., s. 5; Kunter - Yenisey, a.g.e., s. 637.

⁴¹ Kunter - Yenisey, a.g.e., s. 638.

⁴² Oysa ÇASÖMK’de bu hususa ilişkin bir düzenleme bulunmamakta idi.

⁴³ Benzer eleştiri için bkz., Erdem, 5271 Sayılı CMK’da ..., s. 6.

135/2’de yalnızca “şüpheli”den söz edilmiş, “sanık” kavramı kullanılmamıştır. Oysa tanıklıktan çekinmenin düzenlendiği, 45. maddede şüpheli ve sanık kavramlarına birlikte yer verilmiştir. Kanun koyucunun bu ayrırma neden yer verdiği anlaşılır bir husus değildir.⁴⁴ Bununla birlikte 136. maddede müdafî ile ilgili yapılan düzenlemede 135/2’den farklı olarak “şüpheli veya sanık” ifadesi kullanılmıştır. Kanımızca kanun koyucunun özensizliğinden kaynaklanan bu durum, uygulamada bir takım sorunların yaşanmasına sebep olacaktır.

Söz konusu düzenlemede tanıklıktan çekinebilecek kişilerin kimler olduğu hususu açık değildir. Şöyle ki; CMK’nın 45. maddesinde kişisel sebeplerden ötürü tanıklıktan çekinebilecek kişiler sayılırken, 46. maddede “meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler” sayılmıştır. Kişisel sebeplerle tanıklılıktan çekinebileceklerin bu kapsamda olduğu açıktır, ancak tanıklıktan çekinme hakkı olan diğer kişiler için bu tedbir uygulanabilecek midir? 136. maddede kanun koyucu, mesleki uğraşı sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkı olan müdafî ile ilgili olarak özel bir düzenleme yapmıştır. Bu düzenlemede; “şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla, müdafîin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında bu tedbire başvurulamaz” denilmektedir. Bu hükmün varlığı, kanun koyucunun 135/2’de yalnızca kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme hakkı olan kimseleri kastettiği sonucunu çıkarmaktadır. Oysa tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan herkesin bu hüküm kapsamında değerlendirilmesi daha yerinde olurdu. Bununla birlikte maddede, müdafîin bürosu, konutu ve yerleşim yerinde bulunan telekomünikasyon araçlarından sayma yolu ile özellikle söz edilmiş olması, müdafîin örneğin; cep telefonunun ve araç telefonunun ya da taşınabilir bilgisayarıyla yaptığı internet erişiminin denetlenebileceği sonucunu ortaya çıkarmaktadır ki bu durum, düzenlemenin amacıyla çelişmektedir.⁴⁵

İletişimin denetlenmesi tedbiri, kaçınılmaz olarak üçüncü kişilerin de etkilendiği bir koruma tedbiridir. Bu durum tedbire başvurulmasını engellemez ancak bu durumdan ötürü ele geçen başka bilgiler ve deliller söz konusu olabilir. Bu hususu “tesadüfen elde edilen deliller” kısmında ayrıntılı olarak inleyeceğiz.

5. Tedbire Karar Verme Yetkisi ve Süresi

Anayasa’nın haberleşme hürriyetini düzenleyen 22. maddesine göre, haberleşme hürriyeti, belirtilen sebeplerin varlığı halinde ancak usulüne

⁴⁴ Benzer eleştiri için bkz., Erdem, 5271 Sayılı CMK’da ..., s. 5-6.

⁴⁵ Benzer eleştiri için bkz., Kaplan, Arif, a.g.e., s. 46.

uygun hakim kararıyla, hakim kararı olmadığı durumlarda gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle engellenebilir veya gizliliği ihlal edilebilir. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur, hakim kararını kırk sekiz saat içinde açıklar, aksi halde karar kendiliğinden kalkar. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin düzenlendiği CMK'nın 135. maddesinde de, Anayasa'nın bu hükmüne paralel bir düzenleme öngörülmüştür. Düzenlemeye göre: *"... hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'nın kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir ve kayda alınabilir. Cumhuriyet Savcısı kararını derhal hakimın onayına sunar ve hakim kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal kaldırılır."* Söz konusu düzenleme her ne kadar, Anayasa'daki hükme paralel bir düzenleme ise de, farklı yönleri bulunmaktadır.

Kanun koyucu, ÇASÖMK'nın 2/4. maddesinde olduğu gibi, bu tedbirin bireyin temel hak ve özgürlüklerine ağır müdahale oluşturduğu gerekçesiyle, tedbire ancak hakim kararıyla başvurulabileceği öngörmüştür.⁴⁶ Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise, bu tedbire karar verme yetkisi kolluğa tanınmamış, hakimın onayına sunulması kaydıyla Cumhuriyet Savcısı'na tanınmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre Cumhuriyet Savcısı kararını *"derhal"* hakim onayına sunar. Kanımızca derhal ifadesi, Anayasa'nın yukarıdaki hükmüne uygun bir ifade değildir.⁴⁷ Çünkü Anayasa'da Cumhuriyet Savcısı'nın kararını en geç yirmi dört saat içerisinde hakim onayına sunması öngörülmüştür. Derhal ifadesi, bazen olayın şartlarına göre, iki saat de olabilir iki gün de olabilir. Oysa Anayasa bir üst sınır koyarak bu süreyi, en geç yirmi dört saat olarak belirlemiştir. Kanımızca derhal kavramı, bu Anayasal üst norm karşısında en fazla yirmi dört saatle sınırlı bir zaman dilimini kapsar. Kanun koyucunun düzenlemeyi derhal şeklinde değil de yirmi dört saat şeklinde düzenlemiş olması, kanımızca daha yerinde olacak bir düzenleme olurdu.⁴⁸ Yine Anayasa'dan farklı olarak bu düzenlemeye göre, Cumhuriyet Savcısı tarafından hakimın onayına sunulan söz konusu karar hakkında hakimın *"en geç yirmi dört saat içinde"* karar vermesi gerekmektedir. Öyleyse hakimın kararı için aranan süre, Anayasa'da öngörülen üst sınır olan kırk sekiz saat değil, yirmi dört saat olacaktır ve bu sürenin aşıldığı durumlarda, örneğin;

⁴⁶ Bazı ülkelerde bu yetki başka kişilere verilmiştir. Örneğin; İngiltere örneğinde bu yetki Dışişleri Bakanı'na verilmiştir. Düzenlemeye göre *"dinleme kararı, Dışişleri Bakanı tarafından verilir. Bakan, 1. milli güvenliği ilgilendiren suçların tahkikatı için, 2. ciddi suçların önlenmesi ve tespiti için ve 3. Birleşik Krallığın (UK) ekonomik refahını korunması için; dinleme kararını onaylar."* Özdoğan, *İngiliz ...*, s. 3.

⁴⁷ Oysa ÇASÖMK'nın 2/5. maddesinde bu süre *"yirmi dört saat"* olarak öngörülmüş idi.

⁴⁸ Benzer eleştiri için bkz., Erdem, 5271 Sayılı CMK'da ..., s. 7.

otuz altıncı saatte verilen hakim kararı hukuka aykırı olacaktır. Maddede, Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen karar, yirmi dört saatlik süre dolmasına rağmen hakimın onayına sunulmamış ya da sunulmuş ancak hakim tarafından onaylanmamışsa tedbirin Cumhuriyet Savcısı'nın kararıyla ortadan kaldırılacağı öngörülmüştür. Burada üzerinde durulması gereken husus, hakimın onaylamadığı ya da süresinde onaya sunulmadığı için kaldırılması gereken Cumhuriyet Savcısı'nın kararına istinaden yapılan tespit, kayıt ve dinlemenin delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı hususudur. Kanun'da ve Kanun'un gerekçesinde bu konuya ilişkin bir açıklama mevcut değildir. Doktrinde Erdem, bu durumda eğer elde edilen bilgilerin delil olarak kabul edilemeyeceğini söyleyerek aksi yöndeki kabulün, zaman içinde bu durumun kötüye kullanılarak hakim onayı zorunluluğunun dolaşılması sonucuna yol açabileceğini savunmaktadır.⁴⁹ Diğer bir görüş ise bu zaman içerisinde elde edilen delillerin kullanılabilmesi yönündedir.⁵⁰ Kanımızca hakim onayı bu gibi durumlarda, Cumhuriyet Savcısı'nın kararı tamamlayıcı niteliktedir ve onaylanmayan veya onaya sunulmayan kararlar eksik ve dolayısıyla hukuka aykırıdır. Öyleyse kötüye kullanılması ihtimali olan bu gibi durumlarda, onaylanmayan veya onaya sunulmayan tedbir kararlarıyla elde edilmiş deliller hukuka aykırı olarak kabul edilmeli ve kullanılmamalıdır.

Kanun koyucu tedbire ilişkin kararın hakim tarafından verileceğini hükme bağlamış, ancak hakime karar vermesi için kimler tarafından talepte bulunulacağı açıkça düzenlenmemiştir. Kanımızca söz konusu talep uygulamada olduğu gibi emniyet görevlileri tarafından Cumhuriyet Savcısı'na bildirilecek, Cumhuriyet Savcısı da uygun görürse bu talebi yazılı olarak yetkili hakime bildirecektir. Ancak gerek emniyet görevlilerinin gerekse Cumhuriyet Savcısı'nın talebinde hangi hususların belirtilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysa karşılaştırmalı hukukta bu talebin, aynen hakimın verdiği tedbir kararında olduğu gibi ayrıntılı olarak düzenlenmesi aranmaktadır.⁵¹ Kanımızca hakimın tedbir kararını verirken tereddüt etmesini engelleyecek böyle bir düzenlemenin bulunması, keyfi veya hatalı uygulamaları engelleyecektir.

⁴⁹ Erdem'e göre, ÇASÖMK'nın önceki tasarısında bulunan, "bu süre içerisinde yapılan işlemler geçerliliğini korur" hükmünün kanuna alınmamasını kanun koyucunun aksi yöndeki kabule ilişkin iradesini ortaya koyduğu anlaşılmaktadır. Bkz., Erdem, *Gizli ...*, s. 340.

⁵⁰ Dönmezer, Sulhi, *Yargı Reformu 2000*, s. 552.

⁵¹ Örneğin; Amerika'da, talepte şu hususların açıkça belirtilmesi gerektiği öngörülmektedir: " •Müracaatı yapan görevlinin ismi, •Dinlenilecek hedeflerin kimlik bilgileri, •Hedeflerin suçu, •Dinleme yapılacak yerin adresi, •Dinleme yapılacak haberleşmenin şekli (yani cep telefonu, sabit telefon, faks, modem, vs.), •Ne kadar süreyle dinleme yapılmak istendiği, •Diğer tahkikat yöntemlerinin kullanılmama sebepleri (son-çare prensibi)". Özdoğan, *Amerika ...*, s. 2.

6. Tedbir Kararının Şekli ve Süresi

135. maddenin 3. fıkrasına göre, “*verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkan veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir.*” Bu hükümde kararın yazılı olup olmayacağına ilişkin açık bir ifade bulunmamaktadır ancak maddenin ifadesinden, kararın yazılı olması gerektiği sonucunu çıkarmak yanlış olmayacaktır.

Karşılaştırmalı hukukta, bu tedbire ilişkin süre kanunla sınırlandırılmıştır. Almanya’da üç ay,⁵² Amerika’da bir ay,⁵³ İngiltere’de iki ay olarak öngörülmüştür. Fransa’da ise azami süre dört aydır. Ancak tüm ülkelerde gereken durumlarda sınırsız olarak uzatma imkanı tanınmaktadır. Yalnızca İngiltere’de uzatmadan sonra azami süre bir ay olarak belirlenmiştir.⁵⁴

CMK’nın 135. maddesine göre, “*tespit işlemi en çok üç ay için yapılabilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir.*”⁵⁵ Bu maddeye göre sürenin azami sınırı altı aydır. Sürenin uzatılmasının karşılaştırmalı hukuktaki örnekleri gibi sınırsız olmaması temel hak ve özgürlüklerin teminatı olan hukuk devletinin bir gereğidir. Ancak bazı durumlarda, özellikle organize suçlulukla mücadelede, altı aylık sürenin yeterli olamayacağı durumlarda bu düzenlemenin yerinde olmadığını savunan yazarlar da bulunmaktadır.⁵⁶ “Öte yandan uzatma kararı verilebilmesi için, tedbire başvurulabilmesi için gerekli koşulların halen mevcut olması ve mevcut olduğunun da uzatma kararında açıkça gösterilmesi gerekir. Aksi durumda süre açısından getirilen sınırlamanın gereksiz ve keyfi biçimde göz ardı edilmesine açık kapı bırakılmış olur.”⁵⁷

135. maddenin ifadesinde üç aylık sürenin ne zaman başlayacağı konusunda bir açıklık yoktur. Kanımızca üç aylık süre, kararın verildiği andan itibaren başlatılmalıdır. Aksi yöndeki düşünce tedbirin uygulama aşamasında kötüye kullanılabileceği ihtimalini gündeme getirebilir.⁵⁸

⁵² Özdoğan, *Almanya ...*, s. 2.

⁵³ Özdoğan, *Amerika ...*, s. 2.

⁵⁴ Öztürk, Bahri - Erdem, M. Ruhan - Özbek, V. Özer, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 1999, s. 693; Gökçen, *a.g.e.*, s. 199.

⁵⁵ Oysa ÇASÖMK’nın 2/6. maddesiyle, bu süre üç aylık süre ile sınırlandırmış ve her defasında üçer aydan fazla olmamak üzere uzatılması olanağına yer vermişti.

⁵⁶ Bkz., Erdem, 5271 Sayılı CMK’da ..., s. 8.

⁵⁷ Erdem, 5271 Sayılı CMK’da ..., s. 8.

⁵⁸ Erdem, 5271 Sayılı CMK’da ..., s. 9; Ancak Amerika’da bu sürenin dinlemenin fiili olarak başlatıldığı andan itibaren başlayacağı öngörülmüştür; Özdoğan, *Amerika ...*, s. 2.

7. Tedbir Kararının Yerine Getirilmesi

Diğer koruma tedbirleri gibi bu tedbir de savcılık ve kolluk görevlileri tarafından yerine getirilecektir. Bununla birlikte, 137. maddeye göre telekomünikasyon hizmeti veren kuruluşlarla ilgili bazı yükümlülükler öngörülmüştür. Buna göre; *“Cumhuriyet Savcısı veya görevlendireceği kolluk görevlisi, telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşların yetkililerinden iletişimin tespiti, dinlenmesi veya kayda alınması işlemlerinin yapılmasını ve bu amaçla cihazların yerleştirilmesini yazılı olarak istediğinde, bu istem derhal yerine getirilir; yerine getirilmemesi halinde zor kullanılabilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.”*⁵⁹ Karşılaştırmalı hukukta da telekomünikasyon kuruluşlarının bu yükümlülüklerine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır, bununla birlikte tedbirin uygulanmasına yönelik masrafların devlet tarafından karşılanacağı da açıkça hükme bağlanmıştır.⁶⁰ CMK’daki düzenlemede tedbirden kaynaklanan masrafın kimin tarafından karşılanacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Uygulamada tedbirin uygulanması şu şekilde yapılmaktadır: Hakim ve savcı tarafından verilen dinleme kararının uygulanması için bu husus emniyete savcılıkça bildirilmekte ve emniyet ilgili biriminde “üs” olarak nitelendirilen bir cihaz kurarak telekomünikasyon şirketinden, dinlenilmesi istenen telefonun üs ile irtibatlandırılmasını istemekte ve bu sağlandıktan sonra telefon polis tarafından dinlenilmektedir.⁶¹ 137. maddeye göre, *“karar gereğince tutulan kayıtlar, Cumhuriyet Savcılığı’nca görevlendirilen kişiler tarafından çözülerek metin haline getirilir. Yabancı dildeki kayıtlar, tercüman aracılığı ile Türkçe’ye çevrilir.”* Elde edilen kayıtların tutanağa geçirmesi esnasında ortaya çıkabilecek kötüye kullanılmalara karşı ciddi tedbirler alınması gerekmektedir.

⁵⁹ ÇASÖMK’te bu kuruluşların kovuşturma organları ile işbirliğine yanaşmaması durumunda, bu kuruluşları işbirliğine zorlamaya yönelik herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş iken, CMK m. 137/1 istemin yerine getirilmemesi durumunda zor kullanılabilceğini açıkça öngörmüş bulunmaktadır.

⁶⁰ Örneğin Almanya’da Adalet Bakanlığı, teknik dinlemenin masraflarını ödemekle yükümlü kılınmıştır; Özdoğan, *Almanya ...*, s. 2. İngiltere’deki düzenlemeye göre ise, “devlet küçük ölçekli telekomünikasyon servis sağlayıcılarının, güvenlik güçlerinin teknik izlemesine imkan tanımak adına yapacakları masraflarının tamamı karşılamakla mükelleftir. Aynı konumdaki büyük ölçekli servis sağlayıcılarının masrafları hakkında ise yapılan masraflara devletin, kullanılan kaynak ve teknolojinin miktarı oranında katkıda bulunacağını belirtmiştir”; Özdoğan, *İngiltere ...*, s. 4.

⁶¹ Gökçen, *a.g.e.*, s. 201.

8. Tedbirin Sona Ermesi

Tedbire ilişkin karar, kural olarak sürenin sona ermesiyle kendiliğinden ortadan kalkar. Dolayısıyla, tedbirin uygulanmasını yapmakta olan Cumhuriyet Savcısı derhal tedbirin uygulanmasını sona erdirmelidir. Sürenin bitiminden sonra elde edilen kayıtlar hukuka uygun olmadıklarından ötürü delil olarak kullanılamaz. Öte yandan yukarıda ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen kararın süresi içerisinde hakim onayına sunulmaması yahut onaya sunulduğu halde onaylanmaması durumunda da tedbirin sona erdirilmesi gerekmektedir.

Tedbire ilişkin kararda belirtilen süre dolmadan da, eğer devam edilmesinde yarar olmadığı görülüyorsa ya da tedbire ilişkin şartlardan biri veya tümü ortadan kalkmışsa tedbire son verilebilecektir. Ayrıca 137. maddenin 3. fıkrasına göre, *“verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal son verilir.”*

Tedbirin yukarıdaki sebeplerden ötürü sona ermesinin ardından, elde edilen kayıtların ne şekilde saklanacağı ya da nasıl yok edileceği konusunda kanunun ifadesi açık değildir. Hukuka uyum olarak elde edilen bu kayıt ve tutanakların, dava devam ederken nerede ve nasıl saklanacağı konusunda bir belirlilik yoktur. Ayrıca kovuşturmanın beraatle sonuçlanması durumunda kayıtların ne olacağı düzenlenmemiştir.⁶²

137. maddenin 3. fıkrasına göre, *“Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet Savcısı’nın denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir.”* Bu madde tedbire, 135. maddede belirtilen kararın, süresinde hakim onayına sunulmaması, onaylanmaması ya da şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi nedenleriyle son bulması durumunda uygulanabilecektir. Oysa beraat ya da diğer son bulma durumlarında kayıtların ne olacağı açık değildir. Kanun koyucunun bu yok etme işlemini diğer sona erme şekilleri içinde öngörmesi daha yerinde bir düzenleme olurdu.⁶³

Öte yandan 137. maddenin devamında, *“Ancak bu kayıtlar, şüpheli hakkında başka bir suçtan dolayı veya başka bir kişi hakkında yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturma açısından delil olarak kullanılmasına ihtiyaç bulun-*

⁶² Oysa karşılaştırmalı hukukta, örneğin; Amerika’da bu husus ayrıntılı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur; Bkz., Özdoğan, *Amerika ...*, s. 3.

⁶³ Erdem, 5271 Sayılı CMK’da ..., s. 10.

ması halinde, yok edilemez" denilmektedir. Şüphesiz maddede ifade edilen "başka bir suç" ve "başka bir kişi" için bu delillerin kullanılması, bu tedbire ilişkin bütün şartlar oluştuğunda mümkün olacaktır.

V. İlgiliye Haber Verme Yükümlülüğü ve Tazminat

Karşılaştırmalı hukukta, tedbir bittiğinde şayet dinleme amacını tehlikeye sokmayacaksa en kısa sürede yapılacak bir bildirimle ilgili kişi, bu konuda haberdar edilmektedir. Böylece kişi, bilgisi dışında dinlenmesi sonucu, temel hak ve özgürlüklerinin haksız olarak ihlal edildiğinin tespit ederek, yargısal yolla tazminini sağlayabilecek ve dinlemenin hukukiliğine geriye dönük olarak itiraz edilebilecektir.⁶⁴

Ayrıca tedbirin hukuka uygun olarak yapılıp yapılmadığına ilişkin denetim görevi yapan kurullar bulunmakta, yapılan denetim sonucunda hukuka aykırılık tespit edilirse, bu hukuka aykırılığa maruz kalan kişilere yasal başvuru hakkı tanınmaktadır.⁶⁵

135. maddeye göre, "bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur." Ancak tedbirin bir şekilde sona ermesinden sonra, iletişimi denetlenen kimselere, gizli olarak yapılan bu tedbirin niteliği hakkında bilgi verilmelidir. Nitekim 137/4. maddeye göre, "Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde, en geç on beş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi verir." Ancak bu maddeye göre, ilgiliye yalnızca tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yukarıdaki sebeplerden ötürü yok edilmesi durumunda bilgi verileceği öngörülerek, tedbire maruz kalan üçüncü kişiler için böyle bir bildirim imkanı tanınmamıştır.⁶⁶ Bununla birlikte diğer durumlarda örneğin beraat kararı verilmesi durumunda veya dinlemeye bir şekilde son verildiği diğer durumlarda bildirim yükümlülüğü aranmaması bu düzenleme bakımından bir eksikliktir.

CMK'nın 141. maddesinde koruma tedbirleri nedeniyle tazminat hususu düzenlenmiş ancak, bu tedbirle ilgili herhangi bir düzenlemeye

⁶⁴ AİHM de Klass kararında belirtildiği gibi, hakkında gözetim, dinleme kararı verilen kişiye, bu hususun sonradan bildirilmesi gerektiğini ve böylece her olayda sonradan bildirim isteminin uygulamada mümkün olup olmadığının belirlenmesini aramaktadır. Bkz., Doğru, İHAMİ, s. 262.

⁶⁵ Örneğin; Almanya'da, Alman vatandaşlarının hedef olduğu teknik dinlemeler, beş parlamenterden oluşan bir heyet tarafından denetlenmektedir; Özdoğan, *Almanya* ..., s. 3; İngiltere'de ise bu denetim, Dinleme Şikayet Kabul Komisyonu tarafından yapılmaktadır; Özdoğan, *İngiliz* ..., s. 4.

⁶⁶ Erdem, 5271 Sayılı CMK'da ..., s. 11.

yer verilmemiştir. Oysa kötüye kullanıldığında temel hak ve özgürlüklere ciddi bir tehdit oluşturabilecek bu tedbire ilişkin özel bir düzenlemenin, 141. maddede yer alması daha yerinde olurdu. Bu düzenleme bulunmadığından, bu tedbirin hukuka aykırı nitelikler içermesi yahut uygulanmasında sınırın aşılması durumunda, idarenin sorumluluğuna ilişkin genel hükümlere başvurulacaktır.⁶⁷

VI. Tesadüfen Elde Edilen Deliller

Tesadüfen elde edilen deliller başlığı altında düzenlenen 138. maddenin 2. fıkrasına göre;⁶⁸ *“Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135. maddenin 6. fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığı’na derhal bildirilir.”*⁶⁹

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri sırasında ele geçirilen kayıtlardan, kovuşturulan suçla ilgisi olmayan bir başka suç veya şahıs hakkında bir takım delillerin ele geçirilmesi her zaman mümkün olabilir. Hukuka uygun olarak gerçekleştirilen bu faaliyet sonucunda ele geçirilen diğer deliller ancak, bu tedbirin uygulanabileceği suç ve şahıslar hakkında kullanılabilir. Bu tedbirin uygulanması mümkün olmayan bir başka suçta, bu deliller hukuka aykırı nitelikte sayılacak ve yargılamada kullanılması mümkün olmayacaktır.⁷⁰ Karşılaştırmalı hukukta bu husus genel olarak söz konusu düzenlemedeki gibidir. Ancak bazı ülkelerde bu şekilde elde edilen deliller ceza yargılamasında delil olarak kullanılamamakla birlikte, bu delillere dayanılarak yeni bir hazırlık soruşturulması başlatılabilmektedir.⁷¹

⁶⁷ Erdem, 5271 Sayılı CMK’da ..., s. 12.

⁶⁸ Maddenin tamamı dikkate alındığında görülmektedir ki, bu madde koruma tedbirlerine ilişkin genel bir düzenleme içermektedir. Bu genel düzenlemenin, Kanun’un sistematigi açısından burada değil, 141. maddeden önce yer almasının daha uygun olacağı kanısındayız.

⁶⁹ Oysa ÇASÖMK’da böyle bir düzenlemeye yer verilmemişti.

⁷⁰ Yurtcan, Erdener, “Haberleşme Araçlarının Dinlemeye Alınması”, *Güncel Hukuk Dergisi*, s. 29, İstanbul, Ekim 2004; Yenisey, Feridun, “Medyanın Oluşturduğu Dolaylı Aleniyetin Kamuoyunu Etkilemesi (Medyanın ...)”, *Güncel Hukuk Dergisi*, s. 25-26, İstanbul, Ekim 2004; Erdem, 5271 Sayılı CMK’da ..., s. 13.

⁷¹ Örneğin; Alman Hukuku’nda bu tür deliller “şüphe sebebi” olarak hazırlık soruşturması açısından değerlendirilebilmektedir. Konuyla ilgili bkz., Yenisey, *Medyanın ...*, s. 25-26.

Konuyla ilgili olarak halen güncelliğini yitirmemiş olan Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 29.06.2004 tarihli kararına değinmekte fayda vardır.⁷² Kararda telefon dinleme suretiyle elde edilen delillerin hukuka uygun olup olmadıkları tartışılmış özellikle bu tedbirin uygulanması esnasında tesadüfen elde edilen deliller konusunda Yargıtay'ın anlayışı ortaya koyulmuştur. Kararın sonuç kısmında, özel yaşamın ve aile yaşamının gizli alanı çiğnenecek, haberleşme özgürlüğü ve bunun gizliliği ilkesi göz ardı edilerek yasak yöntemlerle elde edilen bulgular, yasal kanıt sayılamaz ve ceza yargısında delil olarak kullanılamaz denilmiştir. Bununla birlikte, hukuka uygun bir kararlar denetlenmiş olan telefon konuşmaları esnasında tesadüfen elde edilen delillerin hukuka uygun olmadığı sonucuna varılmıştır.

SONUÇ

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, daha önce bazı suçlar bakımından farklı yargılama usullerinin öngörüldüğü özel yasalardaki düzenlemeleri, genel ceza yargılaması kurumlarıyla bir arada düzenleyerek, tek bir bünyede toplamıştır. Bu işlem yapılırken, mevcut düzenlemelerin uygulanması esnasında yaşanan aksaklıklar ve ihtiyaçlar göz önüne alınarak çağın gereklerine daha uygun bir düzenleme yapılması amaçlanmıştır. Bu doğrultuda daha önce “*telefon dinleme*” olarak bilinen ve gizli soruşturma tedbirlerinden birisi olarak anılan iletişimin denetlenmesi hususunda CMK'nın 135. vd. maddeleri çerçevesinde yeni bir yasal düzenleme yapılmıştır. Söz konusu düzenleme, eksikleri ve yanlışları olmakla birlikte genel olarak yerinde bir düzenlemedir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri, haberleşme özgürlüğü ve özel hayatın gizliliğine karşı ciddi tehdit oluşturabilecek bir ceza yargılaması tedbiri olduğu için, bu alanda yapılacak düzenlemelerde ve tedbirin uygulanmasında çok dikkatli davranılması gerekmektedir. Bu hususa AİHM'nin bir çok kararında geniş olarak yer verildiği görülmektedir. Yeni CMK'nın hazırlanması esnasında bu gereklerin bir sonucu olarak 135. maddede bu tedbirin uygulanmasına yönelik esaslar belirlenmiştir. Bu esaslar koruma tedbirlerine ilişkin genel kurallarla birlikte, klasik koruma tedbirlerinden farklı olan bazı esaslardan oluşmaktadır.

Daha önceleri gizli soruşturma tedbirlerinden birisi olarak anılan bu tedbir, ancak Kanun'da bir liste halinde sayılan suç tiplerinin varlığı ha-

⁷² Kararın özeti için bkz., “Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu Kararı”, *Güncel Hukuk Dergisi*, s. 23-24, İstanbul, Ekim 2004.

linde uygulanabilecektir. Düzenlemenin ilk cümlesinde tedbirin bir suç için yapılan soruşturmalarda uygulanabileceği söylenirken devam eden cümlelerinde “*şüpheli ve sanık*” kavramları kullanılmıştır. Oysa soruşturma evresinde sanıktan söz edilemeyeceğinden, bu ifadenin “*soruşturma ve kovuşturma*” şeklinde olması gerekmektedir. Tedbir klasik koruma tedbirlerinin bir çoğundan farklı olarak ancak kuvvetli şüphenin varlığı halinde ve başka surette delil elde edilmesi imkanının bulunmadığı durumlarda orantılılık ilkesi gözetilerek başvurulabilecektir. Tedbir ancak, listede belirtilen suçlarla ilgili, şüpheli veya sanık sıfatını taşıyan kişiler hakkında uygulanabilecektir. Ancak kanun koyucu bu hususu düzenlerken kimi zaman şüpheli, kimi zaman sanık ifadesini, kimi zaman da her ikisini birlikte kullanmıştır. Örneğin; tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kimseler hakkında bu tedbire başvurulamayacağını öngören 135/2’ye göre, bu kişiler “*şüpheli*” ise bu tedbir uygulanmayacak sanık ise uygulanabilecektir. Öte yandan müdafî konusunda 137. maddede yapılan düzenlemeden dolayı, 135. maddede bahsedilen tanıklıktan çekinebilecek kişilerin müdafî dışında ancak kişisel sebeplerden ötürü tanıklıktan çekinebilecek kişiler olduğu sonucu çıkmaktadır. Gene 137. maddenin ifadesinden, müdafîin büro ve evindekilerin dışındaki iletişim araçlarının denetlenebileceği gibi son derece tehlikeli bir anlayışa imkan veren bir sonuç çıkmaktadır ki bu durum düzenlemenin amacıyla çelişmektedir.

Tedbire, hakim karar verebilecek ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde “*derhal*” hakimın onayına sunulması kaydıyla Cumhuriyet Savcısı da karar verebilecektir. Kanun koyucunun bu hususu düzenlerken kullandığı “*derhal*” ifadesi kötüye kullanmalara yol açabileceğinden, Anayasa’da öngörülen yirmi dört saatlik sürenin öngörülmesi daha doğru olurdu. Bununla birlikte, Cumhuriyet Savcısı’nın kararının hakim tarafından onaylanmadığı durumlarda, bu süre içerisinde elde edilen deliller hukuka aykırı olduğundan ceza yargılamasında kullanılmamalıdır. Tedbir kararının yerine getirilmesi ve son verilmesi aşamalarında görev yapan kimselerin azami dikkat ve özeni göstererek, tedbirden kaynaklanabilecek hak ihlallerine karşı gerekli önlemleri almaları gerekmektedir.

Kanun koyucu tedbirin sona ermesinin ardından, tedbire maruz kalan kişilere haber verme yükümlülüğü ve tedbirin denetimi konusunda karşılaştırmalı hukuktaki örnekleri kadar yeterli bir düzenleme yapmamıştır. Öte yandan koruma tedbirleri nedeniyle tazminat hususunun düzenlendiği 141. maddede, bu tedbire ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemesi, kötüye kullanıldığında veya yanlış uygulandığında haberleşme özgürlüğüne ve özel hayatın gizliliğine ciddi bir tehdit oluşturabilecek bu tedbirin niteliğiyle ve kanun koyucunun amacıyla çelişmektedir.

Sonuç olarak yeni kanunla yapılan bu düzenlemeyle, özellikle hukuka aykırı deliller konusunda önemli tartışmalara sebep olan bir husus açıklığa kavuşturulmuş ve hukuk devleti olmanın bir gereği yerine getirilmiştir. Bu düzenlemenin çalışmada sıraladığımız eleştiriler dışında genel olarak gerekli ve yerinde bir düzenleme olduğunu söylemek mümkündür. Temenimiz odur ki, söz konusu düzenlemeyle ilgili eksiklikler gerek doktrinde belirtilen görüşler, gerekse uygulamada görülecek olan ihtiyaçlar doğrultusunda yeniden gözden geçirilerek tamamlanır.

KAYNAKLAR

- Centel, Nur, *Ceza Muhakemesinde Yakalama ve Tutuklama*, İstanbul 1992.
- Cihan, Erol - Yenisey, Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Beta Y., İstanbul 1997.
- Doğan, Mehmet, *Büyük Türkçe Sözlük*, Ankara 2001.
- Doğru, Osman, *İnsan Haklar Avrupa Mahkemesi İçtihatları (İHAMİ)*, C. I, Ankara 2003.
- Doğru, Osman (Derleyen ve çeviren), *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Rehberi (1960-1994)*, İstanbul 1999.
- Doğru, Osman, *İnsan Hakları Kararları Derlemesi (İHKD)*, C. I, İstanbul 1998.
- Dönmezer, Sulhi, *Yargı Reformu 2000*, s. 552.
- Dönmezer, Sulhi - Yenisey, Feridun, *Karşılaştırmalı CMUK ve 1999 Tasarısı*, Alkim Yayınları, İstanbul 1999.
- Erdem, M. Ruhan - Özbek, V. Özer, “4422 sayılı ÇASÖMK Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, *Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan*, İzmir 2000.
- Erdem, M., Ruhan, *5271 Sayılı CMK’da Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi (5271 Sayılı CMK’da ...)*, www.adalet.gov.tr 20.02.2005
- Erdem, M., Ruhan, *Gizli Soruşturma Tedbirleri (Gizli ...)*, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.
- Eryılmaz, M., Bedri, “Kolluğun Yetkileri Açısından CMUK ile Yeni CMUK Tasarısı’nın Karşılaştırılması ve Yeni Tasarının Düşündürdükleri”, *ABD*, Yıl 57, S. 2000/1.
- Gökçen, Ahmet, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El Koyma, Postada El Koyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)*, DEÜHF Yayınları, no. 49, Ankara 1994.

- Gözübüyük, Şeref, "Avrupa İnsan Hakları Kararlarından Seçme Özetler", *İHMD*, C. III, S. 1, Ocak 1995.
- Jacob, Francis G. - White, Robin C. A., *The European Convention On Human Rights, 2'nd Edition*, Clarendon Press, Oxford 1996.
- Kaplan, Arif, "CMK'ya İlişkin Eleştiriler", *Hukuk ve Demokrasi Dergisi*, Yıl: 1, S. 9, Ankara 2005, s. 46.
- Kaymaz, Seydi, "Mevcut Yasal Düzenleme Karşısında Telefon İle Yapılan Haberleşmenin Denetlenmesi", *İBD*, C. 70, S. 1-12 (1996).
- Kunter, Nurullah - Yenisey, Ferdirun, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Kitap, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2003.
- Özdoğan, Ali, "Amerikan Telekomünikasyon Şirketlerinin Kolluk Kuvvetlerine Yardımı Kanunu (Calea)", http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/29/yeni/web/Ali_OZDOGAN.htm (10.03.2005).
- Özdoğan, Ali, "Amerikan Teknik Dinleme Mevzuatı", http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/28/yeni/web/Ali_OZDOGAN.htm (10.03.2005).
- Özdoğan, Ali, "İngiliz Teknik Dinleme Mevzuatı", *Polis Dergisi*, Yıl: 8, S. 30 (Ocak-Şubat-Mart 2002), s. 2-4.
- Özdoğan, Ali, "Alman ve Fransız Teknik Dinleme Mevzuatları", *Polis Dergisi*, Yıl: 8, s. 32 (Temmuz-Ağustos-Eylül 2002), s. 14-16.
- Öztürk, Bahri - Erdem, M. Ruhan - Özbek V. Özer, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Y., Ankara 1999.
- Öztürk, Bahri, *Yeni Ceza Muhakemesi Hukukunun Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu 5271 Sayılı CMK, Tasarı'nın 107. Madde Açıklaması*, www.adalet.gov.tr 02.02.2005
- Plazzo, Francesco, "Organize Suçluluğa Karşı İtalyan Mevzuatı", (çev. Ümit Kocasakal), *İBD*, C. 70, S. 1-12 (1996).
- Selçuk, Engin (çev.), "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukuku ve Özel Hayatın Gizliliği, Telefonların Dinlenmesi, Prado Bugallo-İspanya Davası", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Yıl 1, S. 3, Temmuz- Eylül 2004.
- Sözüer, Adem, "Türkiye'de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi", *İÜHF* 1997, *Türkan Rado'ya Armağan*, C. LV, S. 3, s. 64.
- Şafak, Ali, *Suç Organizasyonu ve Kovuşturma Usulü*, Emniyet Gnl. Müd. Basımevi, Ankara 2003.

Tezcan, Durmuş - Erdem, M. Ruhan - Sancakdar, Oğuz, *AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara 2002.

“Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu Kararı”, *Güncel Hukuk Dergisi*, s. 23-24, İstanbul, Ekim 2004.

Yenisey, Feridun, “Medyanın Oluşturduğu Dolaylı Aleniyetin Kamuoyunu Etkilemesi (Medyanın ...)”, *Güncel Hukuk Dergisi*, s. 25-26, İstanbul, Ekim 2004.

Yenisey, Feridun, “Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Ceza Muhakemesi Tedbirleri”, *AB Hukuk Kurultayı 2000*, C. II, Ankara 2000.

Yenisey, Feridun, “Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Ceza Muhakemesi Tedbirleri”, *AB Hukuk Kurultayı 2000*, 12-16 Ocak 2000, C. II, Ankara 2000.

Yurtcan, Erdener, “Haberleşme Araçlarının Dinlemeye Alınması”, *Güncel Hukuk Dergisi*, s. 29, İstanbul, Ekim 2004;

Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 6. Baskı, Alfa Y., İstanbul 1996.

www.adalet.gov.tr (20.02.2005)

www.tbb.gov.tr (20.08.2004)

www.tbmm.gov.tr (10.01.2005)

www.echr.coe.int (21.02.2005)