

İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KAPSAMINDA İKİ ÖNEMLİ SORUN OLARAK: MAĞDURUN İLETİŞİMİNİN TESPİTİ VE İLETİŞİMİN MAĞDUR TARAFINDAN KAYDEDİLMESİ

TWO IMPORTANT PROBLEMS RELATING TO CONTROL OF COMMUNICATION: DETECTION OF COMMUNICATION OF THE VICTIM AND RECORDING OF COMMUNICATION BY THE VICTIM

Ali İhsan ERDAĞ*

Özet: Şüpheli veya sanığın iletişimi ceza muhakemesi çerçevesinde denetlenebilmektedir. Bu denetlemenin mağdur bakımından da yapılabilmesi ise tartışmalıdır. Çalışma üç bölüme ayrılmıştır: Öncelikle, genel olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin önleme ve adli amaçlı olarak denetlenmesi kısaca incelenecektir. Sonra ise önce, mağdurun iletişiminin tespiti meselesi ele alınacaktır. Nihayet daha sonra da iletişimin bizzat mağdur tarafından kaydedilmesi sorunu üzerinde durulacaktır.

Anahtar Sözcükler: Mağdurun iletişiminin tespiti, haberleşme hürriyeti, iletişimi mağdurun kaydetmesi, meşru savunma.

Abstract: Communication with of the suspect or the accused can be controlled within the framework of criminal procedure. But whether such control is also possible in terms of victim is controversial. The study is divided into three parts: First of all, preventive and forensic control of communication through telecommunications will be examined briefly in general. Then, the issue of detection of communication of the victim will be examined. Finally, the problem of recording of the communication by the victim himself will be scrutinised.

Keywords: Detection of victim's communication, freedom of communication, recording of communication by victim, legitimate defense.

* Yrd. Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı öğretim üyesi.

Giriş

Konu bütünlüğü bakımından üzerinde kuşkusuz durulacak olmakla birlikte bu çalışmanın öncelikli amacı ve konusu, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin, bu konudaki doktriner ve içtihadi tartışmaları da kapsayacak şekilde derinlemesine incelenmesi değildir. Asıl konu ve amaç, bu kapsamda önemli bulduğumuz iki sorunun tartışılması ve bunların çözümüne yönelik önerilerde bulunabilmektir. Bunlardan *ilki* kendi talebi ve rızasıyla mağdurun iletişimin *ceza takip organları*¹nca denetlenmesi, özellikle tespit edilmesi (*mağdurun iletişiminin tespiti*) *diğeri ise* yine bir suç mağduru olarak üçüncü kişinin iletişimi bizzat kendisinin denetlenmesi (*iletişimin mağdur tarafından kaydedilmesi*) çerçevesinde hem bu eylemi dolayısıyla cezalandırılabilirliği hem de bu yolla elde etmiş olduğu kayıtların delil değeri kazanıp kazanamayacağı sorundur. Bu yapılırken, öncelikle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) m. 135 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olduğu şekliyle adli amaçlı olarak denetlenmesi (adli denetleme) ve başta kolluk mevzuatı olmak üzere hukukumuzda düzenlenmiş olduğu şekliyle iletişimin önleme amaçlı olarak denetlenmesi (önleme denetlemesi) meselelerine kısaca değinilecektir.

I. Genel Olarak

"İletişimin tespit edilmesi" işlemi, 5353 sayılı Kanun'un 16. Maddesiyle, 22.05.2005 tarihinde CMK'nın 135. maddesinin "*dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi*" işlemlerinin hangi suçlara ilişkin olarak yapılabileceği hususunu bir "*katalog*" suç grubu çerçevesinde tek tek saymak suretiyle belirleyen altıncı fıkrası hükmünden çıkarılmasıyla anılan diğer üç denetleme işleminden açıkça ayrılmış ve farklı bir rejime tabi tutulmuştur.²

¹ Burada ve ceza muhakemesi hukukundaki diğer çalışmalarımızda kullanmayı tercih ettiğimiz *ceza takip organları* ifadesi, Alman ceza muhakemesi hukukunda yaygın olarak kullanılan *Strafverfolgungsorgane* tabirine karşılık olarak ve kolluk, Cumhuriyet savcılığı ve muhakeme makamı olarak soruşturma ve kovuşturma organlarının tümünü ifade etmek için kullanılmaktadır.

² Bu değişikliğe ve bunun gerekçesine ilişkin açıklamalar için bkz. Şahin, Cumhuriyet, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara 2005, (Şahin-I), s. 378 vd.

Bu özelliğinden dolayı iletişimin sadece *tespit* edilmesi işlemi, *bir yandan tüm suçlar* bakımından, özellikle telefonla taciz anlamına gelen rahatsızlık vermek, hakaret veya tehdit etmek gibi olayların aydınlatılabilmesi amacıyla da uygulanabilecek³ *diğer yandan ise* her ne kadar CMK'nın bu konudaki düzenlemelerinde “bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada ... şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespit edilebileceğinden, dinlenebileceğinden, kayda alınabileceğinden ve sinyal bilgileri değerlendirilebileceğinden” (CMK m. 135/1) söz edilse de kararlarında Yargıtay'ın da sıkça ifade ettiği gibi bir suçun *mağdurunun* da telekomünikasyon yoluyla *iletişiminin tespit edilebilmesi* mümkün olabilecektir.⁴

Her ne kadar bu yaklaşım, özellikle suçların aydınlatılması ve böylelikle de maddi gerçeğe ulaşılması bakımından uygulamayı rahatlatığından ilk bakışta yerinde görülse de bu arada gözden kaçırılmaması gereken önemli bir husus daha vardır. Mağdurun iletişiminin bu tür tespitinde, bu tedbirin uygulandığı zaman zarfında sadece *mağdurun arayıcısı* olduğu iletişimler değil, aynı zamanda iletişimin diğer ucundaki *muhataplarının arayıcısı* oldukları iletişimlerinin de zorunlu olarak yapılan tespiti, Anayasa'nın 22. maddesi hükmüyle güvence altına alınmış bulunan haberleşme hürriyetlerine bir müdahale anlamına gelmektedir.

Bunun yanı sıra, kendisine karşı telefonla işlenen bir suçun mağduru olduğundan hareketle bir kimsenin bu görüşmeyi delil elde etme düşüncesiyle kaydetmesi de “*haberleşmenin gizliliğini ihlal*” (Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 132) ve “*kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması*” (TCK m. 133) suçlarıyla bu kayıtların delil değeri “*yasak deliller*” çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulması gereken ayrı bir sorundur.

³ Bkz. Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 630, kn. 1.

⁴ Bkz. Yargıtay 5. CD, 03.10.2005 tarihli ve 2005/14969 esas ve 2005/20489 karar sayılı kararı; 4. CD, 29.11.2006 tarihli ve 2006/4669 esas ve 2006/17007 karar sayılı kararı; 4. CD, 28.03.2007 tarihli ve 2007/1398 esas ve 2007/2879 karar sayılı kararı; 4. CD, 20.06.2007 tarihli ve 2007/4496 esas ve 2007/5905 karar sayılı kararı.

II. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi⁵ Kurumunun Türk Hukukundaki Düzenleniş Şekli

Türk ceza muhakemesi hukukuyla kolluk hukukunda telekomünikasyon⁶ yoluyla yapılan iletişim, ya suç işlenmeden önce önleyici kolluk görev ve yetkileri çerçevesinde önleme amacıyla (*istihbari amaçlı olarak*) ya da suç işlendikten sonra, bu suçu aydınlatmak ve faillerini yakalamak amacıyla (*adli amaçlı olarak*) denetlenebilmektedir.

A. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Önleme Amaçlı Olarak Denetlenmesi (Önleme Denetlemesi)⁷

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK)'nın Ek 7. maddesine 03.07.2005 tarihli 5397 sayılı Kanun'la eklenen ikinci fıkraya hükmü ve 2803 sayılı *Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu* (JTGVYK)'na yine anılan değişiklik kanunuyla eklenen Ek 5. maddesi hükmü gereği *bazı suçların⁸ işlenmesinin önlenmesi amacıyla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir ve kayda alınabilir.*

Aynı şekilde 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun (DİHvMİTK) 6. maddesine 5397 sayılı Kanun'la eklenen ikinci fıkra hükmü gereği bu kanunla verilen görev-

⁵ Bıçak, teknik araçlarla izlemeyle (CMK m. 140) iletişimin denetlenmesi olgularının tamamını kapsayıcı olmak üzere "elektronik takip" kavramını kullanmaktadır, bkz. Bıçak, Vahit, *Suç Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 571.

⁶ Hakeri/Ünver'in sözlük anlamına dayandırarak "*haber, yazı, resim veya her çeşit bilginin tel, radyo, optik ve başka elektro manyetik sistemlerle iletilmesi, bunların yayımı ve alınması*" şeklinde tanımladıkları (bkz. Hakeri, Hakan/Ünver, Yener, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Temel Bilgiler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007 s. 229) telekomünikasyon kavramı İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği'nde "*işaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması*" olarak tarif edilmiştir (bkz. m. 4/1-j).

⁷ Önleme denetlemesine yönelik bazı değerlendirmeler için bkz. Yokuş Sevük, Handan, "Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Olarak Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler", *TBBT*, S. 67, s. 97 vd.

⁸ Bunlar, casusluk suçları hariç, CMK'nın 250. maddesinin birinci fıkrasının a, b ve c bentleri hükümlerinde sayılmış bulunan suçlardır.

lerin yerine getirilmesi amacıyla *Cumhuriyet'in, Anayasa'nın 2. maddesi hükmünde belirtilen temel niteliklerine ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir ve kayda alınabilir.*

Nihayet bu yasal düzenlemelerin uygulanmasına yönelik olarak, üzerinde durulan her üç kanunun da ilgili hükümlerinde çıkarılması öngörülmüş bulunan yönetmeliğin Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik adı altında 10.11.2005 tarihinde⁹ çıkarılmasıyla bu tarihten itibaren kanunlarda sözü edilen başkanlık da Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) adıyla kurularak önleme denetlemeleri ile CMK'nın 135-138. maddeleri hükümleriyle belirlenen çerçevede yapılacak olan adli denetlemelere ilişkin tüm faaliyetler tek bir merkezden yürütülmeye başlanmıştır.

B. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Adli Amaçlı Olarak Denetlenmesi (Adli Denetleme)

1. Hukuksal Dayanak

Türk ceza muhakemesi hukukuna *ilk olarak 1999*¹⁰ yılında ve muhakeme hukukumuzdaki temel muhakeme kanunumuzun dışında bir özel muhakeme kanunu olarak 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun (ÇASÖMK) "*iletişimin dinlenmesi ve tespiti*"ni düzenleyen 2. maddesi hükmüyle giren telekomünikasyon

⁹ 25989 sayılı Resmi Gazete.

¹⁰ Gerek burada üzerinde durulan ve gerekse ceza muhakemesinde özellikle organize suçlulukla mücadelede başvurulmuş diğer gizli soruşturma tedbirlerinin mukayeseli hukuktaki durumu hakkında geniş bilgi için bkz. Erdem, Mustafa Ruhan, *Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001; Taşkın, Mustafa, *Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 33 vd.

yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi imkanı¹¹ 2005 yılında yürürlüğe giren¹² yeni CMK'nın 135-138. maddeleri hükümlerinde daha genel bir şekilde düzenlenmiştir.¹³

Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği) adı altında 14.02.2007 tarihinde¹⁴ çıkarılan yönetmeliği de bu çerçevede bir diğer hukuksal kaynak olarak anmak gerekmektedir.

2. Kapsam

Bu düzenlemelere göre telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi birbirinden farklı dört işlemle yapılabilmektedir: İletişimi tespit etmek,¹⁵ iletişimi dinlemek, iletişimi kayda almak¹⁶ ve

¹¹ 4422 sayılı Kanun'un bu düzenlemesi hakkında bkz. Erdem, Mustafa Ruhan/Özbek, Veli Özer, "4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, s. 249 vd.

¹² Bilindiği gibi, 04.12.2004 kabul tarihli (RG: 17.12.2004-25673) 5271 sayılı yeni CMK, CMUK'nın temyize ilişkin düzenlemelerinin uygulanmasına devam edilmek üzere (5320 s. Kanun m. 8) 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹³ Ceza muhakemesindeki klasik koruma tedbirlerinin yanında, bu ve diğer yeni koruma tedbirleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bıçak, s. 571 vd.; Hakeri/Ünver, s. 228 vd.; Özbek, Veli Özer, CMK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, (Özbek-I), s. 565 vd.; Öztürk/Erdem, s. 629 vd.; Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa R./Sırma, Özge/Saygılar, Yasemin F./Alan, Esra, Nazari Ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (Ders Kitabı), Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 452 vd.; Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 270 vd.; Şafak, Ali/Bıçak, Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, 6. Baskı, Roma Yayınları, Ankara 2005, s. 255 vd.; Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, (Şahin-II), s. 264 vd.; Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2008, s. 252 vd.; Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2006, s. 265 vd.

¹⁴ 26434 sayılı Resmi Gazete.

¹⁵ İletişimin tespiti, İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği'nde "iletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemler" olarak tanımlanmaktadır (bkz. m. 4/1-f).

¹⁶ İletişimin dinlenmesi İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği'nde kayda alınmayla birleştirilerek, "telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmaların dinlenmesi

iletişime ait sinyal bilgilerini¹⁷ değerlendirmek.¹⁸

3. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenebilmesinin Şartları

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kişi özgürlüklerine yapılan “ağır”¹⁹ bir müdahaledir. Ağırdır, çünkü hakkında bu tedbir uygulanan kişi bunu *bilmemektedir*, ama örneğin arama tedbirine maruz kalan kişi arandığını bilmektedir. Yine ağırdır, çünkü burada kişinin “*en özeli*” denetlenmektedir.

Bu nedenle de bu tedbirin uygulanabilmesi, CMK’nın 135. maddesinin birinci fıkrasıyla oldukça sıkı şartlara tabi tutulmuştur:

a. CMK’nın bu yeni koruma tedbirine ancak *bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturma* kapsamında müracaat edilebilecektir. Kanun koyucunun bu düzenlemesinden açıkça anlaşılmaktadır ki, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim adli anlamda ancak ve sadece bir suçun işlendiği kuşkusuna üzerine “*bastırıcı*” olarak denetlenebilir.

Bu zaman dilimi de CMK’nın benimsemiş olduğu zaman aralığı olarak “*kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesiyle*”²⁰ başlayıp “*hükmün kesinleşmesine kadar*”²¹ devam eden süreçtir.

b. Hakkında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine müracaat edilecek suçun “*işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı*” gereklidir.

ve kayda alınması ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemler” olarak tanımlanmıştır (bkz. m. 4/1-e).

¹⁷ Sinyal bilgisi kavramı, İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği’ne göre “*bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi*” ifade etmektedir (bkz. m. 4/1-h).

¹⁸ Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği’nde “*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 işlemleri*” olarak tanımlanmıştır (bkz. m. 4/1-ı).

¹⁹ Bkz. Öztürk/Erdem, s. 632, kn. 5.

²⁰ CMK m. 2/1-e.

²¹ CMK m. 2/1-f.

c. Bu koruma tedbirine ancak *son çare* olarak “*başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması durumunda*”²² başvurulabilecektir.²³

d. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişiminin denetlenmesi ancak ve sadece *hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde*²⁴ Cumhuriyet savcısının kararıyla mümkün olabilecektir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine ilişkin bu 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* belirtilmelidir. Tedbir kararı *en çok üç ay* için verilebilecek ve bu süre, kural olarak *bir defa daha* uzatılabilecektir. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halindeyse, hakim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilmektedir.

e. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişiminin denetlenmesi kapsamında kanunen yapılması mümkün olan dört işlemde “*iletişimin tespit edilmesi*” dışındaki üçü, yani *dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi* tedbirleri ancak CMK’nın 135. maddesinin altıncı fıkrasında sayılan suçlar bakımından uygulanabilir.²⁵

²² Subsidiaritätsgrundsatz. Alman Yüksek Mahkemesi/Bundesgerichtshof(BGH)’ne göre, *bu tedbirin uygulanmasına karar verecek olan makama, suç şüphesinin ve bu ikinci derecede uygulanabilirlik koşuluna aykırılık bulunup bulunmadığının tespiti hususunda tanınmış bir takdir yetkisi bulunmaktadır*, bkz. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt), 41, S. 30 (= Neue Juristische Wochenschrift/NJW, 1995, S. 1974).

²³ Öğretide “*son çare prensibi*” olarak da adlandırılan (bkz. Kaymaz, Seydi, *Ceza Muhakemesi’nde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, (Kaymaz-I), s. 223) *ikinci derecede uygulanabilirlik* koşulu hakkında bkz. Kaymaz, Seydi, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişiminin Denetlenmesinin Bir Koşulu Olarak Başka Suretle Delil Elde Etme İmkanının Bulunmaması”, *Fasikül, (Aylık Hukuk Dergisi)*, Yıl: 2, S. 3, (Şubat, 2010), (Kaymaz-II), s. 41.

²⁴ “Gecikmesinde sakınca bulunan hal”in tanımı için bkz. İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği m. 3/1-f.

²⁵ Bu düzenlemeye göre; “*Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:*

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;
1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),
2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),

4. Mobil Telefonun Yerinin Tespit Edilmesi

CMK'nın telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine müracaat edebilmenin esaslarını düzenleyen 135. maddesinin dördüncü fıkrası hükmü *şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, mobil telefonun yerinin hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilmesine de imkan vermektedir.*

Buradaki *"tespit"* ile CMK'nın 135. maddesinin birinci fıkrası hükmünde sözü edilen *"tespit"* birbirinden farklıdır. Zira orada, şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişim, yani kiminle ne zaman iletişim kurduğu tespit edilmeye çalışılırken burada, mobil telefonun yeri tespit edilerek şüpheli veya sanığın yakalanabilmesine uğraşılmaktadır.

5. Gizlilik

CMK'nın 135. maddesi hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, *tedbir süresince gizli tutulur* (CMK m. 135/5).

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. 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) Bankalar Kanununun 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".

6. Tedbirin Sona Ermesi ve İlgiliye Bildirim Yükümlülüğü

CMK'nın 137. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları hükümleri gereği telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine ilişkin kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da aynı maddenin birinci fıkrasına göre hakim onayının alınamaması halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhal son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilmelidir.

Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma evresinin bitiminden itibaren, en geç on beş gün içinde, *Cumhuriyet Başsavcılığı*, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında *ilgisine yazılı olarak bilgi vermek zorundadır*.

7. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbirine Getirilen Sınırlandırmalar

CMK, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenebilmesine bazı hallerde sınırlamalar getirmiştir. Buna göre;

a. Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması halindeyse alınan kayıtlar derhal yok *edilir* (CMK m. 135/2).

İkinci fıkranın bu lafzından anlaşıldığı kadarıyla kayda alınmayacak olan bu iletişim, CMK'nın 135. maddesi hükmü anlamında tespit edilebilecek, dinlenebilecek ve bu iletişime ilişkin sinyal bilgileri değerlendirilebilecektir.²⁶

Şunu da belirtmek gerekir ki böyle durumlarda iletişimin karşı tarafında bulunan kişi de, yani tanıklıktan çekinme hakkı olan kişi de bu tedbire konu olan suçun şüphelisi ise kendisi hakkında da ayrıca tedbir kararı alınmış olmak şartıyla iletişimi kayda da alınabilecektir.

²⁶ Aynı yönde Öztürk/Erdem, s. 634, kn. 7.

b. CMK'nın 136. maddesi hükmü gereği şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafii bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, bu Kanun'un 135. maddesi hükmü uygulanamaz.

Meslekleri gereği CMK'nın 46. maddesi hükmü çerçevesinde tanıklıktan çekinme hakkı olan avukatlar hakkında da iletişiminin denetlenmesi çerçevesinde bu iletişimin "*kayda alınması*" tedbirinin zaten 135. maddenin ikinci fıkrası hükmü gereği uygulanma imkanı bulunmadığından 136. madde hükmündeki bu ayrı düzenlemenin uygulamada ne anlama gelebileceği meselesini ayrıca değerlendirmek gerekir. Konuyu ikiye ayırarak incelemekte yarar vardır:

Müdafii suç bizzat işlemiş veya bu suça iştirak etmiş olmak şüphesi altında *olmaması* halinde şüpheli veya sanıkla arasındaki iletişimi, CMK'nın 135. maddesinin ikinci fıkrası hükmü gereği her durumda kayda alınamazken, 136. madde hükmünde sayılan yerler, yani müdafii bürosu, konutu ve yerleşim yeri *dışındaki iletişim*leri tespit edilebilecek, dinlenebilecek ve bu iletişime ilişkin sinyal bilgileri değerlendirilebilecektir. Sonuç olarak müdafii, yüklenen suça ilişkin olarak şüpheli veya sanıkla bürosunda, konutunda ve yerleşim yerinde telekomünikasyon yoluyla kurduğu her türlü iletişimin 135. madde hükmü anlamında her türlü denetimin dışında kaldığı söylenebilir.

Müdafii suç bizzat işlemiş veya bu suça iştirak etmiş olmak şüphesi altında *olması* halinde ise, bu tedbire ilişkin olarak kendisi hakkında da denetleme kararı alınmış olmak kaydıyla 135. maddenin ikinci fıkrası hükmündeki engelin ortadan kalkacağı, yani zaten mümkün olan tespit, dinleme ve sinyal bilgilerini değerlendirme tedbirleri yanında kayda alma tedbirinin de uygulanabileceği sonucuna ulaşılabilecekken 136. madde hükmünün *salt lafzi* bir şekilde ele alınması durumunda, müdafii bu sefer kendisin de şüpheli olduğu bu suç, *şüpheli veya sanığa yüklenen suç* olma vasfını devam ettirdiği için, kendisiyle bürosunda, konutunda ve yerleşim yerinde telekomünikasyon yoluyla kurduğu her türlü iletişimin yine 135. madde hükmü anlamında her türlü denetimin dışında kaldığı söylenebilecektir.²⁷

²⁷ İletişimin denetlenmesi tedbirinin müdafii açısından uygulanması sorunu hakkında ayrıca bkz. Mahmutoglu, Fatih Selami, "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi", *Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim*

c. Genel Yasak: CMK'nın 135. maddesinin yedinci fıkrası hükmü gereği bu düzenlemelerle belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişimi dinleyemez ve kayda alamaz.²⁸

8. Amaca Bağlılık ve Tesadüfen Elde Edilen Deliller Sorunu

Son olarak şunu da belirtmek gerekir ki, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri sonucunda ulaşılan bilgiler sadece bu tedbire müracaat edilmiş amacı kapsamında kullanılabilir.

Bu tedbir uygulanırken başlangıçtaki tedbir kararında öngörülmemiş olarak tesadüfen ele geçirilmiş olan bilgiler de ancak CMK'nın konuyu düzenleyen 138. maddesinin ikinci fıkrası hükmü çerçevesinde değerlendirilebilecektir.²⁹ Buna göre de;

“Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135 inci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir”.

Buna karşılık tesadüfen elde edilen delilin, altıncı fıkradaki kataloga dahil olmayan bir suça ilişkin olması halinde ne yapılması gerektiği hakkında yasal bir açıklık yoktur. Bu yüzden sorun, ceza ve ceza muhakemesi hukukunun temel prensipleri dahilinde yorumlanmalıdır.

TCK'nın *“kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde*

Projesi (MUYEP) Tebliğleri-II, EGM Yayın Katalog No: 444, Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayın No: 43, Ankara 2008, s 413.

²⁸ CMK'nın “dinleme” ve “kayda alma”ya getirdiği bu yasak benzer bir şekilde PVSK'nın 7. maddesinin on ikinci, JTGvYK'nın ek 5. maddesinin dokuzuncu ve DİHvMİTK'nın 6. maddesinin dokuzuncu fıkraları hükümleriyle de getirilmiştir. Ancak anılan her üç hükümde de sadece “dinlemeler”den söz edilmesine karşılık İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği'nin 4. maddesinin birinci fıkrası hükmünde daha yerinde olarak her dört tedbir de anılmış ve böylece de yasak kapsamına alınmıştır.

²⁹ Daha geniş bilgi için bkz. Öztürk/Erdem, s. 640 vd., kn. 21.

bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi"nin cezalandırılacağına ilişkin "*kamu görevlisinin suçu bildirmemesi*" başlıklı 279. maddesi³⁰ hükmü karşısında kuşkusuz bunun da Cumhuriyet Savcılığına derhal bildirilmesi gerekmektedir. Ancak bu durumda bu bulgu, altıncı fıkra kataloguna CMK m. 138/2'deki açık gönderme dolayısıyla muhafaza altına alınamayacak ve sırf bundan hareketle iddianame de düzenlenemeyecektir. Diğer yandan bunun, suç kuşkusunu gerekçelendirmeye yetecek bir emare olarak bu hususta soruşturmaya geçilmesine yönelik bir hareket noktası sayılmasına ise bir mani bulunmamaktadır.

III. "*Mağdurun İletişiminin Tespiti*" ve "*İletişimin Bizzat Mağdur Tarafından Kaydedilmesi*"

Mevzuatımızdaki düzenleniş şekli yukarıda incelenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine kural olarak ancak ve sadece *şüpheli* veya *sanık* hakkında başvurulabilir.

Bunu da yasal şartları dahilinde yine ancak ve sadece *ceza takip organları* yapabilir.

Dolayısıyla da bu tedbirin hem mağdur hakkında hem de mağdur tarafından uygulanabilmesi mümkün değildir.

Bununla birlikte öğreti ve uygulamada, bu tedbirin "*iletişimin tespiti*" bakımından talebine dayalı açık rızasının bulunması halinde m. 135'teki usul ve esaslara uyulmadan bazen mağdur hakkında da uygulanabileceği iletişimi bazen mağdurun bizzat kendisinin de kaydebileceği genel olarak kabul edilmektedir.

A. *Mağdurun İletişiminin Tespiti*

Gerçekten de öğretilde suçun aydınlatılması, suç faillerinin belirlenebilmesi, delillerin elde edilebilmesi şeklindeki pratik mülahazalarla ve CMK m. 135'teki sınırlamaların yalnızca *şüpheli* veya *sanıklar* ba-

³⁰ Bu suçun adli kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesinin maddenin ikinci fıkrası hükmüyle *nitelikli hal* olarak tanımlanmış olduğunu da belirtmek gerekir.

kımından öngörülmüş olduğu gerekçesiyle bu kurumun, telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişimin tespit edilmesi konusunda talebi, dolayısıyla da rızası bulunan, özellikle telefon vasıtasıyla yapılan huzur ve sükunu bozma, hakaret, tehdit, şantaj, cinsel taciz, rüşvet talebi vb. eylemlerin mağduru bakımından da uygulanabileceği fikri hakimdir.³¹

Bu çerçevede içeriğinin elde edilmesi söz konusu olmadığından, iletişimin tespiti işleminde, kişilerin yapmış oldukları görüşmelerin fatura düzenlemesi amacıyla kaydedildiğini zaten bildikleri, bu yüzden de kiminle, nerede, ne zaman ve ne kadar süreyle görüştüklerine dair iletişimin tespiti bakımından mahremiyet beklentilerinin iletişimin dinlenmesi veya kaydedilmesi kadar olmadığı da ileri sürülmektedir.³²

Bu görüşün, CMK Tasarısının gerekçesinde³³ yer verilmiş olan “telefonla sürekli rahatsız edildikleri için polise başvurarak telefonlarının dinlenmelerini istemiş bulunan kişiler bakımından, elbette ki bu usul uygulanmayacaktır” şeklindeki yaklaşımdan da destek bulduğu³⁴ kuşkusuzdur.

Nihayet, 10. maddesinin dördüncü fıkrası hükmü ile “bir soruşturma sırasında delil toplama kapsamında, somut olayın özelliğine göre madde gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için zorunlu olduğu takdirde, açık rızasının bulunması ve iletişim aracının kendisine ait olması şartıyla şikayetçinin iletişiminin tespiti Cumhuriyet savcısının yazılı kararıyla” istenebileceğini düzenleyen İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği’nin 2007 yılında çıkarılmasıyla bu görüş, yönetmelik düzeyinde de olsa hukuksal bir dayanağa da kavuşmuş bulunmaktadır.

Bir suçun mağdurunun telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişiminin tespit edilebileceği Yargıtay’ca da kabul edilmektedir.³⁵

³¹ Bkz. Kaymaz-I, s. 169 vd; Özbek, Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, (Özbek-II), s. 429; Şen, Ersan, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl 2, S. 4; (Ağustos, 2007), (Şen-I), s. 114; Yenisey, Feridun/ Altunç, Sinan, “İletişimin Denetlenmesi Hakkında”, *Sulhi Dönmezer Armağanı, Türk Ceza Hukuku Derneği ve Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı Yayını*, C. II, Ankara 2008, s. 1318.

³² Bkz. Kaymaz-I, s. 170.

³³ Belirtmek gerekir ki, CMK’nın, bu arada da 135 vd. hükümlerinin yeniden düzenlendiği Adalet Komisyonu raporunda bu hususta bir gerekçe bulunmamaktadır.

³⁴ Bkz. Kaymaz-I, s. 170.

³⁵ Bkz. dn. 4’te aktarılan kararlar.

Yüksek Mahkeme bu durumda, CMK'nın 135. maddesi hükmünde düzenlenen esas ve usullerin uygulanmayacağını ve Cumhuriyet savcılarının bunu, CMK'nın 160 ve 161. maddeleri hükümlerinde düzenlenen genel soruşturma yetkileri çerçevesinde yapabileceklerini vurgulamaktadır.

İletişimin tespiti amacıyla mağdurun isteğine dayanarak kendisine yöneltilen talepleri Yargıtay'ca bu içtihaadın geliştirilmesinden evvel geri çeviren Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın karardan sonraki dönemdeyse gereğini yaptığı da bilinmektedir.³⁶

Kanun'da, mağdurun iletişiminin tespiti ya da genel olarak denetlenmesi konusunda bir düzenleme bulunmadığı gibi, bu konuyu şüpheli veya sanık bakımından ele alan CMK'nın 135 vd. maddelerinde de bir açıklık da yoktur. Dolayısıyla konu yoruma muhtaç ve elverişlidir.

Meseleyi (telefonla arayıcı taraf olarak) mağdur ve mağdurla (kendisini aramak suretiyle) iletişim kurmuş olanlar bakımından ikiye ayırarak incelemeyen önce, bu alanda daha fazla gündeme gelen *"iletişimin tespiti"*nin diğer denetim araçlarına nazaran farklılık gösteren özelliklerine bakmakta yarar bulunmaktadır.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan bir iletişimin, yani örneğin telefonla yapılan bir konuşmanın dinlemek veya kayda almak gibi içeriğine müdahale edilmeksizin ve sadece bu konuşmaların ne zaman ve kimler arasında yapıldığının, yine örneğin telefonla haberleşme hizmeti sunucularının bu hizmetleri kapsamında tutmuş oldukları kayıtlardan yararlanılarak tespiti amacıyla yapılan ve *"dış bağlantı verileri"* olarak da adlandırılan *"iletişimi tespit etmek"* işlemi, az önce de belirtildiği gibi kanun koyucu tarafından, diğer üç benzerinden, yani *"iletişimi dinlemek"*, *"iletişimi kayda almak"* ve *"iletişime ait sinyal bilgilerini değerlendirmek"* işlemlerinden nispeten ayrı bir rejime tabi tutulmuştur.

Gerçekten de kanun koyucu, CMK'nın konuyu düzenleyen 135. maddesinin *"dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi"* işlemlerinin hangi suçlara ilişkin olarak yapılabileceği hususunu bir *"katalog"* suç grubu teşkil edilerek tek tek saymak suretiyle belirlediği altıncı fıkrası hükmünde 22.05.2005 tarihinde 5353 sayılı

³⁶ Bkz. Kaymaz-I, s. 171.

Kanun'un 16. maddesi hükmüyle yaptığı değişiklik ile "*iletişimin tespit edilmesi*" işlemini bu kapsamdan çıkararak³⁷ diğerlerinden açıkça ayırmıştır.

Böylelikle iletişimin sadece *tespit* edilmesi işlemi *tüm suçlar* bakımından, özellikle telefonla taciz anlamına gelen rahatsızlık vermek, hakaret veya tehdit etmek gibi olayların aydınlatılabilmesi amacıyla da mümkün olabilmektedir.

Yargıtay'ın da paylaştığı öğretideki bu hakim fikrin, özellikle suçların aydınlatılması ve böylelikle de maddi gerçeğe ulaşılması bakımından uygulamayı rahatlatığı kuşkusuzdur ve prensip olarak tarafımızca da kabul edilmektedir.

Ancak bu sorunun, mağdurun iletişimin tespitinde CMK m. 135'teki usul ve esaslara uyulmasının zorunlu olmadığı ve uygulamanın önünün açılması gibi sadece pratik mülahazalarla halli mümkün görülmemektedir.

Mesele, bazı teorik sıkıntıları da bünyesinde barındırmaktadır. Zira mağdurun iletişiminin tespitiyle, bu tedbirin uygulandığı zaman zarfında gerek mağdurca aranan ama özellikle de mağduru arayan taraf olarak bu iletişimin diğer ucundaki muhatapların da mağdurla kurdukları bu iletişimleri zorunlu olarak tespit edilmiş olmaktadır. Bu da Anayasa'nın 22. maddesi hükmüyle güvence altına alınmış bulunan haberleşme hürriyetlerinin ihlali anlamına gelmektedir.

İşte bu yüzden konuyu, mağdur ve mağdurla iletişim kurmuş olanlar bakımından ayrı ayrı ele alma zorunluluğu bulunmaktadır:

1. Meselenin (Müşteki) Mağdur Bakımından Değerlendirilmesi

Konuya, haberleşme hürriyeti kapsamındaki mahremiyet hakkı üzerinde mutlak surette tasarruf edip vazgeçebileceği de kabul edilerek sadece mağdur açısından bakıldığında herhangi bir hukuksal so-

³⁷ Nitekim Yargıtay da 5. CD'nin, 03.10.2005 tarihli ve 2005/14969 esas ve 2005/20489 karar sayılı kararıyla, "*soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı telefonuyla yaptığı görüşmelere ilişkin detay bilgilerin, yani telefonla yapılan bağlantıların kimlerle ve ne zaman yapıldığının belirlenmesi anlamına gelen "tespit" in CMK 135/6 fıkrası kapsamı dışında bırakıldığı*"na açıkça hükmetmiştir.

run gözükmemektedir. Zira mağdurun bu husustaki talebi üzerine, iletişiminin tespit edildiği zaman aralığında kendisinin (arayan taraf olarak) kimlerle iletişime geçmiş olduğunun tespit edilmesi rızası sebebiyle haberleşme hürriyetinin ihlali anlamına gelmeyecektir. Çünkü, iletişiminin tespiti hakkındaki talebiyle göstermiş olduğu rıza, TCK'nın 26. maddesi ikinci fıkrası³⁸ hükmünde düzenlenmiş olduğu şekliyle bir hukuka uygunluk nedenidir. Bir hukuka uygunluk sebebinin somut olayda varlığı halindeyse bilindiği gibi, artık fiilin hukuka aykırılığından söz edilememektedir. Hukuka uygunluk nedenleri, fiilin ve dolayısıyla da suçun hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadırlar.³⁹

2. Meselenin (Müşteki) Mağdurla İletişim Kurmuş Olanlar Bakımından Değerlendirilmesi

Asıl sorun, mağdurla iletişim kurmuş olan üçüncü kişiler bakımından baş göstermektedir. Zira mağdurun müracaatı üzerine tespit edilen iletişimlerinin kendisini arayan tarafı olarak onların da kendisini aramaları zorunlu olarak tespit olunacak ve böylece mahremiyet hakları zarara uğramış olacaktır.

Anayasa'nın 22. maddesinin⁴⁰ birinci fıkrasına göre, "herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır".

Negatif statü hakkı⁴¹ niteliğindeki bu özgürlük, isteyen kişinin istediği zaman istediği kişiyle istediği yolla (posta, telefon, elektronik posta, vs.) haberleşebilmesi demektir. Bu haberleşme engellenemez ve

³⁸ İlginilinin rızası: TCK m. 26/2, "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez."

³⁹ Bkz. Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 269. Zaten, örneğin Alman ceza hukukunda hukuka uygunluk nedenleri için esasen "hukuka uygun hale getiren nedenler" anlamında *Rechtfertigungsgründe* nitelemesi kullanılmaktadır.

⁴⁰ 4709 sayılı Kanun'la 03.10.2001 tarihinde değiştirilmiştir.

⁴¹ Temel hak ve hürriyetlerin, Jellinek tarafından yapılmış olan tasnifinde, pozitif statü haklarıyla (sosyal ve ekonomik haklar) aktif statü haklarının (siyasi haklar) yanındaki üçüncü grup olan negatif statü hakları (kişi hakları) kişinin, devletçe müdahale edilmemesi suretiyle kullanabileceği haklarıdır, bkz. Küçük, Adnan, *Anayasa Hukuku*, Orion Kitabevi, Ankara 2008, s. 80, 81.

gizlidir.⁴² Haberleşmeye ve bunun gizliliğine hangi hallerde müdahale edilebileceği de Anayasanın yine aynı hükmünün ikinci fıkrasında açıkça gösterilmiştir.⁴³ Bu düzenlemede dikkati çeken en önemli husus, bu müdahalenin ancak hakim kararı üzerine (veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetki kılınmış merciin yazılı emriyle⁴⁴) yapılabileceğidir.

Anayasal olarak güvence altına alınmış bulunan haberleşme hürriyeti sadece *ileriye dönük olarak* istenildiği zaman istenilen kişiyi haberleşebilmek anlamına gelmez. Aynı zamanda *geriye dönük olarak* kişinin, ne zaman kiminle haberleşmiş olduğunun açık rızası dışında veya açık bir yasal sınırlama ya da hakim kararı olmaksızın tespit ve kontrol edilememesini de güvence altına alır.

Her ne kadar bir koruma tedbiri olarak iletişimin denetlenmesi, (gecikmesinde sakınca bulunan hallerde) istisnaen Cumhuriyet savcısının kararıyla da mümkün olsa da unutmamak gerekir ki bu, şüpheli ve sanık bakımındandır ve bundan da önemlisi kanuna dayanmaktadır ve nihayetinde hakim onayına sunulmaktadır.

Ancak benzer prosedür, mağdurun iletişimin Cumhuriyet savcısı tarafından genel soruşturma yetkisi çerçevesindeki tespitiyle muhataplarının da zorunlu olarak yapılan, kendisiyle iletişimlerinin tespiti bakımından uygulanmadığında, bunların haberleşme hürriyetleri Anayasa’da izin verilenin dışında bir şekilde sınırlandırılmış olmaktadır.

Sorunun kökten çözümü için kuşkusuz en iyi ve sağlıklı yol konunun, üstelik müstakil bir hüküm ihdasına da gerek olmaksızın, CMK’nın 135. madde hükmüne yapılacak bir fıkra ilavesiyle yasal disipline kavuşturulmasıdır. Ancak bu yapılan kadar, hatta yapılmassa da uygulamada, CMK’da bu yönde zorunluluk getiren bir düzenleme bulunmamasına rağmen, hürriyet sınırlandırması anlamına gel-

⁴² Geniş bilgi için bkz. Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 12 Eylül 2010 Tarihli Halkoylamasıyla Kabul Edilen 5982 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanununa Göre Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2010, s. 148.

⁴³ Bkz. Seyfettinoğlu, Ümit, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Türk Hukukunda Özel Hayat Kapsamında Haberleşmenin Gizliliği*, (Mustafa Kemal Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Hatay 2010, s. 53, 54.

⁴⁴ CMK m. 135 çerçevesinde *Cumhuriyet savcısının kararıyla* (f. 1).

diğinden Anayasa m. 22/2'de de belirtildiği üzere *hakim kararına (ya da onayına)*⁴⁵ başvurulması veya en azından *kanuna karşı hile* yoluna başvurularak bu konudaki CMK m. 135 vd.'ndaki sınırlayıcı hükümlerin bertaraf edilmesine imkan tanımayacak⁴⁶ ve konuyu, kanuni sınırları dahilinde de olsa *aleniyet kazandırılmadan* olabildiğince gizli tutabilecek bir yol geliştirilmesi zorunludur.

B. İletişimin Bizzat Mağdur Tarafından Kaydedilmesi

Bu kapsamda ele alınması gereken bir diğer önemli sorun da bir suç mağdurunun kendisini telefonla arayan kişiyle yaptığı konuşmayı delil etmek amacıyla kayda alıp alamayacağı devamındaysa yaptığı bu kaydı ceza takip organlarıyla paylaşıp paylaşamayacağı meselesidir.

Telefon vasıtasıyla işlenen bir suçun mağdurunun, aranması üzerine telefonunu açmasıyla yaptığı görüşmeyi kaydedebileceği ve bu kayıtların da pekala delil değeri kazanabileceği öğretide genel olarak ileri sürülmekte ve bu görüş tarafımızca da kabul edilmektedir.

Bilindiği gibi, iki kişi arasındaki bir konuşmanın, konuşmayı yapanlardan biri tarafından kaydedilmesi esasen suçtur.

Gerçekten de bu durumda olan bir kişi, TCK'nın özel hükümleri dokuzuncu bölümünde "Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar" başlığı altında yaptırma bağlanmış bulunan eylemler çerçevesinde, bir yandan "kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması"na ilişkin 133. maddenin "katılınan aleni olmayan bir söyleşiyi, diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda almayı" yasaklayan ikinci fıkrası hükmü gereği, diğer yandan da "haberleşmenin gizliliğini ihlal" suçuna ilişkin 132. maddenin "kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa etmeyi" yasaklayan ikinci fıkrası gereği kural olarak cezalandırılmaktadır.

⁴⁵ Haberleşme özgürlüğüne müdahalenin, ancak anayasal sınırları ve koşulları dahilinde ve hakim kararı veya onayıyla mümkün olabileceği hususunda ayrıca bkz. Seyfettinoğlu, s. 53; Şen, Ersan, *Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir*, Genişletilmiş-Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, (Şen-II), s. 62.

⁴⁶ Yerinde olan bu endişe için bkz. Kaymaz-I, s. 169.

Çalışmamız çerçevesinde tartışılması gereken konuya, bir kimse-
nin, bunu, kendisine karşı suç işlendiğinde, örneğin telefon vasıtası-
yla yapılan huzur ve sükunu bozma, hakaret, tehdit, şantaj, cinsel taciz,
rüşvet talebi vb. eylemlerle muhatap olduğunda, bu suçun delili ol-
mak üzere yapmış olması halidir.⁴⁷

Öğretide tartışılmış olan bu durumda genel olarak suçtan söz edi-
lemeyeceği fikri kabul görmekle birlikte konunun, kasta, delil yasakla-
rına veya meşru savunmaya dayandırılarak farklı şekillerde gerekçe-
lendirildiği gözlemlenmektedir.

1. Konuya “Kast” Çerçevesinde Yaklaşan Görüş

Kasttan hareket eden görüş, *kişinin kendisine karşı yapılan haksız ha-
rekete karşı delil toplama niteliğinde bir eylemde bulunduğunu, konuşmala-
rı karşı tarafın rızası olmadan kayda alma kastının olmadığını, kendisine kar-
şı gerçekleştirilen eylemi delillendirme iradesi ve kastının bulunduğunu ve bu
yüzden de iki kişi arasındaki konuşmayı bunlardan birinin, failin konuşma-
larını delil olarak kayda almasının suç olmayacağını ve bunların mahkemede
delil olarak da kullanılabileceğini ifade etmektedir.*⁴⁸

2. Konuya, Bu Kayıtların CMK m. 217/2 Anlamında Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş Bir Delil Olarak Yaklaşılması

Konuya, delil yasakları çerçevesinde de çözüm aranmıştır.

Türk hukukunda ceza muhakemesindeki delil yasaklarına ilişkin
olarak iki önemli doğrudan düzenleme bulunmaktadır.⁴⁹

⁴⁷ Benzer durum, bir kimsenin bir suça tanıklığından dönmemesi için konuşturul-
up kendinden habersizce kayıt yapılması hali için de geçerlidir, bkz. Yaşar, Os-
man/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanu-
nu*, Cilt III (madde 86-146), Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 4096.

⁴⁸ Bkz. Meran, Necati, *Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, Seçkin Ya-
yınevi, Ankara 2007, s. 683.

⁴⁹ Hukukumuzda delil yasaklarına ilişkin diğer doğrudan düzenleme olarak CMK
m. 148/3 ve (CMK m. 206/2-a, 230/1-b ve 289/1-i gibi) dolaylı düzenlemeler hak-
kında bkz. Erdağ, Ali İhsan, “Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmemiş Olan De-
lillerin Durumu (Yasak Deliller)”, *Hukuk Dosyası*, Yıl: 1, S. 1, (Ocak, 2009), 24 vd.

Bunlarda ilki Anayasa'nın "Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar"ı düzenleyen 38. maddesine, AB müktesebatına uyum çerçevesinde 03.10.2001 tarihinde çıkarılan 4709 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle eklenen altıncı fıkrası hükmüdür. Buna göre "kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez".⁵⁰

Diğeri ise, CMK'nın 217. maddesinin ikinci fıkrası hükmüyle benimsenmiş bulunan "genel yasak"tır ki buna göre de *yüklenen suç, ancak hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delillerle ispatlanabilir*.

2005 yılında yeni CMK'nın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde ise, bilindiği gibi durum biraz farklıydı. Delillerin hukuka aykırı olarak üçüncü (özel) kişilerce ele geçirilmesi meselesinin farklı yorumlanmış olması dolayısıyla o döneme de kısaca bakmak gerekmektedir.

Gerçekten de 1992 yılında 3842 sayılı Kanun'la yapılan geniş kapsamlı reformla CMUK'nın 254. maddesine eklenen ikinci fıkrayla *soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin hükme esas alınamayacağı* prensibi kabul edildikten sonra⁵¹ öğretilerde bir dönem özel kişilerin hukuka aykırı da olsa elde ettikleri delillerin yargılamada kullanılabileceği fikri savunulmuştu.⁵²

⁵⁰ Belirtmek gerekir ki, fıkra metninde geçen "kanun" tabiriyle "maddi kanun" ifade edilmektedir. Yani sadece şekli anlamda kanun değil, bütün pozitif hukuk düzenlemeleri kastedilmektedir.

⁵¹ Delil yasakları konusunda bu değişiklik ile *mutlak yasak* modeline geçilene kadar CMUK'nın *mutlak kabul* sistemini benimsemiş olduğu da burada belirtmekte fayda vardır. Bilindiği gibi, bu iki model arasında bir de *esnek* sistem bulunmaktadır. Örneğin Ceza muhakemesi kanunları *Strafprozeßordnung* (StPO)'un aynı zamanda, bizim eski CMUK'nın 135a maddesi hükmünün mehazı olan 136a maddesi hükmüyle sadece yasak yöntemlerle alınmış ifadelerle ilişkin bir doğrudan değerlendirme yasağı kabul etmiş bulunan *Alman ceza muhakemesi* sisteminin de bir mensubu bulunduğu bu modelde, hukuka aykırı olarak elde edilen bulgular ne her durumda kayıtsız şartsız delil değeri kazanabilmekte ne de tamamen değersiz hale gelmektedir. Bu modelde, elde edilişi sırasında yapılan hukuka aykırılık pek vahim değilse ve bu aykırılıkla insan haklarının özüne de dokunulmamışsa hukuka aykırı olarak ele geçirilen bu bulgu, ilişkin olduğu suçu aydınlatmak için yürütülen muhakeme faaliyeti çerçevesinde zaten bu hukuka aykırılık yapılmamış olsaydı da kuvvetle muhtemel hukuka uygun bir şekilde de ele geçirilebilecek idiye pekala delil değeri kazanabilmektedir, bkz. Erdağ, s. 25, 26; Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, *Strafverfahrensrecht*, 26., völlig neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2009, 5. Kapitel, § 24.

⁵² Özel kişiler tarafından elde edilen delillerle ilgili olarak bkz. Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoglu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi*

Ancak, 2001 yılında Anayasa'nın 38. maddesine az önce anılan ve delillerin elde edilmesinde soruşturma ve kovuşturma organlarıyla özel kişiler arasında bir ayırım tanımayan altıncı fıkra hükmü eklendikten sonra⁵³ bu görüşler de geçerliliğini tamamen yitirmiştir.⁵⁴

Hele bir de yeni CMK'nın yine az önce anılan 217/2 maddesinin ihdasıyla artık hukukumuzdaki bu açık düzenlemeler karşısında, hukuka uygun bir şekilde elde edilmemiş olan delillerin, kim tarafından ele geçirilmiş olduğuna bakılmaksızın ve adil yargılama amacıyla da olsa yargılamalarda değerlendirilmesi mümkün görünmemektedir.

Dolayısıyla bu yol, bizzat mağdurun kendisi tarafından yapılmış olan iletişim kayıtlarına delil değeri kazandırılabilmesi için yapılacak yorumlara artık tamamen kapalıdır.

CMK gibi yine 2005 yılında⁵⁵ yürürlüğe girmiş bulunan yeni TCK'nın meşru savunma kapsamında benimsemiş olduğu yeni konsept karşısında artık soruna bu yolla çözüm arama gayretine esasen gerek de kalmamıştır.

3. Meşru Savunma (TCK m. 25/1)

TCK'nın 25. maddesinin birinci fıkrası hükmü gereği “*gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu işlenen fiilin*” failine bu meşru savunması dolayısıyla ceza verilmez.

Hukuku, 16. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2008, s. 1099, No.61.3; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 376.

⁵³ Hatta *Anayasa Mahkemesi* 22.06.2001 tarihli ve 1999/2 esas ve 2001/2 karar sayılı kararı ile daha bu değişiklikten önce, özel kişilerce hukuka aykırı surette elde edilen delillerin yargılamada değerlendirilemeyeceğine hükmetmişti, bkz. *AMKD*, 2002, s. 1465.

⁵⁴ Aynı yönde bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 376.

⁵⁵ Bilindiği gibi, 12.10.2004 tarihinde *Resmî Gazete'*de yayımlan (RG 25611) 5237 sayılı TCK, yürürlüğünü düzenleyen 344. maddesi hükmü gereği yayımı tarihinde yürürlüğe giren “imar kirliliğine neden olma” başlıklı 184. maddesi ile yayımı tarihinden itibaren iki yıl sonra yürürlüğe giren “çevrenin kasten kirlenmesi” başlıklı 181. maddesinin birinci fıkrası ve “çevrenin taksirle kirlenmesi” başlıklı 182. maddesinin birinci fıkrası dışındaki diğer hükümleri itibarıyla 01 Haziran 2005 tarihinden yürürlüğe girmiştir.

Meşru savunmadan söz edebilmek için saldırının halen mevcut olması⁵⁶ gerekmektedir.

Dolayısıyla saldırı başlamadan önce veya bittikten sonra⁵⁷ yapılan savunmanın meşruluğundan söz edilemez.

Bir kimsenin, kendisini telefonla arayan bir kişiyle yapmış olduğu ve kendine göre içeriği suç olan bir görüşmeyi *kaydetmesi* ile bu kaydı ceza takip organlarına *vermesini* ayrı değerlendirerek, kayıt işleminden sonra haksız saldırının artık esasen bittiğinden bahisle, ilk etapta, *kaydın* meşru savunma *kapsamında* olmasına rağmen *vermenin* bu kapsam *dışında* kalacağı ileri sürülebilir.

Ancak gözden kaçırmamak gerekir ki, meşru savunmanın şartlarından biri olarak saldırı, TCK 25/1'de "*gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak*" şeklinde 765 sayılı (mülga) TCK'nın bu konudaki 49/b.2'deki "*bir taarruzu filhal defî zaruretinin*" ibaresine nazaran daha geniş bir şekilde düzenlenmiştir.⁵⁸

Tekrarı muhakkak" saldırıdan anlaşılması gereken tekrarı beklenmeyecek şekilde tamamen bitmiş olan bir saldırının yeniden yapılması değildir. Saldırı, *saldırı ve savunmanın zaman itibarıyla birebir karşılığı* çerçevesinde, savunmanın yapıldığı an itibarıyla bitmiş gibi görünse de bu savunma yapılmamış olsaydı tekrar edecek idiyse⁵⁹ mevcuttur, yani devam etmektedir.

Bu yeni düzenleme çerçevesinde "*kayıt altına alma*" gerçekleşen bir haksız saldırıya karşı "*kayıtları ceza takip organlarına verme*" ise *tekrarı muhakkak* bir haksız saldırıya karşı yapılmaktadır. Yani her ikisi de *meşrudur*.

⁵⁶ Bkz. Özgenç, s. 303.

⁵⁷ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 273.

⁵⁸ Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 272.

⁵⁹ Daha sonradan, bu saldırının esasen devam etmeyeceği veya edemeyeceğinin her hangi bir şekilde anlaşılması halindeyse, kaydı yapan mağdurun bu hatasından, TCK m. 30/3 çerçevesinde yararlanabileceği de hatırlatılmalıdır.

Netice olarak, meşru savunma çerçevesinde hareket ettiğinden,⁶⁰ üzerinde durulan sorunda mağdurun eyleminin haberleşmenin gizliliğini ihlal veya kişiler arasındaki konuşmaların kayda alınması ya da benzeri başka bir suça vücut vermediği gibi yapmış olduğu kayıtların da hukuka uygun olarak ele geçirilmiş olduklarından pekala delil olarak değerlendirilebileceği söylenebilir.

C. Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde Alman Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukundaki Durum

1968⁶¹ yılından bu yana bir koruma tedbiri olarak *uzakla iletişimin denetlenmesini* hüküm altında bulunduran Almanya'da bu konuda, bir yandan ceza muhakemesi hukuklarının temel kanunu olan *Strafprozeßordnung* (StPO)'un 100a vd. maddelerinde, tali olarak diğer yandan da *Telekommunikationsgesetz* (TKG)⁶²'te düzenlemeler bulunmaktadır. Alman ceza muhakemesi hukukunun bu konudaki çekirdek hükmü niteliğinde olan 100a maddesi, 21.12.2007 tarihinde yeniden düzenlenmiş⁶³ ve son olarak da 30.07.2009 tarihinde değiştirilmiştir.⁶⁴

StPO'nun 100a maddesi *iletişimin denetlenmesi* ve *kayda alınması* işlemlerinin hangi suçlara ilişkin olarak yapılabileceğini bizdeki 135. madde hükmüne benzer bir şekilde bir katalog suç grubu ihdas ederek düzenlemektedir. Devamındaysa 100b maddesi hükmüyle *denetleme kararları* ve *bunların alınması usulü*, 100c ve 100f maddeleri hükümleriyle *şüphelinin içinde bulunduğu konutlarda* ve *şüphelinin bulunduğu konut dışı alanlardaki konuşulanların dinlenmesi* ve *kayda alınması* (100d maddesi hükmüyle 100c maddesinde sözü edilen tedbire ilişkin *kara-*

⁶⁰ Özbek, Veli Özer/Kanbur, M. Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 555; Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Genişletilmiş 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 507; Yaşar/Gökcan/Arıtuç, s. 4097.

⁶¹ Almanya'da bu konuya ilişkin düzenlemeler ilk olarak 13.08.1968 tarihli kanunla CMK'ya ilave edilmiştir.

⁶² 22.06.2004 tarihli (BGBl. I, S. 1190).

⁶³ BGBl. I, S. 3198.

⁶⁴ BGBl. I, S. 2437.

rı ve bunun alınması usulü), 100g maddesi hükmüyle iletişimin tespiti,⁶⁵ 100h maddesi hükmüyle konut dışında görüntüleme ve teknik araçlarla izleme ve nihayet 100i maddesi hükmüyle de mobil telefonun cihaz numarasıyla yerinin ve içindeki SİM kartının numarasının tespit edilmesi konuları düzenlenmiştir.

Alman hukukunun bu düzenlemelerine göre, sadece suç şüphesi altında bulunan bir kimsenin iletişimi yine sadece ceza takip organlarıncı denetlenebileceğinden mağdurun iletişimin tespiti ve iletişimin bizzat mağdur tarafından kaydedilmesi, aynen bizde olduğu gibi esasen mümkün değildir.

Buna rağmen, iletişimin delil etmek amacıyla mağdurca kaydedilmesi sorununa *delil yasakları* ve *meşru savunma* çerçevesinde yaklaşılması mümkündür.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, Anayasa m. 38/6 ve CMK m. 217/2 çerçevesinde delil hukukumuzda hem ceza takip organlarını hem de özel şahısları kapsayacak şekilde hakim olan *mutlak yasak prensibi* benzer düzenlemeleri içermediğinden Alman hukuku bakımından geçerli değildir.

Gerçekten de delil yasakları kapsamındaki doğrudan düzenlemelerimiz çerçevesinde Alman hukukunda sadece CMK m. 148'e karşılık gelecek şekilde Alman CMK 136a maddesi hükmü bulunmakta buna karşılık Anayasa m. 38/6 ve CMK m. 217/2 anlamında bir genel ve mutlak yasaksa bulunmamaktadır.

Bu yüzden de yasak delili bir özel kişinin elde etmiş olması hali Almanya'da pekala bizden farklı olarak yorumlanabilmektedir.

⁶⁵ Önemle belirtmek gerekir ki, TKG'nin, telefon hizmeti sağlayıcılarına, kamuya açık telefonlarla yapılan görüşmelere ilişkin verilerin kayıt altına alınması ve bu kayıtların belirli bir süre saklanması hususunda getirmiş olduğu yükümlülüğü düzenleyen *Speicherungspflichten für Daten* başlıklı 113a maddesi Alman Anayasa Mahkemesi/Bundesverfassungsgericht (BVerfG)'nin 02.03.2010 tarihli (BGBl. I, S. 272) kararıyla Almanya Anayasası/Grundgesetz (GG)'nin *haberleşme hürriyetini* güvence altına alan *Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis* başlıklı 10. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmesiyle bu hükme atıf yapan Alman CMK'nın 100g maddesi de birinci fıkrasının ilk cümlesindeki bu göndermesi bakımından kısmen iptal edilmiştir olmaktadır.

Bu konuda öğretiyi hakim olan ve mahkemelerce de uygulanan görüş çerçevesinde, CMK'nın delil yasakları konusundaki düzenlemeleri sadece ceza takip organlarına yönelmiş olduğundan, hukuka aykırı yolla da olsa özel şahıslarca elde edilen bulgular yargılamalarda prensip olarak delil değeri kazanabilmektedir.⁶⁶ Ancak, bunun elde edilişi sırasında yapılan hukuka aykırılığın ağır bir insan hakkı ihlali olması hali ise bu uygulamaya istisnadır.⁶⁷

Netice olarak kendisine karşı telefonda bir suç işlendiği düşünceyle bu görüşmesini kaydeden kişinin bu kayıtları, pek ağır bir insan hakkı ihlali de ihtiva etmiyorsa, örneğin suç konusu dışında ve çok özel (intim) konuşmalar içermiyorsa, Almanya'da pekala delil olarak değerlendirilebilecektir.

Ancak bu sonuç bizde, az önce de vurgulandığı gibi, Anayasanın 38. maddesinin *kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların, delil olarak kabul edilemeyeceğine* ilişkin altıncı fıkrası ile CMK'nın *yüklenen suçun, ancak hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delillerle ispatlanabileceğinden* söz eden 217/2 hükümlerinin bu açık düzenlemeleri dolayısıyla mümkün değildir.

Haksız saldırının halen devam etmesi şartı bakımından bizde olduğu kadar rahat olmasa da, sorunu meşru savunma çerçevesinde çözmek, Alman hukuku çerçevesinde de mümkündür.

Bir kimsenin biriyle telefonla konuşurken, bu görüşmeyi gizlice kaydetmesi Alman Ceza Kanunu/*Strafgesetzbuch* (StGB)'nin konuşmaların mahremiyetinin ihlalini yaptırım altına alan 201. maddesi çerçevesinde esasen suçtur.

Ancak bu, bir hukuka uygunluk nedeni kapsamında yapılıyorsa⁶⁸ ki bir kimsenin, bunu, kendisine karşı, örneğin telefon vasıtasıyla hakaret veya tehdit suçu gibi eylemlerle muhatap olduğunda, bu suçun

⁶⁶ Roxin/Schünemann, 5. Kapitel, § 24, V ve orada zikredilenler.

⁶⁷ Bir kimsenin özel konuşmalarının banda kaydedildiği bir olayda, *Alman Yüksek Mahkemesi* (BGH) bunun ayrıca ceza yargılamasında da kullanılmasını, insan haklarının, kaydetmenin üzerine bundan bağımsız yeni bir ihlali olarak değerlendirmiştir, bkz. BGHSt, 14, S. 358.

⁶⁸ Graf, Jürgen P., *Gesetzes Kommentar, Beck'scher Online-Kommentar* (Stand 11.08.2009), S. 23, Rn. 97.

delili olmak üzere yapmış olması hali orada da meşru savunma içerisinde değerlendirilmektedir,⁶⁹ suçtan söz edilememektedir.

Bu sonuca ulaşmanın, Alman Ceza Kanunu'nun meşru savunmayı düzenleyen 32. maddesinin ikinci fıkrasındaki tanımında *halen devam eden bir haksız saldırıdan*⁷⁰ bahsedilmesine karşılık TCK'da *tekrarı muhakkak* haksız saldırılara karşı yapılan savunmaların da açıkça meşru sayılmasından ötürü bizde nispeten daha kolay olduğunu da belirtmek gerekir.⁷¹

Netice olarak ifade etmek gerekir ki, üzerinde tartışılan kayıtlar, bizde yasak delil kapsamında olduğundan, sorun sadece meşru savunma prensipleri çerçevesinde çözülebiliyorken, Almanya'da hem delil yasakları hem de meşru savunma mülahazaları ile benzer sonuca ulaşılabilir.

IV. Sonuç

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi imkanı, Türk hukukuna ilk olarak 1999 yılında, 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun "iletişimin dinlenmesi ve tespiti"ne ilişkin 2. maddesi hükmüyle girmiştir. Kurum daha sonra, 2005 yılında yürürlüğe giren CMK'nın 135-138. maddeleri hükümlerinde genel bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiştir.

CMK'nın bu düzenlemelerine göre telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi birbirinden farklı dört işlemle yapılabilir.

⁶⁹ Lackner, Karl/Kühl, Kristian, *Stragesetzbuch (Kommentar)*, 26. neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2007, § 201, Rn. 12.

⁷⁰ § 32/II StGB: "Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden" (Alman CK m. 32/2: "Meşru savunma, kişinin kendisine veya bir başkasına yönelik olarak halihazırda devam eden hukuka aykırı bir saldırıya karşı koyması için zorunlu olan savunmadır).

⁷¹ Tartışmalı olmakla birlikte (bkz. Wessels, Johannes/Beulke, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 40. überarbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2010, § 8, V, 1, Rn. 328), saldırının tekrarının muhakkak olmasının da *halen devam eden saldırı* kavramına dahil olduğu kabul edilse bile Almanya bakımından bu, ancak yorumla mümkün olabilmektedir. Bizde ise az önce açıklandığı gibi, kanunda açıkça belirtilmiş olduğundan bu husus tartışmasız kabul edilmektedir.

mektedir: İletişimi tespit etmek, iletişimi dinlemek, iletişimi kayda almak ve iletişime ait sinyal bilgilerini değerlendirmek.

Bu tedbir kapsamındaki bu işlemlere de yasal şartları dahilinde ancak şüpheli veya sanığa karşı başvurabilmektedir.

CMK'nın 135. maddesinin altıncı fıkrası hükmü gereği, dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemleri sadece orada katalog halinde sayılan suçlara ilişkin olarak yapılabilmektedir. Buna karşılık bu sınırlama, iletişimin tespiti işlemi bakımından geçerli olmayacağından bu tedbire bütün suçlara karşı yürütülen soruşturmalarda başvurulabilmektedir.

Hatta bunun da ötesinde, gerek öğretide gerekse uygulamada suçun aydınlatılması, suç faillerinin belirlenebilmesi, delilerin elde edilebilmesi şeklindeki pratik mülahazalarla ve CMK m. 135'teki sınırlamaların yalnızca şüpheli veya sanıklar bakımından öngörülmüş olduğu gerekçesiyle bu kurumun, telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişimin tespit edilmesi konusunda talebi, dolayısıyla da rızası bulunan, özellikle telefon vasıtasıyla işlenen hakaret, tehdit, cinsel taciz vb. suçların mağduru bakımından da uygulanabileceği genel olarak kabul edilmektedir.

Bu yaklaşımın özellikle suçların aydınlatılması ve böylelikle de maddi gerçeğe ulaşılması bakımından uygulamayı rahatlatığı da ayrı bir gerçektir.

Prensip olarak bu görüşü paylaşmakla birlikte ifade etmeliyiz ki, mağdurun iletişimin tespitinde CMK m. 135'teki usul ve esaslara uyulmasının zorunlu olmadığı ve uygulamanın önünün açılması gibi sadece pratik mülahazalarla bu sorunun halli mümkün değildir.

Mesele, bazı teorik sıkıntıları da bünyesinde barındırmaktadır. Zira mağdurun iletişiminin tespitiyle, bu tedbirin uygulandığı zaman zarfında gerek aranan gerekse arayan taraf olarak bu iletişimin diğer ucundaki muhatapların da mağdurla kurdukları iletişimlerinin zorunlu olarak yapılan tespitlerinin Anayasa'nın 22. maddesi hükmüyle güvence altına alınmış bulunan haberleşme hürriyetlerine bir müdahale anlamına geldiği unutulmamalıdır.

Bu kapsamda ele alınması gereken bir diğer önemli sorun da bir suç mağdurunun kendisini telefonla arayan kişiyle girdiği iletişimi

kayda alıp alamayacağı, kayda aldığı bu iletişime ilişkin bilgileri ceza takip organlarıyla paylaşıp paylaşamayacağı meselesidir.

Telefon vasıtasıyla kendisine karşı suç işlenen kişinin, aranması üzerine telefonunu açmasıyla yaptığı görüşmeyi kaydedebileceği ve bu kayıtların da pekala delil değeri kazanabileceği ileri sürülmekte ve bu tarafımızca da kabul edilmektedir.

Meşru savunma çerçevesinde hareket ettiğinden, üzerinde durulan sorunda mağdurun eyleminin haberleşmenin gizliliğini ihlal veya kişiler arasındaki konuşmaların kayda alınması ya da benzeri başka bir suça vücut vermediği gibi yapmış olduğu kayıtların da hukuka uygun olarak ele geçirilmiş olduklarından pekala delil olarak değerlendirilebileceği kuşkusuzdur.

KAYNAKLAR

- Bıçak, Vahit, *Suç Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.
- Erdağ, Ali İhsan, "Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmemiş Olan Delillerin Durumu (Yasak Deliller)", *Hukuk Dosyası*, Yıl: 1, Sayı: 1, (Ocak, 2009), s. 23-26.
- Erdem, Mustafa Ruhan, *Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001.
- Erdem, Mustafa Ruhan/Özbek, Veli Özer, "4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi", *Prof.Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını*, İzmir, 2000, s. 249-303.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 12 Eylül 2010 Tarihli Halkoylamasıyla Kabul Edilen 5982 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanununa Göre Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2010.
- Graf, Jürgen P., *Gesetzes Kommentar, Beck'scher Online-Kommentar* (Stand 11.08.2009), S.1-37.
- Hakeri, Hakan/Ünver, Yener, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Temel Bilgiler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- Kaymaz, Seydi, *Ceza Muhakemesi'nde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, (Kaymaz-I).

- Kaymaz, Seydi, "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişiminin Denetlenmesinin Bir Koşulu Olarak Başka Suretle Delil Elde Etme İmkânının Bulunmaması", *Fasikül, (Aylık Hukuk Dergisi)*, Yıl: 2, Sayı:3, (Şubat, 2010), (Kaymaz-II), s. 41-46.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2008.
- Küçük, Adnan, *Anayasa Hukuku*, Orion Kitabevi, Ankara, 2008.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian, *Stragesetzbuch (Kommentar)*, 26. neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2007.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami, "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi", *Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri-II*, EGM Yayın Katalog No: 444, Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayın No: 43, Ankara, 2008, s. 405-418.
- Meran, Necati, *Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, Seçki Yayınevi, Ankara, 2007.
- Özbek, Veli Özer, *CMK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, (Özbek-I).
- Özbek, Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, (Özbek-II).
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, M. Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Bası*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.
- Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa R./Sırma, Özge/Saygılar, Yasemin F./Alan, Esra, *Nazari Ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (Ders Kitabı)*, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, *Strafverfahrensrecht*, 26., völlig neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2009.

- Seyfettinoğlu, Ümit, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Türk Hukukunda Özel Hayat Kapsamında Haberleşmenin Gizliliği*, (Mustafa Kemal Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Hatay, 2010.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Şafak, Ali/Bıçak, Vahit, *Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis*, 6. Baskı, Roma Yayınları, Ankara, 2005.
- Şahin, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, (Şahin-I).
- Şahin, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, (Şahin-II).
- Şen, Ersan, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 2, S.: 4; (Ağustos, 2007), s. 97-135 (Şen-I).
- Şen, Ersan, *Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir*, Genişletilmiş-Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010 (Şen-II).
- Taşkın, Mustafa, *Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Genişletilmiş 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2008.
- Turhan, Faruk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 40. überarbeitete Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2010.
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt III (madde 86-146), Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Yokuş Sevük, Handan, “Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Olarak Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler”, *TBB*, S.: 67, (Kasım-Aralık 2006), s. 97-124.
- Yenisey, Feridun/Altunç, Sinan, “İletişimin Denetlenmesi Hakkında”, *Sulhi Dönmezer Armağanı, Türk Ceza Hukuku Derneği ve Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı Yayını*, C. II, Ankara, 2008, s. 1295-1319.