TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ



İLETİŞİM ÖZGÜRLÜĞÜNE MÜDAHALE

PANEL

ANKARA, ARALIK 2009

Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 172
TBB İnsan Hakları Merkezi Yayını : 12

İletişim Özgürlüğüne Müdahale

ISBN: 978-605-5614-22-5

© Türkiye Barolar Birliği
Birinci Baskı: Nisan 2011, Ankara

Türkiye Barolar Birliği
Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad.
Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06520 Balgat – ANKARA
Tel: (312) 292 59 00 (pbx)
Faks: 312 286 55 65
www.barobirlik.org.tr
yayin@barobilik.org.tr

Baskı
Şen Matbaa
Özveren Sokağı 25/B
Demirtepe-Ankara
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

İLETİŞİM ÖZGÜRLÜĞÜNE MÜDAHALE

PANEL

Ankara, Aralık 2009

İÇİNDEKİLER

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Prof. Dr. Rona AYBAY
Türkiye Barolar Birliği
İnsan Hakları Merkezi Başkanı 9

Av. Berra BESLER
Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı.....14

OTURUM

Av. Vedat Ahsen COŞAR
Ankara Barosu Başkanı - Oturum Başkanı 19

Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM 26

Av. Serkan CENGİZ 35

Yrd. Doç. Dr. Murat ÖNOK 49

Hamdi Yaver AKTAN 88

İletişim Özgürlüğüne Müdahale Paneli

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Sunucu: Değerli konuklar, 10 Aralık İnsan Hakları günü dolayısıyla Türkiye Barolar Birliği'nin düzenlemiş olduğu *"İletişim Özgürlüğüne Müdahale"* konulu panelimize hoş geldiniz. Bildiğiniz üzere kişi hak ve özgürlüklerinin dünya çapında güvence altına alındığı 30 maddeden oluşan İnsan Hakları Evrensel Bildirisi 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun Paris'te yapılan oturumunda kabul edilmiştir. Bildiri'nin imzalanmasında, II. Dünya Savaşı'ndan sonra devletlerin bireylere tanınan hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması konusunda birleşmeleri etkili olmuştur. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin hazırlanmasına büyük katkı sağlayan Amerika Birleşik Devletleri Başkanı Franklin Roosevelt'in eşi Eleanor Roosevelt, bu bildiriyi bütün insanlık için bir *Magna Carta* olarak nitelendirmiştir. Bildiri'nin imzalandığı 10 Aralık tüm dünyada dünya insan hakları günü olarak kutlanmaya başlamıştır. Bugünkü panelimizin konusunu oluşturan iletişim özgürlüğü de kuşkusuz temel hak ve özgürlükler kapsamında büyük önem taşımaktadır. Ben sözü daha fazla uzatmak istemiyorum ve panelimizin açılış konuşmasını yapmak üzere İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Başkanı Prof. Dr. sayın Rona Aybay'ı kürsüye davet ediyorum.

RONA AYBAY'IN KONUŞMASI

Prof. Dr. Rona AYBAY (Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Başkanı) : Sayın baro başkanlarımız, değerli konuklar, sayın meslektaşlar ve sayın meslektaş adayı stajyer avukat arkadaşlarımız… Sizleri merkezimin adına sevgilerle, saygılarla selamlıyorum, hoş geldiniz diyorum. TBB İnsan Hakları Merkezi, yurdumuzun hukuk uygulamasında öne çıkan ya da

öne çıkma işaretleri veren konularda ciddi, kalıcı çalışmalar ve araştırmalar yapmayı amaç edinmiştir. Bu etkinliklerimizden birkaç örneği kısaca belirtmek isterim:

Savcılık kurumu ve savcıların hukuksal statüsü, bugün başlıca tartışma konuları arasındadır. Biz 2006 yılında bu konuda uluslararası bir sempozyum düzenledik. Bu toplantının bilgilerini, Avrupa'nın çeşitli ülkelerindeki uygulamaları ve tartışmaları da içeren bir cilt halinde yayımladık.

2007 yılında, Anayasa konusundaki tartışmaların yoğunlaştığı bir dönemde, Türkiye Barolar Birliği Yönetimi'nin isteği üzerine, 190 maddeden oluşan bir *"Anayasa Önerisi"*ni, genel gerekçe ve madde gerekçeleriyle hazırlayarak kitap halinde ilgililere ve kamuya sunduk.

Hükümlülerin ve tutukluların sağlık sorunları Türkiye'de özellikle son zamanlarda öne çıkan bir konu olmuştur. Kısaca *"normal"* ya da *"sağlam"* sayılan insanlara uygulandığında, işkence ve eziyet kavramına girmeyen bir muamele, *"engelli"* bir kişiye yapıldığında eziyet ve işkenceye dönüşebilmektedir. Bu konuda da, Antalya Baromuzla ortak bir sempozyum düzenledik; 2008 yılında görüşmeleri ve sonuç bildirgesini içeren bir kitap yayımladık.

Bu bağlamda, tutukluluğun da önemle üzerinde durulması gereken bir sorun haline gelmiş olduğuna değinmek yerinde olacaktır. Hepimizce bilindiği üzere, tutuklama bir *"ceza"* değil bir önlemdir; hangi hallerde ve hangi koşullarla uygulanacağı, kanunda oldukça açık biçimde gösterilmiştir. Kanunda belirtilen tutuklanma nedenlerinin geniş yorumlanması ve tutuklama kararının kolayca verilmesi, uzayıp giden tutukluluk süreleri, peşin verilmiş bir ceza gibi algılanmaktadır.

Sonuç olarak, tutuklu, dava sonunda aklansa bile, aklanmanın sevinci ciddi biçimde gölgelenmektedir.

Öte yandan, acil durumlarda, hasta tutuklunun uygun bir sağlık kurumuna sevkinin zamanında sağlanmaması yüzünden ölümlerin olabildiği de unutulmamalıdır.

Tutuklu sayısının fazlalığı ve uzayan tutukluluk süreleri; tutukluluk kararının hukuk devleti açısından gelişmiş olan ülkelere oranla Türkiye'de daha kolay verilebildiğini gösteriyor. Güncel ve önemli bir sorun halini almış olan tutukluluk konusunu da bütün boyutlarıyla ve karşılaştırmalı olarak inceleyecek bir çalışmayı Merkezimizde başlatmış bulunuyoruz. Bu konuda da kapsamlı bir yayın yapmayı planlıyoruz.

Bugün de, yine son derece güncel ve önemli bir sorun haline gelen, "*iletişim özgürlüğüne müdahale*" konusunda yetkili uzman hukukçular, bizleri aydınlatacaklar. Bu değerli konuşmacıların sunacakları bildirileri de bir kitap halinde yayımlamayı umuyoruz.

İnsan hakları konulu karikatür sergilerimize de bu bağlamda değinmek isterim. Karikatür, sadece gülünüp geçilecek bir şey sayılmamalıdır. Usta bir karikatürcü, insan haklarıyla ilgili bir doğruyu, herhangi bir kitabın yapabileceğinden çok daha kolay yoldan halka ulaştırabilmektedir. Türk karikatürcüleri, uluslararası düzeyde üne ulaşmış, çeşitli yabancı ülkelerde açtıkları sergilerle, aldıkları ödüllerle yüzümüzü ağartmışlardır. Bu yıl dördüncüsünü düzenlediğimiz karikatür sergimizi gezerken, sizlerin de karikatürcülerimizin yapıtlarını beğeneceğinizi umuyorum.

Bugün, 10 Aralık İnsan Hakları Günü. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, 10 Aralık 1948'de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca, Türkiye'nin de olumlu oyuyla, kabul edilmişti. Evrensel Bildiri'nin "*Başlangıç*" bölümünde belirtildiği üzere, insan haklarının hor görülmesi, barbarca eylemlere yol açar; insanlık vicdanını isyana yöneltir. Evrensel Bildiri anlamında çağdaş ve özgür bir toplumdan söz edebilmek için, o toplumu oluşturan insanların "*korkudan kurtulmuş*" olmaları en başta aranan bir koşuldur. Bu anlamda "*korkudan kurtulma*" insanların, hukukun düzgün biçimde uygulanan yaptırımları dışında hiçbir kaygı ve korku duymaması demektir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin resmi Türkçe çevirisi 27 Mayıs 1949 tarihli *Resmi Gazete*'de yayımlanmıştır. Ancak, bu çevirinin pek başarılı olduğu söylenemez. Kimi hükümler nedense atlanmış, kimi yerde de anlamı etkileyecek ölçüde yanlışlıklar yapılmıştır.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin, düzeltilmiş ve notlanmış tam bir çevirisi Merkezimizce hazırlanıp, bir kitapçık olarak yayımlanmıştır. Böylece, bu önemli bir eksikliği giderdiğimize ve bu tarihi belgenin daha iyi anlaşılmasına hizmet ettiğimize inanıyoruz. İnsan Hakları Günü yaptığımız bu toplantı vesilesiyle, Türkiye'nin insan hakları sorunları konusunda kısa bazı gözlemlerimi sizlerle paylaşmak istiyorum. *"İnsan Hakları"* kavramını, *"Temel Hak ve Özgürlükler"*, *"Kamu Özgürlükleri"* gibi adlarla anılan haklardan ayıran temel özellik; konunun uluslararası boyutudur. Anayasa Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku gibi iç hukuk dalları alanına giren denetimler, belli bir devletin ülkesi içinde başlar ve yine aynı ülke içindeki organlarca şu ya da bu biçimde sonuçlandırılır.

Oysa *"insan hakları"* kavramı, haklar ve özgürlükler alanındaki sorunlarda uluslararası *boyutta* birtakım belgelerin ve denetim düzeneklerinin kabul edilmesi anlamına gelir. Bu alandaki uluslararası denetim; nitelik ve işleyiş bakımından farklı organlarca yürütülür. Bu organların çoğu, *"yargı organı"* değil, daha çok siyasal nitelikli *"komite"*, *"komisyon"*, *"konsey"* gibi adlarla anılan oluşumlardır.

İnsan hakları alanındaki denetim en somut ve etkili biçimini uluslararası bir insan hakları mahkemesi aracılığıyla kazanır. Ancak, günümüz dünyasında insan haklarının korunması amacıyla görev yapan ve gerçek bir yargı organı niteliği taşıyan kuruluşların sayısı son derecede azdır. Bunlar arasında da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yarım yüzyılı aşan deneyimi ve yıllar içinde oluşan içtihatlarıyla, benzerlerinden çok ilerde bir kurumdur. Bir anlamda *"tek"* olduğunu bile söyleyebiliriz. Bilindiği gibi, Türkiye de, bir Avrupa Konseyi üyesi devlet olarak bu mahkemenin yetki alanı içindedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sisteminin işleyişi bakımından, dikkatlerden kaçmaması gereken çok önemli bir gerçek vardır: Bizzat AİHM'nin kararlarında ve başkanların yaptığı resmi konuşmalarda açıkça ve ısrarla belirttiği gibi, insan hakları konusundaki uluslararası yargısal denetim ancak ikincil, yani *"tamamlayıcı"* niteliktedir. Asıl olan, her üye devlette düzgün ve etkili biçimde işleyen bir yargı sisteminin var olmasıdır.

Devletin yargı sistemi, düzgün, bağımsız ve tarafsız biçimde işlediği ölçüde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin o devletle ilgili iş yükü azalır.

Başka bir deyişle, İnsan Hakları ülküsünün gerçekleşmesinde, bağımsızlığına ve tarafsızlığına güvenilen, bir yargı sisteminin ulusal düzeyde varlığı en temel koşullardan biridir. Her toplumda, her devirde şu ya da bu biçimde ortaya çıkabilecek hukuka aykırı davranışların en sağlıklı ve kalıcı çözümü *öncelikle* ulusal düzeyde düzgün işleyen bir yargı sisteminin işidir.

AİHM'ye Türkiye aleyhine yapılan başvuruların, sayıca ilk sıralarda yer aldığı bilinen bir gerçektir. Bu başvurular, sadece sayı olarak değil, şikayet konularının çeşitliliği ve kapsamının genişliği bakımından da dikkat çekicidir.

Bu başvuruların sayıca fazlalığı Avrupa Konseyi üyesi devletler arasında nüfusumuzun görece büyüklüğü ile açıklanacak ölçüyü aşmış bulunmaktadır. Kişisel kanıma göre, bu durum yargı sistemimizde çok ciddi sorunlar olduğunun bir göstergesidir. Kısacası, ortada acı bir gerçek vardır, halkımız Türkiye'de bulamadığı adaleti, Strazburg'da arar hale gelmiş görünmektedir.

En başta yargıçlar olmak üzere yargı işlevinin yerine getirilmesinde görev alan kişilerin; gerek meslek bilgisi ve deneyimi, gerek ahlak ve erdem yönlerinden örnek düzeyde olmaları, toplumun esenliği açısından zorunludur. Sağlıklı bir toplum düzeninin varlığı bakımından son derecede önemli görevler üstlenen yargıçların ve öteki yargı görevlilerinin maddi ve manevi esenliklerinin sağlanması, görevlerini huzur içinde yapabilecekleri ortamın hazırlanması devletin önde gelen ödevlerinden sayılmalıdır.

Mahkemelerin bağımsız olmaları kadar yargıçların güvencesi de, çağdaş hukukun işlemesi bakımından vazgeçilmez önemdedir. İHEB'nin 10. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi bu konuda temel ilkeleri belirtmiştir. Bu ilkelerle ilgili olarak oluşturulmuş içtihatlara göre yargı

RONA AYBAY'IN KONUŞMASI

organlarının; düzgün çalışan, ciddi kurumlar olması elbette çok önemlidir ama yeterli değildir. Çağdaş hukuk devletinde, bunlara ek olarak, mahkemelerin güvenilir kurumlar olduğu konusunda *halkın inancı* da önemlidir.

Türk yargısını halkın algılayışında adaletin *birincil* adresi durumuna getirmek için neler yapılması gerektiğini araştırmak, hepimize düşen bir görev sayılmalıdır. Bu görevin nasıl yerine getirileceği konusunda görüşler geliştirecek, öneriler yapacak deneyim de, bilgi de Türkiye'de vardır. Yargıcıyla, avukatıyla, savcısıyla, üniversite öğretim üyesiyle, herkes birikimini ortaya koyarak; Türkiye'de bağımsız, düzgün işleyen, halkın tam güvenine sahip bir yargı sisteminin oluşmasına katkıda bulunmalıdır. Doğaldır ki, bütün bu görüşlerin önerilerin, yaşama geçirilmesi ve gerçekleştirilmesi ancak siyasal iktidarların iyi niyetli çabalarına bağlı olacaktır.

Bu yönde özenli çalışmalar yapmak yerine, *"kendi"* yargıçlarını yaratmaya çalışan siyasal iktidarlar, bizde de başka ülkelerde de görülmemiş değildir. Ama tarih, bu tür girişimlerin, kısa dönemde başarıya ulaşmış gibi görünse de, sonuçta herkes için ve ülke için büyük zararlar doğurduğunu gösteren örneklerle doludur. Bu örneklere yenilerinin katılmaması en içten dileğimizdir.

Sunucu: İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Başkanı Prof. Dr. sayın Rona Aybay'a teşekkür ediyoruz. Şimdi de konuşmalarını yapmak üzere Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı Av. sayın Berra Besler'i kürsüye davet ediyorum.

BERRA BESLER'İN KONUŞMASI

Av. Berra BESLER (Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı) : Sayın konuklar, değerli meslektaşlarım, baro başkanlarım, basınımızın seçkin temsilcileri ve her zaman bana heyecan veren hukuk devletinin teminatı ve mesleğimizin geleceği olarak gördüğüm ve bu düşüncemden de yaşamım boyunca hiç vazgeçemeyeceğim genç stajyer avukat meslektaşlarım… Hoş geldiniz, onur verdiniz.

10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin kabul edilmesinin 61. yılı dolayısıyla bir etkinlik düzenledik.

Bu etkinliğin özellikle genç meslektaşlarımız açısından çok yararlı olacağına inanıyorum. İnsanın yalnızca insan olmasının gereği olarak sahip olduğu doğal haklar uygarlık tarihinin başlıca konusudur. Bir başka ifadeyle uygarlık ancak insan hakları bilincinin geliştiği ölçüde yükselmiş, bu bilincin köreltildiği dönemlerde de karanlığa gömülmüştür.

Değerli meslektaşlarım, değerli konuklar; kuşkusuz insan hakları devlet kavramları sıkı bir ilişki içindedir. Bireyin devletle ilişkisi çerçevesinde tiranlara, imparatorlara, krallara karşı verilen insan hakları mücadelesinde nice büyük düşünürler işkencelerden geçmiş, nice cesur insanlar hayatını yitirmiştir. Ortaçağda dini kurumların dayattığı dogmalar insan özgürlüğüne ve aklına, dolayısıyla bilimin ve uygarlığın gelişmesine büyük sekte vurmuş, insanlık bu karanlık çağdan yüzyıllar süren bir savaşımla büyük kayıplar vererek çıkabilmiştir. 1215 tarihli *Magna Carta Sözleşmesi* birey hakları karşısında bildiğiniz gibi kralın yetkilerini kısıtlayan ilk belge olarak kabul edilirken, XVII. ve XIX. yüzyıllar temel insan haklarının anayasalarda yer alması mücadelelerine sahne olmuştur. XX. yüzyılda ulusal düzeyde sürdürülen insan hakları mücadeleleri milyonlarca kişinin yaşamını yitirdiği ve insan onurunun büyük darbe aldığı II. Dünya Savaşı dramından sonra evrensel boyutta ele alınabilmiştir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarihinde Paris'te yaptığı toplantıda Türkiye'nin de içinde bulunduğu 48 ülkenin oyçokluğuyla kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi bu açıdan önemli bir dönüm noktasıdır. İnsan hakları konusunun devletlerin iç hukuk sorunu olmaktan çıkıp evrensel koruma altına alınmasıyla devletler arasındaki ilişkileri düzenlemekle yetinen geleneksel uluslararası hukuk anlayışı da yeniden şekillenmiştir.

Bildiri'yi takiben, başta Birleşmiş Milletler olmak üzere, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi çerçevesinde hazırlanan sözleşmeler ve diğer hukuki belgelerle, evrensel hukuk inşa edilmiştir. Değerli konuklar, insan haklarını esas alan evrensel hukukun öngördüğü çoğulcu demokratik sistemler sözleşmelere taraf olan dev-

letlere bireyin hak ve özgürlüklerini güvence altına almak ve bu hakkın kullanımı için gerekli koşulları sağlamak yükümlülüğünü getirirken siyasal iktidarların insan haklarını ihlal eden uygulamalarını da denetim altına almıştır. Ne var ki bütün bu çabalara rağmen dünya üzerinde yaşayan 6, 5 milyarı aşkın insandan ne kadarının en temel insan haklarını kullanabildiği sorusu gene vicdanları sızlatmaya zannediyorum yetecektir. Gelişmiş demokrasilerde hukuk devletinin varlığı ve sivil baskı gruplarının etkinliklerine paralel olarak kısmen korunabilen insan hak ve özgürlükleri otoriter ve totaliter yönetimlerin baskısı altında yaşayan toplumlarda hayata bildiğiniz gibi geçememektedir. İnsan haklarının temelinde insan onuru vardır. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi insan onuruna vurgu yaparak başlar. Bildiri temel hakları sıralarken de insan onurunu esas alır. Öyleyse insanlık onurunu kıran işkence ve cezaların neden sürdüğünü, dünyanın özgürlük, adalet ve barış temeline neden oturamadığını, insanlığın korkudan ve yoksulluktan neden kurtarılamadığını, kadın erkek eşitliğinin neden sağlanamadığını, eğitim ve sağlık haklarından bireylerin eşit olarak neden yararlanamadığını, ifade özgürlüğünün neden yeterli ölçüde kullanılamadığını ve huzur ve güvenin neden tesis edilemediğini, bu ve benzer soruları bıkıp usanmadan gündeme getirmek, insan haklarını ihlal edenleri sorgulamak, evrensel hukukun yaygınlaşması için mücadele etmek ve bu hakların sadece ve sadece metinlerde kalmasını değil, uygulamaya geçmesini hedeflemek hem hepimizin hakkıdır, hem de görevimizdir.

İnsan hakları mücadelesi her şeyden önce vatandaşlık bilinciyle yapılır. Ulusal bağımsızlığımızın temeli olan Cumhuriyetimiz bilinen, yaşanan engellere rağmen ülkemizde vatandaşlık bilincini oluşturmada büyük bir yol kat etmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ni kabul eden ülkeler arasında yer alan ülkemiz, yani Türkiye Cumhuriyeti Devleti Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de dahil olmak üzere evrensel hukukun ürünü olan sözleşmelerin de tarafıdır. Anayasa'nın Cumhuriyetin temel niteliklerini belirten ve değiştirilemez 2. maddesi Türkiye Cumhuriyeti'ni, başlangıç kısmında yer alan *"kuvvet-*

*ler ayrılığı ilkesi"*ne dayanan, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde insan haklarına saygılı, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olarak tanımlar. Ne var ki yaşanan son olaylar insan haklarının güvencesi olan hukuk devletini sarsan uygulamaların yanı sıra temel insan haklarından olan iletişim özgürlüğünü de ortadan kaldırmaya yönelik gelişmeler göstermektedir. Bu uygulamalara her gün yeni olaylarla tanık oluyoruz.

Kuruluşundan bu yana, hak ve özgürlükleri, barış ve kardeşliği, hukuk devletini ve hukukun üstünlüğünü savunan Türkiye Barolar Birliği, Avukatlık Kanunu'nun bizlere yüklediği görev ve sorumluluk anlayışımızla insan haklarına dayalı, demokratik, laik, sosyal hukuk devletinin bütün kurum ve kurallarına işlerlik kazandırmak yolundaki mücadelesini, bugün de olduğu gibi, bundan sonra da devam etme kararlılığındadır.

Değerli konuklar, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin bugün kutladığımız 61. yıldönümü dolayısıyla, güncelleşmeleri de dikkate alarak, *"İletişim Özgürlüğüne Müdahale"* başlıklı, bugünkü paneli düzenledi. Bu panelden hepimizin gerek bilimsel yönüyle, gerek uygulamalar açısından gerçekten çok faydalanacağımıza inanıyorum. Bugünkü etkinliği, bugünkü çalışmayı düzenleyen İnsan Hakları Merkezimizin Başkanı çok değerli hocam Prof. Dr. Rona Aybay'ı bu çalışmalarından dolayı gerçekten kutluyorum. Panele konuşmacı olarak katılan değerli konuklarımıza ve panelin ardından karikatürleriyle İnsan Hakları ve Çocuk Hakları adlı sergide emeği geçen sanatçı dostlarımıza da şükranlarımı sunuyorum. Etkinliğe katılarak bizlere güç verdiğiniz için hepinize çok teşekkürler ediyor ve saygılar sunuyorum.

İletişim Özgürlüğüne Müdahale Paneli

OTURUM BAŞKANI
Av. Vedat Ahsen Coşar
Ankara Barosu Başkanı

Sunucu: Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı Av. Sayın Berra Besler'e konuşmalarından dolayı çok teşekkür ediyoruz. İletişim özgürlüğüne müdahale konusunun tartışılacağı panelimize geçmek istiyoruz. Panelimizin oturum başkanlığını Ankara Barosu Başkanı Av. sayın Vedat Ahsen Coşar yapacaklar. Kendilerini davet ediyorum.

Diğer panel konuşmacılarımızı da davet etmek istiyorum, Anayasa Mahkemesi Onursal Üyesi Prof. Dr. Sayın Fazıl Sağlam, Yargıtay 8. Dairesi Üyesi Hâkim Sayın Hamdi Yaver Aktan, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Üyesi Av. Sayın Serkan Cengiz ve Koç Üniversitesi öğretim görevlisi Yrd. Doç. Dr. Sayın Murat Önok.

Panelimizin sonunda gerçekleştirilecek olan kokteylimize ve karikatürlerle insan hakları, çocuk hakları konulu karikatür sergimize katılımlarınızı bekliyoruz. Ben sözü Ankara Barosu Başkanı Av. Sayın Vedat Ahsen Coşar'a bırakıyorum. Teşekkür ederim.

Av. Vedat Ahsen COŞAR : Türkiye Barolar Birliği'nin değerli yöneticileri, değerli konuklar, sevgili meslektaşlarım, sizleri, başkanı olduğum Ankara Barosu adına, kendi adıma sevgi ve saygı ile selamlıyorum.

Sayın konuşmacılara söz vermeden önce izninizle genel olarak özgürlük, özel olarak haberleşme ve iletişim özgürlüğü üzerine kısa bir sunuş yapmak istiyorum.

Kadim bir gerçeklik olan iletişim olgusunun özünü, insanın paylaşmaya gereksinim duyması oluşturur. Öyle olduğu için insan yaşamının neredeyse tamamı iletişim faaliyetlerini kapsar. Bu süreçte gerek kurduğumuz iletişim biçimleri, gerekse kullandığımız iletişim araçları ile başkalarını etkilemeye, değiştirmeye çalışırız, ama aynı zamanda kendimizi de hem etkilenmeye, hem de değiştirmeye açarız.

Teknolojik buluşlara bağlı olarak günümüzde artık büyük ölçüde elektronikleşen iletişim, elektronik iletişim araçları sayesinde hem kolaylaşmış ve hızlanmış, hem de kitleselleşmiştir.

Sonuç itibarı ile posta, telgraf, telefon, faks, uydu, bilgisayar, internet, e-mail gibi haberleşme araçları, gazete, radyo, televizyon gibi kitle iletişim araçları ile bunların oluşturduğu ağ ve kültür sayesinde dünyamız "küresel bir köy"e dönüşmüştür.

Her nimetin bir külfeti olduğu gibi, gerçekten bir nimet olan günümüzün son derece gelişmiş haberleşme ve iletişim araçları, artık bir külfet, bir eziyet, bir korku haline gelmiştir. Bir zamanlar çok az haber aldığımızdan yakınan bizler, şimdilerde uğradığımız haber bombardımanı ve manipulasyonu karşısında, İngilizlerin özlü biçimde ifade ettikleri gibi "no news, good news", yani "en iyi haber, hiç haber olmamasıdır" aşamasına geldik.

Nimet/külfet ilişkisinin külfetle ilgili birinci yönü bu, ikinci yönü ise; hem Anayasamızla, hem de taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerle güvence altında olan haberleşme özgürlüğünün ve gizliliğinin tehdit altında bulunması, bu bağlamda pek çok kişinin dinlenilme korkusu içinde olmasıdır.

Bugün burada ve az sonra, değerli konuşmacılarımız haberleşme ve iletişim özgürlüğüne yönelik müdahaleler ve tehditler konusunda görüş ve düşüncelerini açıklayacaklar.

Gerçekte siyasi bir kavram olan, çoğu zaman ve pek çoğumuz tarafından duygusal cazibesiyle karıştırılarak kullanılan özgürlük, açıklanması gerçekten güç bir kavramdır.

Eşitlikçi liberal felsefeciler, bireysel özgürlükleri çok fazla önemli ve değerli bulurken, iktisadi özgürlükler söz konusu olduğunda o kadar cömert davranmazlar.

Özgürlük kavramına daha bağımsız yaklaşan kimi çağdaş siyaset felsefecileri, benlik, rasyonalite anlayışları, ahlak sistemleri, siyasal tercihler, farklı hayat tarzları arasında ayrım yapmaksızın, özgürlüğü sadece kavram olarak ele alarak açıklarlar.

Marx'ın geliştirdiği felsefe bağlamında özgürlük, edinilmiş haklar toplamı olmayıp, bir süreçtir. Özgürlüğü insani faaliyetin evrenselliği olarak tanımlayan Marx'a göre, insan, ken-

disini aşan, kendi sınırlarını sürekli olarak genişleten yaratıcı bir varlıktır. Onun için Alman İdeolojisi'nde Marx, özgürlüğü 'tüm yönlerde yeteneklerini geliştirme olanağına sahip olma' olarak tanımlar, Komünist Manifesto'da 'herkesin özgür bir biçimde gelişmesi' gerektiğine vurgu yapar.

Sade insanlar olarak, felsefi tartışma ve tanımlamaların dışında kalan bizler, özgürlüğü, toplumsal ilişkilerimizde ortaya çıkan kimi sınırlamalar bağlamında düşünür ve o nedenle gündelik konuşmalarımızda, özgürlüğü, sınırlamaların ya da engellerin olmaması olarak anlar ve tanımlarız.

Ama gerçek öyle değildir. Jean - Jacques Rousseau'nun, 'İnsan özgür doğdu, ama etrafında zincirler vardı' derken kast ettiği gibi, özgürlüklerimizle ilgili sınırlamalar vardır ve de bu sınırlamalar çok çeşitlidir. Ne var ki, çağdaş siyaset felsefecisi Norman P. Barry'nin yaklaşımı ile, özgürlükle ilgili her türlü önerme belirli yasakları ve sınırlamaları göstermedikçe ciddi olarak eksiktir.

Aynı biçimde, siyasi düşünce bağlamında, sadece özgürlüğü, özgür bir toplumu talep edenler, hangi sınırlamaların kaldırılmasının gerekli olduğunu ortaya koymadıkça tutarlı davranıyor sayılamazlar.

Tüm toplumlarda ve bütün zamanlarda, özgürlükler bağlamında değişik türden kısıtlamalar mevcut olmakla, toplum içinde ve başkaları ile birlikte yaşamaktan vazgeçmeyi ve tamamen kendi kendisine yeten bir hayat yaşamayı seçen bir münzevinin çığlığından söz etmiyorsak eğer, sınırsız ve engel tanımayan bir özgürlük anlayışını savunmak ve bunu talep etmek hem anlamsız ve hem de mümkün değildir.

O halde, özgürlük, sınır ve kural tanımamayı değil, toplumları izin verdikleri toplam özgürlük miktarı bakımından karşılaştırmak ve eleştirmek koşuluyla, sınırları ve kuralları hukukla belirlemeyi gerektirir.

Her ne kadar, faydacı kuramı ile ünlü İngiliz Hukukçusu ve düşünürü Bentham, 'yürürlüğe konulan her yasa bir özgür-

lük ihlalidir' diyerek, yasa ile özgürlüğü birbirinin düşmanı olarak göstermekte ve özgürlükle, özgürlüğünün sınırlanması arasındaki zorunlu dengeye, ancak toplumsal yarara yapacağı katkıyla ulaşılabileceğini savunmakta ise de, elimizde hazları derecelendirebilecek, ortak faydayı ölçebilecek bir alet olmamakla, değişik türden sınırlanmaların fayda bağlamında karşılaştırılması mümkün değildir.

Sanırım bu konudaki doğru yaklaşım, kendisini büyük İngiliz düşünürü Locke'la ifade eden gelenekçi liberal anlayıştır. Bu anlayışın çerçevesini Locke, meşhur ifadesi ile 'Hukukun amacı, özgürlükleri kaldırmak veya kısıtlamak değil, aksine onu korumak ve genişletmek' olarak çizer.

Locke'un, daha genel bir ifade ile liberal geleneğin izini süren Hayek'e göre, 'Her kanun kötü değildir. Hukuki çerçeve, özgürlük için akılcı bir zorunluluktur. Bir bütün olarak özgürlük ve onun bir parçası olarak özgür eylem, ancak önceden bilinen kurallardan oluşan hukuki bir çerçeve içinde mümkündür.'

Sonuç olarak diyeceğim şu ki, her özgürlük gibi, haberleşme özgürlüğü de, iletişim özgürlüğü de kamu düzeninin gerektirdiği sınırlar içersinde, kabul edilebilir nedenlere bağlı kalarak kişilik haklarına, haberleşme ve iletişim özgürlüğünün özünü oluşturan gizlilik ilkesine uymak koşuluyla ve istisnai olarak sınırlandırılabilir. Ama herhalde bu sınırlama ve müdahalelerin, örnekleri totaliter devletlerde görülen biçimde, yani "Büyük abi sizi gözlüyor." biçiminde olmaması gerekir.

Bu arada gelen telgraflar var, izninizle o konuda da sizleri bilgilendirmek istiyorum. Sedat Kızılcıklı, Bursa Milletvekili: Nazik davetinize üzülerek katılamıyorum. Düzenlemiş olduğunuz panelin coşku içinde geçmesini diler, şahsınızda size ve tüm katılımcılara sevgi ve saygılarımı sunarım.

Nevzat Pakdil, Kahramanmaraş Milletvekili, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanvekili: Önceden belirlenen programım nedeniyle insan hakları günü iletişim özgürlüğüne

müdahale panelinizde aranızda bulunamıyorum. Davetinize teşekkür eder, çalışmalarınızda başarılar dilerim.

Canan Arıtman, İzmir Milletvekili: Önceden oluşan programım nedeniyle panelinize katılamıyorum. Davetinize teşekkür eder, çalışmalarınızda başarılar diler, sevgi ve saygılarımı iletirim.

Ali Rıza Öztürk, Mersin Milletvekili: Meclisteki çalışmaların nedeniyle insan hakları günüyle ilgili olarak düzenlemiş olduğunuz panele katılamıyorum. Davetinize teşekkür eder, konuklarımıza selam ve sevgilerimi sunarım.

Faruk Nafiz Özak, Devlet Bakanı: Daha önceden belirlenen başka programım nedeniyle nazik davetinize icabet edemediğim için üzgünüm. Düzenlemiş olduğunuz iletişim özgürlüğüne müdahale konulu panele katılamıyorum. Davetiniz için teşekkür eder, şahsınızda tüm konuklara selam ve saygılarımı sunarım.

Fehmi Hüsrev Kutlu, Adıyaman Milletvekili: Davetinize teşekkür ederim. İnsan hakları günü dolayısıyla düzenlemiş olduğunuz panelin başarılı geçmesini diler, selam ve saygılarımı sunarım.

Turgut Libek: Düzenlemiş olduğunuz panele genel kurul çalışmalarım nedeniyle katılamıyorum. Tüm katılımcılara saygı ve sevgilerimi sunarım. Avukat Turgut Libek, Kırklareli Milletvekili.

Cafer Tatlıbal, Kahramanmaraş Milletvekili: Nazik davetinize teşekkür ederim. Yurtdışı programım nedeniyle katılamıyorum. İletişim özgürlüğüne müdahale konulu panelin başarılı geçmesini diliyor, selam ve sevgilerimi gönderiyorum.

Cevdet Yılmaz, Devlet Bakanı: önceden belirlenen programım nedeniyle nazik davetinize icabet edemiyorum. Türkiye Barolar Birliğinin insan hakları günü vesilesiyle düzenlediği iletişim özgürlüğüne müdahale konulu panelin başarılı geçmesini diler, organizasyonda emeği geçenlere teşekkür eder, tüm konuklara selam ve saygılarımı sunarım.

VEDAT AHSEN COŞAR'IN KONUŞMASI

Evet, ilk konuşmacımız Sevgili Fazıl Hoca. Fazıl Hocayı sizler tanıyorsunuz, ama ben birazcık daha tanıtayım. Fazıl Hoca İstanbul Barosunda Başkan Yardımcılığı yapmıştır. Fazıl Hoca akademisyenliğinin dışında aynı zamanda Anayasa Mahkemesinde avukatlık kontenjanından üye olarak görev yapmıştır. Bizim ağabeyimizdir, üstadımızdır, her türlü etkinliğimize büyük bir coşkuyla, heyecanla gelir, bize katkı yapar, destek verir. Onun için ilk söz Sevgili Hocamın, buyurun Hocam.

FAZIL SAĞLAM'IN KONUŞMASI

Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Anayasa Mahkemesi Onursal Üyesi) : Teşekkür ederim Sayın Başkan. Şimdi biraz önce stajyerlerimizle ilgili olarak belirttiğiniz o zorunlu davet aslında benim hep yaptığım şeydir. Yani ben de böyle bir konferans olduğu zaman, hele insan hakları konu olduğu zaman öğrencilerime şunu söylerim: O toplantıya geleceksiniz. Çünkü o toplantıda anlatılanlar sınav sorularından biri olacak. O zaman da salon dolar. İyi ki stajyerlerinize bu daveti göndermişler diyorum. Stajyer arkadaşlarımın da öyle zorunlu olduğu için geldiklerini hiç sanmıyorum. İyi ki geldiler ve bize bir moral verdiler. Yani onlar olmasa belki birkaç kişi önünde konuşma durumunda da kalabilirdik. Hepinize geldiğiniz için teşekkür ederim.

Efendim, konuşmamın başlığı "*Gizli Telefon Dinlemesi ile İlgili Anayasal Sorunlar*"[1]. Bundan 32 yıl kadar önce yazdığım bir makalede[2] Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin gizli dinlemenin temel anayasal sorununu yansıtan oldukça eski bir kararına gönderme yapmıştım. Bu kararda da şu cümleler yer alıyor:

" (Gizli ses kaydında) … *söz ve ses konuşandan ayrılır ve bağımsız bir varlık kazanır. Böylece insan kişiliğinden bir parça, devredilebilir bir görünüm kazanır. Bir kimsenin kişilik değerlerine onun*

1 10 Aralık 2009 günü Türkiye Barolar Birliği'nin Ankara'da düzenlediği toplantıda sunduğum bildirinin, konuşma üslubu korunarak geliştirilmiş ve düzeltilmiş metnidir. Metnin gözden geçirilmesinde katkıları olan Yrd. Doç. Selda ÇAĞLAR ile Ar. Gör. Ahmet YAĞLI'ya teşekkür ederim.

2 Fazıl SAĞLAM, "*Türk ve Alman Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı*": AÜSBFD Cilt: XXX, Sayı: 1 – 4, Ankara 1977, s. 107 – 116.

rızası dışında başkalarınca tasarruf edilmesi, … insan haysiyetinin hiçe sayılması demektir. Düşüncesizce açıklanmış her bir sözün kaydedileceği ve ilk fırsatta içeriği, anlamı ve ses tonu ile kendisine karşı kullanılabileceği … bilinci içinde yaşamak, bireylerin düşüncelerini özgürce açıklamalarını kısıtlar, doğal konuşma biçimini etkiler ve insanın uzun süreye bağlı olan gelişimini durdurur ve sonuçta insanların birbirileriyle olan ilişkilerini zehirler. …"[3]

Karar tarihleri, bu düşüncelerin daha 1950'li yılların sonlarında ortaya çıktığını gösteriyor. Yani bundan elli yıl kadar önce.

Yine aynı bağlamda bir başka noktanın da altını çizmek yerinde olacak. Kanunu Esasi'de 1909 yılında yapılan bir değişiklik, postaya verilen evrak ve mektupların sorgu yargıcı ya da mahkeme kararı olmaksızın açılamayacağını öngörüyor (m.119). Bu güvence, 1924 Anayasası'nın 81. maddesinde ve 1961 Anayasası'nın 17. maddesinde de mutlak yasak niteliğini korumuştur. Başka bir deyişle bu Anayasaların hiçbirinde "*gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunun yetkili kıldığı merciin emri*" gibi bir istisna yer almamıştır. Bunun üzerinden ise bir yüzyıl geçti.

Bugün neredeyiz? Yukarıdaki düşüncelerin ışığında bugüne baktığımızda, Orwell'in bilim kurgu romanında betimlenen yaşam biçimine girdiğimizi söylemek yanlış olmayacak. Artık gizli bir alan kalmadı. Artık gizlilik de kalmadı. Dinleme her alanda ve yadsımaya da gerek duyulmaksızın yapılıyor. Toplumda herkesin dinlendiğine dair yaygın bir kanı ve korku var. Bunu Demirel şöyle açıklıyor: *"Türkiye kendisine yakışmayan çok büyük bir ayıbın içinde. Türk vatandaşı telefon gibi bir vasıtayı kullanmaktan korkar hale gelmiştir. Türkiye'yi bu hale getirenler utansın" … "Askeri dönemler dahil, böylesine korkulu bir dönem yaşanmadı. Bir ülkenin kurumları, savcıları, Yargıtay'ı o ülkenin düşmanı olur mu ? …"*[4]

---

3 MAUNZ - DÜRIG, Art. 2 Abs. 1, Rn. 40; BGHZ 27, 284 (Urt. v. 20.05.1958); Urt. des BGH v.14.06.1960 in NJW 1960, s. 1580; aktaran SAĞLAM, agm, s. 108.

4 Cumhuriyet, 15.11 09.

FAZIL SAĞLAM'IN KONUŞMASI

Özgen ACAR, "*Midas'ın Eşek Kulağı Haltetmiş*" başlıklı yazısında, gizli dinlemelerin kaba bir listesini çıkarmış[5]. Bu listede yer alanlar bilgilerden birine göre, Eski Adalet Bakanı ve şimdiki Meclis Başkanı M. A. Şahin, üç ayda yetmişbin kişinin dinlendiğini açıklamış.

Hâkimler ve savcılar dinleniyor, yargı organının en üst kademeleri dinleniyor. Yargı mensuplarının kurdukları dernek, adeta düşman ilan edilmiş. Hâkimler ve savcıların güvencesini sağlamakla görevli Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun seçilmiş üyeleri yaptıkları basın toplantısında bakınız ne söylüyor:

" Türkiye'de böyle bir korkunun yaratılmış olması, günlük yaşamda bile insan hakları ihlali olarak değerlendirilmektedir. Adalet Bakanı, kendi başkanı olduğu Yüksek Kurulun aldığı kararın gereğini yerine getirmediği gibi, aksine kendisine bağlı adalet müfettişleri eliyle hâkim ve savcıları hakkında iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması uygulamasını sürdürmüştür."[6]

Buna ek olarak Yargıtay Başkanı'nın "*Telefon dinlemeleri toplumda paranoyaya yol açmıştır."*[7] … *"Bir takım hukuka aykırı dinlemeler yapıldığı somut bilgi ve belgelerle ortada zaten. Bu devletin en üst kademelerinden en altına kadar var."*[8] diye açıklama yaptığı bir ortamda hukuk devletinden söz etmek mümkün mü? Bunlar sadece basında haber konusu olanlar. Ya bilmediklerimiz? Bununla ilgili olarak Aysel Çelikel, *"Buzdağının altında görünmeyenler"* benzetmesini yapıyor[9]. Artık gazete okumak bir korku filmi görmeye benzedi.

Oysa biz bugün İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin Birleşmiş Milletlerde kabul edindiği günün 61. yıldönümünü kutluyoruz. Bu bildirgenin "Başlangıç" metni insanlığın "*korkudan kurtulma*"sını insan haklarının ön koşulu olarak belirli-

5 Cumhuriyet, 17.11.09.
6 Cumhuriyet, 13.11.09.
7 Cumhuriyet, 15.11.09.
8 Cumhuriyet, 22.11.09.
9 Cumhuriyet, 28.11. 09.

yor. Rona Aybay, bir ay kadar önce yayımlanan bir yazısına *"Korkudan Kurtulma Özgürlüğü ve Yargı"* başlığını boşuna koymamış. Bu başlık günümüzle olan bağlantıyı çok anlamlı bir biçimde dile getiriyor[10].

Yabancı basın ve gözlemcilerden de aynı şeyleri duyuyoruz: İşte bu ayın başında yayımlanan en yeni haberlerden biri: ABD Temsilciler Meclisi ve İnsan Hakları Komisyonu üyesi Dona Edwards'ın raporunda *"Hükümet tarafından son üç yılda gazetecilerin, önemli hâkim ve savcıların da içinde bulunduğu 113.000 civarında kişinin telefonu dinlendiği"* belirtiliyor[11].

Öyle bir noktaya geldik ki dinlemeyi yapanlar artık bunu gizleme gereksinimini bile duymuyorlar. *"Evet dinledik; ama aleyhine herhangi bir işlem yapmadık."*, *"Dinlemek istedik, ama teknik olanaksızlık nedeniyle tüm Yargıtay'ı dinleyemedik."* gibi aslında mizah konusu olabilecek açıklamalar yapılabiliyor ya da gizli dinlemeden sorumlu kurumun başına getirilen kişi tarafından *"Canım Başbakan da 6 yıl dinlendi"* gibi adeta *"rövanşist bir ikrar"* niteliği taşıyan ifadeler kullanılabiliyor. Üstelik bu kişi, varlığını Anayasa Mahkemesi'nin bu yılın başında Anayasa'ya aykırı bulduğu bir yasadan alıyor. Kendisini Başbakan atamış. Ama bu atamaya yasal dayanak oluşturan: *"…Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon"* cümlesi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş[12]. Karardan aynen okuyorum:

"Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel unsurlarından birisi de hukuk güvenliğini sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımayan ve dolayısı ile hukuki güvenlik sağlamayan kurallar Anayasa'nın Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğunu ifade eden 2. maddesi ile bağdaşmaz. İptali istenilen kural takdire bağlı ve belirsiz bir yetki içerdiğinden hukuk devleti ilkesine de aykırıdır."

---

10 Bkz. Rona AYBAY, "Korkudan Kurtulma Özgürlüğü": Cumhuriyet, 15. 11. 09.

11 Cumhuriyet, 05.12.09.

12 Bkz. AYM, 29.01.2009, E. 2005/85, K. 2009/15.

FAZIL SAĞLAM'IN KONUŞMASI

Bu karara rağmen anılan kişi on aydır görev başında.

İşin en acı yanı, hukuksuzluğu doruk noktasına ulaştıran bu gelişmelerin, "*yargıç kararı*" ile meşru kılınmaya çalışılması. Acaba yargıç kararıyla da olsa "*genel dinleme*", "*keşif dinlemesi*" ya da "*ortam dinlemesi*" ne derece meşru ve ne derece yasal? Hukuk devleti açısından önemli olan bu sorunun cevabıdır.

Bu nasıl bir yargıç kararıdır ki yargısal amaçlarla yapılan gizli dinlemelerin, dinleme amacıyla hiçbir bağlantısı bulunmayan ayrıntıları, yargıdan önce ve -nedense hep de- hükümete yakın basında tefrika konusu yapılabiliyor?

Bu konuşmaya Alman Federal Temyiz Mahkemesi kararı ile başlamam nedensiz değildir. Çünkü Alman Anayasası, haberleşme özgürlüğüne en geniş müdahaleyi tanıyan anayasalardan biridir. Bizdeki yasal düzenlemeler de Almanya'daki düzenlemelerden kopya hissini uyandırıyor. Salt anayasal metinleri esas alırsanız, bizim Anayasamıza daha özgürlükçü diyebilirsiniz. Bu nedenle dilerseniz Alman Anayasası ile başlayalım. Bu Anayasa'nın 10. maddesine göre, gizli dinleme, dinlenene haber vermemeyi ve yargı yolunu kapalı tutmayı içerecek biçimde de düzenlenebiliyor. Her fırsatta hukuk devletini ve insan haklarına dayalı çoğulcu demokratik düzeni ön plana çıkaran Alman Anayasası, acaba burada neden sapma göstermiş? Önce onu anlatalım:

Bu maddenin ilk metninde işgal güçlerinin haberleşmenin gizliliğini denetleme hakkı saklı tutulmuştu. Çünkü Almanya'daki işgal güçleri faşizmin yeniden hortlamasını istemiyordu ve işgal güçlerinin bu açıdan hukuk devleti ilkesine uyma endişesi yoktu. 1955 yılında Federal Almanya'nın bağımsızlığı yeniden kurulurken, işgal güçlerinin denetim yetkisinin kaldırılabilmesi için, aynı yetkinin Alman makamlarına devredilmesi gerekiyordu. Kısacası bu madde işgal gücünün bir mirasıdır. Ve faşizm korkusunun ürünüdür.

Almanya'daki düzenlemeye göre, gizli dinleme, ancak özgürlükçü demokratik temel düzeni veya federal devlet ya da ona dahil bir eyaletin varlık veya güvenliğini korumak amacıy-

la yapılabilir. Haberleşme özgürlüğüne yönelik bu tür müdahalelerin vazgeçilmez sınırı ise "ölçülülük ilkesi" ve hakkın özüne dokunma yasağıdır. Buna göre, anayasa düşmanı davranışların izlenmesi için somut bir şüphenin varlığı temel koşuldur. Ayrıca bu şüphenin başka yollardan giderilmesinin mümkün olmadığı bir durum söz konusu olmalı; dinleme gereksinimi kaçınılmaz bir gereklilik olarak kendini göstermelidir.

Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre, sözü geçen maddenin anayasaya uygun yorumu, gizli dinleme sonucu elde edilen bilgilerin, kendi amaçları yönünde kullanılmak üzere başka idari makamlara bildirilmesini yasaklamakta; gereksinim ortadan kalktığı ve önemini kaybettiği anda elde edilen bulguların yok edilmesini emretmektedir[13].

Bundan Türkiye için çıkarılabilecek ilk anlam şudur: Şayet gizli dinleme, Cumhuriyetin üniter yapısını ve insan haklarına dayanan, laik, demokratik ve sosyal hukuk devleti niteliklerini koruma amacıyla değil de, onu başkalaştırma ve bozma amacına, (örneğin bir bütün olarak bağımsız yargı organı mensuplarına) yönelik olarak yapılıyorsa, bu nitelikteki gizli dinlemeler, başka herhangi bir hukuksal dayanağa gerek kalmaksızın ağır bir anayasa ihlali olarak kabul edilmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gizli dinleme ile ilgili Alman uygulamasını 1978 yılında "KLASS ve Diğerleri / Almanya" davasında denetlemiştir. Davaya ilişkin kararda ilk altı çizilmesi gereken husus, davacılara yönelik bir uygulama olmamasına rağmen, salt soyut düzenlemenin haberleşmenin gizliliğine müdahale olarak değerlendirilmiş olmasıdır. Tabii Mahkeme bu müdahaleyi, "yasaya dayanma", "meşru bir amaca hizmet etme" gibi ihlalin diğer unsurları açısından da denetlemiş ve bu unsurlar açısından bir sorun görmemiştir. Bundan sonraki aşamada, Mahkeme, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelerken, "casusluk ve terör" kavramlarını, anahtar kavramlar olarak belirliyor. Mahkemeye göre, casusluk ve terörü önleme amacıyla yapılacak bir gizli dinleme, demokratik bir toplumda gereklidir. Bu

13 BVerfGE 30, 22 vd. in LEIBHOLZ-RINCK, Art. 10 ile ilgili açıklamalar.

açıdan ulusal yasama organı belirli bir takdir yetkisi kullanabilir. Ancak bu yetki sınırsız değildir. Gizli dinlemenin kötüye kullanılması da önlenmelidir.

Bu ilkelere göre yaptığı değerlendirmede Mahkeme, ilgili yasanın genel bir izlemeye veya keşif izlemesine izin vermediğinin altını çizmektedir. İkinci olarak Mahkeme, yasanın ilgili suçların işlendiği veya işleneceğine ilişkin kuşku uyandıran maddi belirtilerin varlığını şart kıldığını, buna göre izlemenin ancak belirli bir kuşkuyla ve "onunla bağlantılı olduğu tahmin edilen kişilerle sınırlı" olarak yapılabileceğini; bunun denetimi için de yeterli bir idari usulün bulunduğunu belirlemiştir. Usul bakımından en önemli nokta, başvurunun belirli makamlarca yazılı ve gerekçeli olarak yapılabilmesi; izleme kararının ise başbakanın bu amaçla yetkilendirdiği bir bakan tarafından alınabilmesidir. Ayrıca, yasada olmamasına rağmen, uygulamada Parlamento Komisyonunun da önceden rızası alınmaktadır[14].

Mahkemenin değerlendirmesine göre yasa, bunların yanı sıra bilgi toplama süreci bakımından da katı koşullar[15] getirmektedir. Bu açıdan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin altını çizdiği nokta, toplanan bilgi ve belgelerin başka amaçlarla kullanılamamasıdır.

Bu bilgilerin ışığında, bizdeki uygulamanın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelmesi halinde, nasıl bir sonuç çıkacağı konusuna da birkaç sözle değinmek yerinde olur.

Özgürlüğü sınırlayıcı düzenlemelerin yasa ile yapılması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında ve bizim Anayasamızda titizlikle aranan bir koşuldur. Oysa, yargıçların ve savcıların dinlenmesi, genellikle Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği'ne göre yapılır. Bu Yönetmeliğin 98/1ç maddesi, Adalet Müfettişlerine "haberleşmenin tespiti ve dinlenmesi" adı altında yasada bulunmayan bir yetki tanımaktadır.

---

14 Osman DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları I, 2. bası Ankara 2002, s. 260.

15 İzlemenin üç ayı geçememesi ve ancak yeni başvuru ile yenilenebilmesi; koşullar sona erdiğinde önlemlerin kesilmesi yargıç niteliğine sahip bir kişinin öndenetiminin zorunlu olması gibi koşullar.

Bu husus, gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ve gerekse Anayasamıza ve Hâkimler ve Savcılar Kanunu'na açık bir aykırılık teşkil eder. Dinlemenin hâkim kararıyla yapılması, bu aykırılığı hiçbir şekilde gideremez. Emekli Danıştay Başkanı Nuri Alan'ın da isabetle belirttiği gibi, bu düzenleme bir "*fonksiyon gaspıdır ve yok hükmündedir.*"[16]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Almanya ile ilgili kararında düzenlemelerin kötüye kullanmaya açık olduğu vurgulanmakta ve ilke olarak yargısal denetimin doğruluğunun altı çizilmektedir. Mahkeme'nin buna rağmen Almanya'daki anayasal ve yasal düzenlemenin demokratik bir toplumda gerekli görülebilecek sınırları aşmadığı görüşüne meyletmesinde, Almanya'nın yerleşik hukuk devleti geleneğinin önemli bir payı olduğu unutulmamalıdır. Ayrıca Mahkeme, dinlemeyi denetleyecek olan Parlamento Komisyonu'nda muhalefetin de yer almasını yeterli bir denge unsuru olarak görmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni etkileyen bir başka önemli nokta, izlenmekte olduğuna inanan kişinin Anayasa şikâyeti yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurma hakkının bulunmasıdır[17]. Oysa bu koşulların hiçbiri ülkemizde yoktur.

Ayrıca, kararda gizli dinleme sisteminin kötüye kullanıldığını gösteren somut bir kanıt ya da belirti tespit edilmiş olsaydı, sonucun farklı olabileceği de dolaylı olarak ifade edilmiştir[18]. Bizimse böyle bir şansımız yoktur.[19]

---

16 bkz. Nuri ALAN, "*Yargıç ve Savcılara Telekulak*": Cumhuriyet, 30.11.09. Bu konuşma yapıldıktan sonra Danıştay 5. Daire'nin 28.12.2009 gün ve E. 2009/5240 sayılı kararı açıklandı. Buna göre, Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin yukarda anılan 98/1ç maddesinin yürütülmesinin durdurulmasına karar verildi, bkz. www.danistay.gov.tr (Güncel Kararlar, erişim tarihi 04.02.2010.).

17 DOĞRU, age, s. 262.

18 DOĞRU, age, s. 263.

19 Belki şunu da eklemek gerekir: Bütün bunlara rağmen AİHM'nin bu kararı, Alman öğretisinde eleştiri konusudur. Gerçekten kararın bütünü okunduğunda, Alman sistemini Avrupa standardına göre pek de ideal bulmayan ve bu açıdan adeta "kerhen" verilmiş bir karar izlenimi uyandırmaktadır. Anılan kararı bu yönüyle, Türkiye'deki yüzde 10 ülke seçim barajı ile ilgili olarak AİHM'nin verdiği karara benzetmek mümkündür.

Öte yandan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gizli dinlemeyle ilgili olarak verdiği bir başka kararda, bu tür düzenlemelerin demokrasiyi koruma yerine demokrasinin içini boşaltma ya da demokrasiyi tahrip etme tehlikesi taşıdığının altını çizmektedir[20]. İşte bu tespit ülkemize tutulmuş bir ayna gibidir.

Bu açıklamaları şu sonuca bağlamak gerekiyor: Türk Anayasası gizli dinleme korusunda gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve gerekse Alman Anayasası'na göre daha belirgin güvenceler öngörmesine rağmen, uygulama bu güvencelerle adeta alay edercesine gelişmektedir. Bunların örnekleri biraz önce verilmiştir. Ancak devletin bir erki olarak yargı organının tüm ileri gelenlerinin dinlenmeye tevessül edilmesi, rejimin geleceği bakımından çok daha ürkütücü bir gelişmedir. Bu gelişmenin vahim yönü, gizli dinlemenin Almanya'da olduğu gibi, rejimi korumak için değil, rejimle barışık olmayan bir ideolojinin silahı olarak yargı erkine karşı kullanılmasıdır. Bu uygulama, Anayasa'nın 22. maddesinde öngörülen sınırlama nedenlerinin hiçbiriyle haklı kılınamaz; aksine onlarla tam bir çelişki içindedir. Bu uygulamanın bir tek anlamı olabilir: yargıyı yürütmenin baskı ve güdümüne almak suretiyle anayasal düzenin temel ilkelerini işlemez hale getirmek ve insan haklarına dayanan laik, demokratik ve sosyal hukuk devletini temel alan Cumhuriyeti başkalaştırmak; çoğulcu demokratik Cumhuriyeti, içeriği İslamlaştırılmış çoğunlukçu bir yapıya dönüştürmektir. Bir yazarımız bu gidişe "*Sivil İstibdat*" adını vermiş[21]. Ama, "sivil istibdat" mantıken ancak bir sivil darbe sonucu oluşabilir. Bu bağlamda arkadaşım Ali SİRMEN'in bir yazısından seçtiğim şu cümle, konuyu en güzel bir biçimde özetliyor: "*Askeri darbeye karşı olduğunu söylerken sivil darbeye karşı çıkmayanlar demokrasi şarlatanlarıdır.*"[22] Teşekkür ederim.

Av. Vedat Ahsen COŞAR (Oturum Başkanı) Evet, Sevgili Hocamıza biz de çok teşekkür ediyoruz, iletişim özgürlüğü,

20 FROWEIN – PEUKERT, EMKR-Kommentar, 2. Auflage, 1969, s. 363.
21 Nuray MERT, Radikal, 17.11.09, ; Güray Öz, Cumhuriyet, 18. 11. 09.
22 Ali SİRMEN, "Darbeci Baro Hoş Geldin": Cumhuriyet, 20.11.2009.

iletişim ve haberleşme özgürlüğü ve bu özgürlüğe müdahalenin anayasal boyutunu Alman Anayasasıyla da karşılaştırma yapmak ve Almanya uygulamasını da ifade etmek suretiyle anlattılar. Ben kendi adıma hem keyifle dinledim, hem de çok istifade ettim, çok teşekkür ediyoruz Hocam, sağ olun. Evet, şimdi Sayın Serkan Cengiz, Serkan Bey de bizim meslektaşımız. Türkiye Barolar Birliğinde İnsan Hakları Merkezinde üye olarak çalışıyor. Kendilerinin hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle ilgili çok önemli ve değerli çalışmaları var. Evet, Serkan Bey, buyurun.

SERKAN CENGİZ'İN KONUŞMASI

Av. Serkan CENGİZ (TBB İnsan Hakları Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi) : Çok teşekkür ediyorum Sayın Başkan, öncelikle saygılar sunuyorum. Ağırlıklı olarak uygulamacıyım. Avukat olduğum için teorik değil mesleğimle iç içe olan kısımlar üzerinde durabileceğim. Dolayısıyla sunumumu daha çok Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları üzerine kurdum, burada bunları Powerpoint olarak sizlere sunmaya çalışacağım. Fazıl Hocamızın söylediği pek çok noktayı, özellikle Klass ve diğerleri kararı açısından birazdan başka dava örnekleriyle size farklı açılardan sunacağım. Bizim CMK m.135 ve 5397 sayılı Yasa, ki bir kısmı iptal oldu, ama dinlemeye ilişkin hükümleri hala yürürlükte şu anda temel düzenleme niteliğinde. Bu yasanın (5397) gerek savcılara, gerek kolluğa, gerekse de hâkimlere, keyfiliğe neden olabilecek, nasıl bir yetki verdiği ortada. Yasanın etkin bir kontrol mekanizmasından yoksun olduğu ve bu haliyle AİHM'e giderse ne şekilde ele alınabileceği konusunda birkaç dava örneğini sunmaya çalışacağım.

Öncelikle başlangıçta Rona Hocamızın söylediği istatistiklere bakmakta fayda var. Türkiye biliyorsunuz 1954 senesinde Sözleşme'yi Resmi Gazete'de yayımlayarak iç hukukunun bir parçası olarak kabul etti ama Sözleşme'nin hazırlanmasında aktif olarak rol aldı. Şu andaki Mahkeme istatistiklerine göre Türkiye Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde hakkında en çok dava açılan üçüncü ülke, yaklaşık 13 bin adet bireysel başvuru var Türkiye aleyhine. Kuşkusuz Türkiye'nin nüfusu diğer ülkelere göre, diğer Avrupa ülkelerine göre, biraz fazla. Avrupa Konse-

yinin şu anda 47 tane üyesi var ve hepsi de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisini kabul etmiş durumda, ama ilk üçe baktığımız zaman şöyle görüyoruz. Rusya birinci sırada başvurular açısından, Ukrayna ikinci sırada ve Türkiye üçüncü sırada. İhlal tespit eden kararlar açısından Türkiye birinci sırada, Rusya ikinci sırada, Ukrayna üçüncü sırada. Rusya 1998, Ukrayna 1997 senesinde AİHS'i onayladılar. Bir diğer ifadeyle Türkiye'den on yıllar sonra ve biz 1954'den bu yana resmen bu Sözleşmeyi iç hukukumuzun bir parçası olarak addediyoruz. Son geldiğimiz noktada Türkiye'nin hala 47 Avrupa Konseyi üyesi ülke arasında birinci olması, özellikle ihlal kararı verilen davalar açısından gerçekten oldukça düşündürücüdür. Bu neye işaret eder? Pek çok şeye işaret eder, ama birincisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının ulusal hukukta gereğince yerine getirilmediğini bir kere ortaya koyar. İkincisi neyi ortaya koyar? Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin kararların icrasının denetlenmesi hususunda çok da iyi çalışmadığını da ortaya koyar. Dolayısıyla bu çerçevede gidilecek daha çok yol, aşılacak çok tepe var. Hani demokratikleşmede bir yere geldik deniyor, ama istatistikler bunu çok da doğrulamıyor işin doğrusu.

Şimdi Türkiye'deki uygulama şöyle, biliyorsunuz bu son zamanlarda tartışılan, dinleme müessesesi açısından tartışılan bir sürü uygulama var, ama ben size küçük bir örnek vereceğim, ondan sonra birkaç tane dava örneğini paylaşacağım. Ben İzmir Barosu üyesiyim, orada avukatlık yapıyorum, ağırlıklı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi davaları üzerine çalışıyorum. Geçen sene İzmir'de bazı meslektaşlarımız bir rüşvet iddiasıyla ilgili olarak özel yetkili ağır ceza mahkemesi tarafından tutuklandı. Belli isnatlar oldu bu çerçevede ve tabii ağırlıklı olarak dinleme kayıtlarına yaslanılmış. Özel yetkili ağır ceza mahkemesi başkanı da tutuklanıyor ve basındaki haberlere göre de başkanın kendi telefonunun dinlenmesi kararını kendisinin verdiği söylendi, aktarıldı. Yani, şayet bu durum doğru ise, bu gerçekten uygulama açısından bulunduğumuz noktayı çok açık bir şekilde ortaya koyar. Mahkeme başkanı kendi telefonunun dinlenmesine kendisi karar veriyor. Bu bir sürü şeye işarettir, ama birincisi mekanizmanın aslında bürokratik bir mesele olduğu-

nu, bir tasdik mekanizması" olduğunu gösteriyor. Gelinen nokta bizim her koşulda, mevzuat da bunu destekliyor, her şekilde dinlenebileceğimizi ve buna ilişkin mekanizmanın, denetim mekanizmasının aslında çok işlevsel olmadığını ortaya koyuyor.

Olabildiğince yeni davalar seçmeye çalıştım Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yapılan başvurulardan. Birisi Moldova, birisi Bulgaristan kararı. Moldova / İordachi ve Diğerleri davasında başvurucular iktidarda bulunan komünist partinin uygulamalarına karşı çıkan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde de Moldova'ya karşı birtakım davaları takip eden İnsan Hakları İçin Avukatlık Derneği üyelerinden oluşuyor. Dernek üyeleri pek çok kişinin avukatlığını yapıyor ve bu kişilerin çoğunluğu da siyasal iktidara karşı davaları olan şahıslar ve AİHM'deki Moldova'ya karşı davaların yüzde 50'sini takip ediyorlar. Komünist Parti'nin iktidara gelmesinden sonra telefonların dinlendiği hususunda son derece yaygın kanaat oluşuyor. Çünkü bu konudaki yasal mevzuatın aşırı derecede elastik olması sebebiyle ve bu avukatlar da biz tamamıyla devletin değil, ama "hükümetin" siyasasına ve hükümet uygulamalarına karşı hem çok keskin eleştiriler getiriyoruz, hem de hükümete karşı AİHM'de dava açıyoruz düşüncesiyle potansiyel olarak dinlendiklerini düşünüyorlar. Avukatlar bir yönteme başvuruyorlar, Moldova Yargıtay Başkanı'na, demek ki onlar da böyle bir bilgi edinme usulü var, bir dilekçe sunuyorlar. Diyorlar ki, arkadaşım biz dinlendiğimiz düşünüyoruz, siz de Sayın Başkan, araştırma yapın ve bize dinlemeler için resmi makamlara yıllara göre kaç başvuru yapıldığını ve bunların kaçının reddedildiği, kaçının kabul edildiğine dair bize bilgi verin. Başkan da onlara şöyle bir bilgi veriyor, 2005 senesinde yasal mercilere toplam 2609 tane dinleme hususunda başvuru yapıldığını ve bunun yüzde 98, 81'inin kabul edildiğini söylüyor. Yine keza 2006'da da yapılan başvuruların yüzde 97, 93'ünün ve 2007'de de yüzde 99, 24'ünün kabul edildiğini söylüyor. Bunun anlamı şudur, yani arada bir kâğıt unutulmamışsa ne geliyorsa biz izin veriyoruz. Bir diğer ifadeyle bu cevap hemen hemen herkesin dinlendiğini açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

SERKAN CENGİZ'İN KONUŞMASI

Başvurucular, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru bireysel başvurudur, adı bireysel başvuru, kişi özel veya gerçek sadece kendisini temsilen AİHM'e gidebilir, üyelerini temsilen AİHM'e gidemez ve kişinin mutlaka o ülkedeki, yaşadığı ülkedeki, vatandaş olmasına bağlı değil, yaşadığı ülkedeki bir uygulamanın sonucunda mağdur olduğunu ispatlaması gerekir. Bir nedensellik, illiyet bağı ister, ama bazı davalarda, Fazıl Hocamın bahsettiği gibi Klass ve diğerleri / Almanya başvurusu bunun çok istisnasıdır, eğer kişi somut olarak mağdur olduğunu ispatlamasa bile birtakım olgular, vakalar onun potansiyel anlamda mağdur olmasına imkân veriyorsa o zaman AİHM, evet, mağduriyet statüsü bu şahıslar için vardır diyebilir. Bu avukatlar AİHM'e gittiklerinde bu argümanı geliştirdiler, yani bir yasal mevzuatımız var, ama bu yasal mevzuatımıza göre ve bizim yaptığımız işe göre, çünkü biz hükümetin muhalifiyiz ve hükümetin politikalarına karşı muhalefet geliştiriyoruz, bizim gizli dinlememizin yapılması son derece olağandır ve biz onlara göre potansiyel tehlikeyiz ve potansiyel de mağduruz. Mahkeme bu argümanı kabul etti ve onları başvurucu olarak kabul etti ve davalarını incelemeye başladı. Başvurucular, yargıçların sadece birtakım formalitelerin yerine getirilip getirilmediğini kontrol etmekle yetindiklerini, dinleme gerekçesi olarak ileri sürülen somut olayları incelemediklerini ileri sürdüler. Birazdan mevzuat değerlendirmesini yapacağız, yani kuvvetli bir suç şüphesi olacak, bir suçun işlendiğine dair kuvvetli bir suç şüphesi ve başka şekilde, başka türlü herhangi bir delil elde edilememesi ön şart olarak yasamızda mevcut. Bizim CMK madde 135'in hükmü iki şartı ihtiva ediyor. İlki işlenmekte olan bir suç olacak ve bir de başka şekilde delil elde edilemeyecek, ama bizim uygulama demin bahsettiğim gibi oluyor. Onlar da buna yaslanıyorlar, diyorlar ki, gerekçesi yok, yani gerekçesi olmadığı için de yargıçlar her halükarda tüm dinleme taleplerine izin veriyorlar. Uygulamada sanırım şöyle oluyor, jandarma ve emniyetten listeler geliyor, 30'ar tane telefon numarası, aşağıdaki terör örgütü üyesi olduklarını veya çete üyesi olduğunu düşündüğümüz şahısların belirtilen telefonlarının dinlenmesi talep ediliyor.

Dinleme süresine ilişkin altı aylık süre sınırlaması sadece teorik anlamda bir sınırlama, bizde de var bu. Bakın, bizde de var, üç aylık bir sınır var, ikinci seferde üç ay uzatılabiliyor, ondan sonra CMK m.135'te birer aylık, ama bu CMK m.135'te, 5397'de nolu Yasa'da bir şahıs sanırım çok uzun bir süre dinlenebilir. Belki ölene kadar, hiçbir süre sınırlaması yok. Hükümete göre, hükümet orada davası olan her hükümet gibi başvuranların telefonlarının dinlenmediğini, eğer dinlenmişse ispat etmeleri gerektiğini söylüyor. Yani bu mümkün mü, zaten adı gizli telefon dinlemesi. Hükümetin gerekçesi, ilgili yasal düzenleme sadece ciddi suçlar işleyenleri hedef almakta, yani bizdeki m.135/6, katalog kavramı var, şu şu suçları işleyenler, ama bakın şöyle bir şey söyleyeyim. Suçun nitelendirmesi bizde savcıya ait, özellikle DGM yargılamasında bu nitelendirmeyi yapan kişi aslında savcı değil çoğu zaman, kim? Emniyet, jandarma, yani hâkimin önüne gittiği zaman, şu şu çeteye ait, bu kadar. Bakın, düşünün, suç nitelendirmesindeki eksiklik iddianamenin reddi sebebi değil, dolayısıyla ucu çok açık. Dinleme kararının soruşturma makamlarının gerekçeli talebine dayalı olarak yargıç verebilir, bizde de öyle, yani mutlaka somut birtakım olguların olması lazım. Acil durumlarda savcı dinleme kararı verebilir, bu karar hakkında soruşturma halinde 24 saat içinde yargıç bilgilendirmek zorunda. Bizde de buna yakın bir şey var, ama bakın Moldova'yı çıkarın, Türkiye'yi koyun aynıdır, durum aynı aslında. O yüzden Fazıl Hocamın sorusu, bu ana kadar bizdeki dinlemeye dair şu anda AİHM'den bir karar çıkmadı henüz, özellikle son uygulamalara dair, ama çıkacak sonuç aslında belli, hani perşembenin gelişi aslında çarşambadan belli.

Mahkemeye göre, mahkeme ilkönce diyor ki başvurucular mevcut şartlar ve istatistiklerde dinlenme riskine sahiptirler ve somut bir dinlenme tespit edilmemiş olmasına rağmen mağdur statüsündedirler. Başvuruculaların iletişimine müdahale edilmesi olgusu yabana atılamaz, bir diğer ifadeyle başvuruculaların iletişimine müdahale söz konusudur.

Öngörülebilirlik, şimdi Fazlı Hocam da bahsetti, çok üzerinde durmayacağım, ama geniş, ayrıntılı olarak ele aldı. Ön-

görülebilirlik ilkesi kişinin resmi makamlar tarafından dinlenmesinin muhtemel olacağını öngörmesi ve davranışlarını ona göre ayarlaması değildir, bakın bu çok önemli. Yani yasallık ilkesinin bir tezahürü olan, yasal kesinlik ilkesinin bir tezahürü olan, yani ben dinlenebilirmişim değil, kastettiği şu: Hangi koşullarda, ne şekilde dinlenebileceğini bilme ve bunun hangi usule tabi olacağını bilmedir öngörülebilirlik, yasal kesinlik ilkesi. Bu nedenle kullanılan teknolojilerin sürekli geliştiği göz önüne alındığında haberleşme özgürlüğüne müdahaleye dair açık, ayrıntılı kuralların olması bir zarurettir. Yani özellikle son zamanlarda gelişen teknolojiyi düşündüğümüz zaman bir kere dinlemeyi düzenleyen yasal mevzuatın bir şahsın veya bir resmi otoritenin keyfi kullanımına müsaade etmeyecek derecede kati olması lazım ki biz güvende hissedelim kendimizi. Keyfen birisinin bizi dinlemediğini bilelim.

Mahkemeye göre, mahkeme uzun uzun Moldova'nın dinlemeye ilişkin yasal mevzuatına atıflarda bulunuyor ve diyor ki sizin mevzuatınız tamamıyla açık uçlu. Dinlemenin nerede başladığı, ne zaman biteceği, hangi kurallara göre yapılacağı belli değil. İlgili yasal mevzuat hangi suçların dinlenme tedbirine konu olabileceği hususunda yeterli açıklığa sahip değil. Yasal mevzuat dinleme süresine ilişkin olarak açık ve net bir sınırlama da getirmiyor. Yargıcın rolü dinlemeye ilişkin formalitenin yerine getirilmesiyle sınırlı. Fazlı Hocam söyledi, Adalet Bakanlığı üç ay içerisinde 70 bin kişinin dinlendiğini söylüyor. Bakın, Adalet Bakanlığı'na sormak lazım, 70 bin kişiden kaç kişiye dava açıldı ve bu kişilerden kaçı ceza aldı. Bu çok önemli bir istatistiktir. Kullanılan yöntemin gerçekten keyfi olmadığının göstergesinin bir tanesi 70 bin kişiden kaçının hakkında dava açıldığı, açılan davada dinlemelerin ne kadar kullanıldığı ve kaçının mahkûm olduğudur. Bu keyfiyetin olup olmadığını açıkça ortaya koyar. Mahkemeye göre müdahale yasaya uygun mu, bu Moldova Yasasına göre. Ulusal hukuk hangi şartlarda böyle bir tedbire başvurulacağı ve resmi makamların hangi koşullara bağlı olduğu hususunda yurttaşa açık bir fikir verecek terminolojiyle yazılmalıdır. Bu okunaklı olması değil, yani adam diyecek ki, evet, ben şu ko-

şullarda dinlenebilirim. Bu tür gizli tedbirlerin icrasının ilgili bireylerin veya kamu düzeninin denetimine açık olmaması nedeniyle, çünkü gizli, kimse bilmiyor, hâkime ve diğer adli makamlara bahşedilen takdir yetkisinin katı kurallarla sınırlandırılmamış olması hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Rona Hocam bahsetti, tutuklama tedbiri açısından bahsetti, yani tutuklama bakın çok fiziki bir şey, adamı alıyorsun, cezaevine koyuyorsunuz. Yani adam cezaevinde hürriyetinden kısıtlanmış ve dolayısıyla oradaki olgular çok önemli, ama orada her şey açık. Biliyor, savunma geliştiriyor, itiraz ediyorsunuz, vesaire, ama burada bunu bilmiyorsunuz dinlenip dinlenmediğinizi, o yüzden çok tehlikeli.

Sonuç olarak yasanın yetkili makamlara bahşedilen bu takdir yetkisinin kapsamı ve bu yetkinin kullanılmasına dair bireyi keyfi müdahaleden koruyacak gerekli güvenceyi açık bir şekilde ortaya koyması zorunludur. Bu da Huvig / Fransa kararından. Telefonların dinlenmesi kişinin hakları açısından oldukça ciddi bir müdahale Mahkemeye (AİHM) göre, dolayısıyla sadece kişinin çok ciddi suç faaliyetleri içinde olduğuna dair makul bir şüphenin bulunması gerekiyor. Bakın, çok ciddi suç faaliyeti içine girmesi gerekiyor kişinin. Şahsa ilişkin birtakım olgular var, bulgular var ve o şahıs suç işliyor ve o şahsın suç işlediği hususunda kuvvetli bir şüphe var ortada ve ondan sonra dinliyorsun. Bizde 5397 sayılı Yasa şunu söylüyor, 250. maddenin 1. fıkrasının a, b, c bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla dinleme yapılabilir. Bakın, suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla, suç işlemesi önleme dinlemesi bizde var. Bu ne demek? Yani şahıs henüz suç işlemese bile dinlenebiliyor. Hatırlıyorsanız 2005 senesinde bir sürü tartışma olmuştu. Ankara DGM'ye başvurmuştu zannedersem Jandarma veya Emniyet tüm Türkiye'de dinleme yapabilmek amacıyla. Bunu Ankara DGM reddetmişti, sonra Diyarbakır'dan bu kararı almışlardı ve o zaman basında / Sabah Gazetesi'nde tüm Türkiye şu anda dinleniyor diye haberler çıkmıştı.

Yukarıda bahsedilen problemler Moldova'daki gizli dinlemenin uygulaması hususunda çok bariz bir etki yaratmak-

tadır. Telefon dinleme başvuruları ve başvuruların kabulüne dair istatistikler ilgili yasanın yeterli güvencelerden yoksun olması nedeniyle bu tedbirin aşırı derecede kullanıldığını ortaya koymaktadır. Yani özetle şunu söylüyor, madem dinleme bir delil toplama aracı ve bu çok önemli bir araç ve özgürlüklerin kısıtlanması açısından son derece belirsiz, kontrolü zor bir müessese o zaman sen buna en sonra başvuracaksın diyor. Ancak sen bunu aşırı kullanmaktan metal yorgunluğuna uğratmışsın, yani en son yerine ilk başta bunu kullanmışsın. Bizdeki durum budur. Yani mesela ne yapması lazım? İlkönce tanık dinlemesi lazım veya keşif yapması lazım veya başka türlü delil toplama araçlarına başvurması lazım ve savcının yargıca giderken demesi lazım ki, ben şu delil toplama araçlarına başvurdum, ama bir delil elde edemedim. Dolayısıyla bu yola başvurmak istiyorum demesi lazım, ama bizde tabii ilk başta hemen bu gündeme geliyor. Moldova ulusal hukuku telefon konuşmalarına müdahale hususunda devletin kötüye kullanımına dair yeterli koruma sağlamamaktadır, buna birazdan geleceğiz.

Bir tane de Bulgaristan davası var, bu biraz eski tarihli, 2007 tarihli, İnsan Hakları ve Avrupa Entegrasyon Derneği/Bulgaristan davası. Şimdi hem Moldova davası hem Bulgaristan davasında hükümetlerin geliştirdiği savunmalar şu. Özellikle Moldova davasında oradaki Adalet Bakanlığının temsilcisi veya Yargıtay Başsavcısı avukatları tehdit ediyor. Siz Moldova'nın uluslararası itibarını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde kötülüyorsunuz, o yüzden başınıza iç açarım diyor, Bulgaristan davasında da öyle. Başvurucu derneğin amacı insan haklarının korunması, bu da aynı, bakın soyut gidiyor, somut dinlemeye ilişkin delil yok burada. Üyeleri ve çalışanları hükümet politikalarını sert bir şekilde eleştiriyorlar ve Sözleşme'nin 6. maddesi, yani adil yargılanma hakkının, Sözleşme'nin 8. maddesi özel yaşam, haberleşme hürriyetinin ve 13. maddesi konuyla ilgili etkin bir iç hukukun olmadığı yakınmaları ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gidiyorlar. Yine AİHM Klass ve diğerleri / Almanya davasına, Malon / İngiltere, Weber / Almanya davalarına atıfta bulunarak şahısların mağduriyet statüsünün, yani derneğin mağduriyet statüsünü hakkında herhangi bir

dinleme olmamasına rağmen kabul ediyor. Yine mahkemenin değerlendirmesi şu, bir müdahale var mı, ilkönce mahkemenin sistemi budur, bir müdahale var mı, varsa haklı mı, meşru mu? Bu ne demek? Yasal bir dayanağı var mı, ulaşılabilir mi, öngörülebilir mi ve hukukun üstünlüğü ilkesiyle uyumlu mu?

AİHM aynı şekilde değerlendirmesini yaptı, müdahale öngörülebilir mi, hukukun üstünlüğü ilkesi ile uyumlu mu, dinlemeye tabi tutulacak suçların muhtevası, çok ciddi suçlar olacak, telefonları dinlenecek olan kişilerin açıkça tanımlanması gerekiyor. Müdahalenin süresi, elde edilen bulguların incelenmesi, kullanılması ve saklanması usulünün ne olduğunun açıkça düzenlenmesi gerekiyor. Devam edelim elde edilen bilgilerin muhafazasına ilişkin önlemler, kim bu bilgileri tutacak, kim saklayacak, elde edilen bilgilerin imhasına ilişkin usul var mı, varsa nasıl işliyor. Yani bizde tamamıyla bütün bu safahatta bilgilerin saklanması, tutulması, bunların imhasına dair avukat veya şahıs sürece katılamıyor. Hadi diyelim ki şahıs dinlendi, hani zannedersem İstanbul Cumhuriyet Başsavcısı'nı da dinlediler, dinlendi, tamam bunlar saklandı. Ancak bunların imhası, yok edilmesi, saklanması hususunda, hadi diyelim imha edeceksin, dedi ki, size bir yazı geliyor, soruşturma aşamasının bitmesinden sonra hakkınızdaki dinleme kayıtları imha edilmiştir, imha edilmiş midir? Siz inanıp, dinlenmede yoktunuz, dinlenme kararı verilirken yoktunuz, imhasında yoksunuz, hiç haber verme daha iyi. Mutlaka silahların eşitliği diyoruz ya her safahatta, niye avukat yok, örnek Craxi / İtalya davası, Craxi 1983-1987 yılları arasında İtalya'nın Başbakanlığını yapmış bir şahıs. İddia ondan bundan para aldığı. Temiz eller operasyonu hatırlarsanız ve onlardaki usul şu, yargılama başlamadan önce savcı dinlemeye ilişkin tüm tapeleri, yani kaydettiği tüm bilgileri mahkeme kalemine sunuyor. Bir duruşma yapılma ihtimali var, hangi tapeler kullanılacak yargılama sırasında, bu çok güzel bir şey bakın, hangi tapeler kullanılacak duruşması yapılıyor. Amerikan sistemindeki tanıkların seçilmesi duruşması gibi. Yani iki taraf bir araya geliyorlar, efendim şunlar şunlar, şu tapedekiler özel hayattır, bunları çıkaralım, şunlar şunlar isnat edilen suçla alakalıdır, bunlar kalsın, bizde böyle bir usul

var mı? Yok, tamamıyla savcının inisiyatifinde, savcı derken kastım çoğu zaman kolluğun inisiyatifinde.

Lambert / Fransa davası, bu dava da Türkiye'de çok tartışıldı, özellikle Yargıtay'ın bu karara dayanarak verdiği bir kararı var. Bu davada vatandaş mobilya ticareti yapan bir şahıs. Hırsızlık, soygun vesaire sebebiyle bir başkasının telefon hattına dinleme kararı veriliyor. Buna karşın bu hattan telefon konuşması yapan hattın sahibi olmayan başvurucu hakkında altı aylık kadar bir tutuklama tedbirine başvuruluyor, sonrasında başvurucun itirazları reddediliyor. Dinleme yapılan hat R.B adlı bir şahsa ait. Başvurucu telefon hattının dinlenmesi müdahalesine, o dinleme kararlarının, çünkü uzatmalı bunlar, birkaç defa uzatılıyor, gerekçesiz olduğundan itiraz ediyor. Mahkeme diyor ki, kardeşim sen kimsin, sen RB misin? Hayır, sen Michael Lambert'sin diyor. O zaman itiraz edemezsin diyor, çünkü senin hakkında dinlenme kararı verilmemiş ki, ama şahıs ben dinlenmişim başkasının telefonundan diyor. AİHM buna diyor ki, hayır, böyle yapamazsın. Siz orayı aradınız ve dinleme gerçekten usulsüz ve sizin hakkınızda 138 uyarınca, tesadüfen elde edilen deliller uyarınca işlem yapıldı, hakkınızda dava açılıyor, soruşturma başlattı hemen, ne yapacaksınız, itiraz edemeyecek misiniz? Mahkeme değerlendirmesinde diyor ki, RB hattı üzerine yapılan dinlemeler sonucunda elde edilen deliller neticesinde tutukluluk tedbirine başvuruldu, bundan bahsettik. Fransız Yargıtayı başvurucunun hattının üçüncü şahsa ait olması nedeniyle dinleme kararlarına itiraz hakkının olmadığına karar veriyor, yani taraf ehliyeti yok diyor (locus standi), öyle söylüyor. Başvurucu üçüncü kişinin hattı üzerinden yapmış olduğu konuşmalarına müdahale edildiği, iletişimine müdahalenin gerekçesiz standart formlarla uzatıldığı, üçüncü kişi olması nedeniyle dinleme kararlarına yapmış olduğu itirazların ilk derece mahkemesi tarafından reddedildiği, bunun ulusal makamlar tarafından onandığı yakınmasında bulunuyor ve Mahkeme (AİHM), Yargıtay'ın gerekçesinin kendilerine ait olmayan telefonlarla yaptıkları konuşmalar nedeniyle çok sayıda insanın hukuk korumasından yoksun bırakılmasıyla

sonuçlanacağını söylüyor, son derece mantıklı. Sen böyle bir karar verirsen dinleme kararı verilmiş bir sürü hattan o hatta telefon eden veya o hattı kullanan vatandaşlar korumasız kalır diyor. Ulusal mevzuat etkin bir şekilde başvurucuya koruma vermediğinden bahisle 8. maddenin yanı sıra 13. maddenin de ihlal edildiğine karar veriyor.

Şimdi bizdeki mevzuat şu, kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı bahsettiğim gibi, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması, gerekiyor. Yine başka bir belge, çok da dağıtmayayım, tekrar geri dönelim, bu ne demek, başka delil elde etmesinin imkânının bulunmaması, kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması. Yani bir kere yasanın şunu söylemesi lazım, efendim bir savcının veya hâkimin böyle bir karar verebilmesi için senin somut olarak kuvvetli şüphenin ne olduğunu ortaya koyman lazım ve o şahıs hakkında, o şüpheli hakkında hangi bilgi / delil elde etme yöntemlerine başvurduğunu açıkça yazman lazım, yasanın lafzı bu. Uzatmalar açısından da aynı usul var, yani karar nasıl veriliyorsa uzatmanın da öyle yapılması lazım. Ancak ne oluyor, diyelim üç ay dinleme kararı verildi vatandaş hakkında, kolluk tekrar istiyor üç ayın bitmesine yakın olarak, efendim uzatmanın devamı gerekiyor diye, genellikle hemen uzatma kararı veriliyor. Esasında ne olması lazım? Şimdi üç ayda istenilen delilin elde edilmediğinin ve kuvvetli suç şüphesinin hala var olduğunun bir kere ortaya konulması lazım. Bunun için ne gerekiyor? O ilk üç ayda veya bir ay, iki ay, azami süresi ilk üç ay, ilk üç aydaki tüm tapelerin aslında çözümünün yapılıp yargıca sunulması lazım. Çünkü denetim mekanizması, sen uzatma istiyorsun, o zaman ispatlaman lazım, ben üç ay dinledim, şahıstan bir şey elde edemedim. Bu döneme ilişkin uzatmanın talep edilmesi öncesinde çözüm yapılıyor mu? Hayır. Öyle bir şey var mı? Hayır. Temel sorunlardan birisi budur.

Düzenli aralıklarla dinlemenin çözümleri hâkimin denetimine sunulmalıdır, azami bir sürenin belirlenmesi zaruridir. Burada bir maksimum süre konması lazım, altı ay, en fazla altı

ay, tutukluluk tedbirinde olduğu gibi. Mutlaka bir maksimum süre olması lazım, yoksa özellikle 5397sayılı Yasa ile bir şahıs açısından uzun yıllar dinleme yapılabilir. İletişimine müdahale edilecek şahsın tereddüde yer bırakmayacak kesinlikte, açıklıkta tespiti, ilgili kimlik bilgilerinin kararlaştırılması gereklidir. Bakın bu çok önemli bir şey, neden? Çünkü yasal mevzuat şöyle yapmıyor, PTT'den kişinin telefon numarasını alıyor, efendim biz şu hattın sahibi Ahmet, Mehmet hakkında dinleme yapacağız, böyle bir şey değil. Yasal mevzuat şöyle, kullandığı telefonlar diyor, bakın kullandığı telefonlar, 5397 sayılı Yasanın lafzı bu. O şahsa ait olmasa bile o şahsın kullandığı telefonlar. Şimdi pazartesi günü Taraf Gazetesinde bir yazı vardı, Mehmet Baransu dedi ki, beni Van Jandarma bir yıldır dinliyormuş, başka isim altında, 98 Ekiminden beri ve başka bir isim vermişler dinleme kararı için. Efendim şu şahsın kullandığı şu şu IMEI numaraları, telefon numaraları, telefonun IMEI numaralarına dayanarak o şahıs hakkında bir yıl dinleme yapmışlar. Yani şöyle bir şey söyleyeyim, bu tabii onun iddiası, eğer doğruysa bir şahıs hakkında, mesela diyelim ki çok önemli bir suç şebekesinin liderini veya çok önemli bir suç şebekesine üye olduğu iddiasını veya o ismi belirterek, o şahsı belirterek siz çok farklı bir şahsı dinleyebilirsiniz ve kovuşturmaya yer olmadığına kararı vererek bunları imha edebilirsiniz. Kimse duymaz, kimse bilmez, o orada kalır. Dolayısıyla bu çok önemli, yani şunun yapılması lazım, efendim Hasan Hüseyin'in kullandığı şu şu IMEI numaraları. Bir kere kolluğun şunu yapması lazım, öyle söyleyelim, savcının şunu açıkça ortaya koyması lazım, efendim bu adam gerçekten bu IMEI numarasını kullanan Hasan Hüseyin'dir. Efendim bu Hasan Hüseyin'in kullandığı telefondur, her ne kadar IMEI başka şahsa ait olsa da. Nasıl bileceğiz? Sinyal tespiti var değil mi? Adam nereye gitti, efendim bakın Hasan Hüseyin'in fotoğrafı bu, izleme kararı verelim, şuradaydı, sinyal tespiti yaptırdık, o hala orada, bakın, demek ki Hasan Hüseyin bu telefonu kullanıyor.

Bizde böyle kontrol genellikle yapılmıyor. Efendim Ahmet, Mehmet, işte çok tehlikeli bir adam hakkında şunları kullanıyor, gerçekten de kullanıyor olabilirler, çünkü çeteler de ken-

dilerine göre tedbir alıyorlar suç işlemek için, ama bu demek değildir ki sistem keyfiliğe müsaade edecek. Somut olarak vaka, işte Hocam da yazarak hatırlattı bana, Radikal'in bugünkü manşeti, Taraf Gazetesinin Pazartesi gününki haberi. Şimdi aslında çoğuna değindim, esas sorun bir de şu belki de: madde 6/1 silahların eşitliği prensibi gereğince, bu çok önemli bir şey, bu bütün aşamalarda, bütün kısıtlılık kararları var, vesaire, avukatlar delillere erişemiyor, ama sorun şu, avukatlar bu süreçte yoklar, katılamıyorlar. Kısıtlılık kararının kalkmasına kadar avukatların bu sürece dahil olmaları mümkün değil, imha sürecine, hangi kayıtların seçileceğine, hangi tapelerin seçileceğine, hiçbirine, bu tamamıyla silahların eşitliği prensibine aykırı bir durum.

Şimdi esas önemli olan sorun şu, ona da değineceğim ve sonra bırakacağım. Gerçi eğer beş dakika müsaade edilirse hemen 539 nolu Yasaya da değinip bırakacağım. Sorun şudur arkadaşlar, Pardon Filmini seyrettiniz, Ferhan Şensoy'un çok güzel bir filmi. Pardon, bir adamı dinliyorsunuz, hakkında dava açmıyorsunuz, sonra kendisine bir yazı gönderiyorsunuz. Efendim, biz sizi dinledik, çok temizsiniz, sorun yoktur, hakkınızda 30 tane kaset var, bunları da imha ettik, işte size imha tutanağını gönderiyoruz, pardon. Bu yöntem hukuk devletinde olmaması lazım. Şimdi CMK 141 demiş ki, haksız tutuklarsan, haksız yakalarsan, haksız ararsan, haksız el koyarsan tazminat müessesesi var m.141'de, ya haksız dinlenirsen, yok öyle bir şey, böyle bir düzenleme maalesef yok. Tartışmalı bir husus, genel hükümlere göre açılır, hâkime karşı kusurdan açılır, vesaire, klasik tazminat davası açılır, vesaire, ama buna ilişkin açık bir düzenleme yok bakın, bu kadar önemli bir meseleye ilişkin CMK'da bir düzenleme yok, bu çok önemli. Sadece şüpheli için değil bu bakın, üçüncü şahısların bazı konuşmaları da dosyalara giriyor, üçüncü şahısların bilgileri, konuşmaları da dosyaya giriyor, onlar ne olacak? Adam şüpheli bile değil, dosyada birtakım mesela özel yaşama ilişkin çok özel bilgiler dosyada ifşa olmuş, o ne yapsın? Dolayısıyla en büyük eksiklerden birisi de bu.

SERKAN CENGİZ'İN KONUŞMASI

Şimdi çok hızlı Fazlı Hocamın sorusuna kendimce AİHM kararlarını takip etmeye çalışan birisi olarak söyleyeyim, 5397 sayılı Yasanın metni bu, 250. maddenin 1. fıkrasının a, b, c bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, bakın, önlenmesi amacıyla hâkim kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde emniyet genel müdürü veya istihbarat başkanının yazılı emriyle bunu jandarma ve milli istihbarat olarak çoğaltın lütfen, dinleme yapılabilir. Yapılırsa 24 saat içinde hâkim onayı, vurucu olan kısım şu, ancak bu dinleme işlemlerine dair dinleme terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin gerekli görülmesi halinde, kim görecek bunu sizce, kolluk, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar, müteaddit defalar uzatılmasına izin verebilir. Bugün bu gündemde çok tartıştığımız pek çok vakadaki yaslanılan dinleme kararlarının verilmesine sebep olan madde budur ve bununla siz sonsuza kadar, dinleyebilirsiniz. Çok teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

Av. Vedat Ahsen COŞAR- Evet, Sayın Cengiz'e biz teşekkür ediyoruz, hem insan hakları boyutuyla, hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından da örnek vermek suretiyle konuyu açıkladı. Şimdi Sayın Murat Önok, ben Murat Bey hakkında da size kısa bir bilgi vereyim. Kendileri İzmir 9 Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun. 2000 ve 2007 yılları arasında 9 Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesinde ceza hukuku ve CMK hukuku konusunda görev yaptı, ders verdi. 2005 yılında doktorasını verdi, Eylül 2007'den itibaren Koç Üniversitesinde çalışıyor, alanı uluslararası ceza hukuku, insan hakları hukuku ve devletler genel hukuku.

Yrd. Doç. Dr. Murat ÖNOK
Koç Üniversitesi

CEZA MUHAKEMESİNDE TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ*

Teşekkür ederim Sayın Başkan. Değerli katılımcılar; arkadaşlar sistemimizi kurarken ben kısaca konuyu izah edeyim. Bir ceza hukukçusu olarak, ceza muhakemesinde iletişimin denetlenmesi kavramını[1] açmaya çalışacağım[2]. Çünkü sabahtan beri iletişimin dinlenmesinden bahsediyoruz, ama az sonra göreceğiniz gibi, iletişim derken, biz bunu hep telefon olarak tasavvur etsek de, bunun içinde, duruma göre, faks da var, e-mail de var, chat de var, facebook da var, twitter de var. Öte

---

* R. Murat ÖNOK, Yardımcı Doçent Doktor, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi. 10.12.2009 tarihli panelde yapmış olduğum konuşmaya ait bant çözümünün, eksik kalan bazı hususlar dipnotlarda işlenilmek ve bazı yerleri değiştirilmek suretiyle düzeltilmiş ve genişletilmiş şeklidir.

1 Bu konudaki tartışmalar için bkz. *Özbek,* Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006, s. 418-420; *Kaymaz,* Seydi, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Ankara, 2009, s. 27-30; *Vatan,* Zeki, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi, İstanbul, 2009, s. 5-8.

2 Bu bakımdan, konuşmamız "adli amaçlı" iletişimin denetlenmesine dairdir. Bu nedenle, aşağıda inceleyeceğimiz tedbirlere ancak ceza hukuku anlamında bir "suç"un söz konusu olması ve, en azından, bunun soruşturmasına başlanılmış olması kaydıyla başvurulabilir (bkz. *Yenisey,* Feridun/*Altunç,* Sinan, İletişimin Denetlenmesi Hakkında, Ord.Prof.Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Türk Ceza Hukuku Derneği - Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu – Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı Yayını, Cilt II, Ankara, 2008, s. 1315; *Yokuş Sevük,* Handan, Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, TBBD, Sayı 69, Mart-Nisan 2007, s. 108; ayrıca bu konuda bkz. örneğin, Yar.4.CD., 6.11.2007, 8700/8903).

yandan, biz iletişimin dinlenmesi diyoruz, ama "denetlenme" kavramı içinde dinleme var, kayda alma var, iletişimin tespiti var, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi var, mobil telefonun yerinin tespiti var ve bunların her biri ayrı müesseseler. Açıkçası, ben Türk ceza hukukundaki iletişimin denetlenmesine dair düzenlemeleri genel olarak beğeniyorum[3]. Gerçek şu ki, yapısı itibarıyla çok karmaşık bir tedbir bu. Dolayısıyla, kanuni düzenlemeniz ne kadar iyi olursa olsun, iş uygulamada bitiyor. Çünkü, az sonra göreceğiniz gibi, çok fazla bit yeniği var. Uygulamanın amacı kanunu dolanmak olunca, siz istediğiniz kadar insan haklarına uygun bir kanun hazırlayın, bazı ihlalleri önlemeniz mümkün olmuyor.

Slaytlara başvurmaksızın bazı şeyleri temel olarak açıklamaya başlayayım. CMK 135 bizim temel maddemiz. 135. maddenin 1. fıkrasında, dört tür tedbir var: iletişimin tespiti, iletişimin dinlenmesi, iletişimin kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi[4]. CMK 135/4'te ise, mobil telefonun yerinin tespiti adlı bir koruma tedbirimiz var[5]. 135. maddesinin 1. fıkrasındaki iletişimin tespiti, dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinde, amacımız, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturma hakkında delil elde etmektir. Dolayısıyla, bana göre, kural olarak, şüphelinin yakalanması amacıyla bu tedbirlere başvurulmamalıdır[6] ama Türkiye'de

---

3 Türk kanunlarının bu konuda AİHS gereklerine uygun, yeterli güvenceler sağladığı konusunda bkz. *Yenisey/Altunç,* s. 1317.

4 CMK m. 135/1 (ilk cümle): "*Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir*".

5 CMK m. 135/4 (ilk cümle): "*Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için,(...) mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir*".

6 *Kaymaz,* s. 56; *Taşkın,* Mustafa, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Ankara, 2008, s. 72; aksi görüşte *Kunter,* Nurullah/*Yenisey,* Feridun/*Nuhoğlu*, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, İstanbul, 2006, s. 698.

uygulama aksi yöndedir. Bu dört tedbire hem şüphelinin yakalanması hem de delil elde edilmesi amacıyla başvurulmaktadır[7]. Mobil telefonun yerinin tespitinin amacıysa sadece ve sadece şüpheli veya sanığın yakalanmasıdır[8]. Burada da uygulamada hem delil elde etmek hem de şüphelinin yakalanması amacıyla bu işlemlere başvurulmaktadır[9].

---

7 *Kaymaz,* s. 57.

8 *Özbek,* s. 421; *Yokuş Sevük*, s. 112; *Taşkın,* s. 81, 171; *Kaymaz,* s. 56; *Şahbaz,* İbrahim, İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller, Ankara, 2009, s. 131.

9 Öte yandan, "Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada ... şüpheli veya sanığın" tebdire muhatap olabileceği belirtildiğine göre, iletişimin denetlenmesi tedbirine hem soruşturma hem de kovuşturma aşamasında başvurmak mümkündür (*Öztürk,* Bahri/ *Tezcan*, Durmuş/ *Erdem,* Mustafa Ruhan/ *Sırma,* Özge/ *Saygılar,* F. Yasemin/ *Alan,* Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara, 2010, s. 470; *Ünver,* Yener/*Hakeri*, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2010, s. 423; *Toroslu,* Nevzat/*Feyzioğlu*, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2006, s. 248-9; *Özbek,* s. 424; *Erdem,*Mustafa Ruhan, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3, Nisan 2005, s. 100; *Şen,* Ersan, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme – Gizli Soruşturmacı – X Muhbir, 3. Baskı, Ankara, 2009, s. 63, 97 ("*Şen*, Telefon Dinleme"); *Kaymaz,* s. 164-165; *Şahbaz,* s. 88; *Meran,* Necati, Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi (Telefon Dinleme – Sms – Mms – E-Mail İzleme) – Gizli Soruşturmacı – Teknik Takip, Ankara, 2009, s. 63-64; *Hakeri,* Hakan, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: I, Sayı 1, Yıl 2006, s. 23; aksi görüşte *Centel,* Nur/*Zafer,* Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, İstanbul, 2010, s. 409 (kıyaslayınız, aynı yazarların, tebdire kovuşturma aşamasında başvurulabilmesinin tedbirin gizliliğiyle bağdaştırılmasının zor olduğu konusundaki eleştirisi, age, s. 405). Yine bkz. *Taşkın,* s. 86, 98 (yazara göre, teoride, kovuşturma aşamasında iletişimin denetlenmesi mümkün olsa da, pratikte, başka suretle delil etme imkanının bulunmaması koşulu sebebiyle, bu mümkün olmamalıdır); *Kunter/ Yenisey/Nuhoğlu*, s. 698 (davanın açılmasıyla dinleme imkanı ortadan kalkar, bunun tek istisnası, sanığın yakalanabilmesi amacıyla yapılan dinlemedir); *Şahin,* Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara, 2007, s. 272 ("*Şahin*, Ceza Muhakemesi") (kovuşturma evresinde sanık bakımından gizlilik arz eden bu tedbirin uygulanması zor gözükmektedir; delillerin asıl olarak soruşturma evresinde toplanacağı düşünülürse, sanık bakımından kovuşturma evresinde bu tedbire gerek kalmayacağı da söylenebilir); *Bayraktar,* Köksal, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı – Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, TCHD, İstanbul, 2009, s. 89 (yeterli kanıt elde edildikten ve buna dayanılarak dava açıldıktan sonra yeniden delil toplanmasının kabulü, adil yargılanma hakkına ve savunmanın eşit koşullarda işlevini yerine getirebilmesi olgusuna aykırıdır). Bize göre, iletişimin tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespiti açısından, kovuşturma aşamasında da bu tedbirlere başvurulabileceğinde tereddüt yoktur. Dinleme ve kayda alma bakımından ise, "kuvvetli şüphe sebepleri"ne verilecek anlama göre soru cevaplanabilecektir.

İletişimin denetlenmesi derken[10], iletişim kavramına[11] neler giriyor? Elbette ki, sabit ve mobil telefonlar yanında, internet üzerinden gerçekleştirilen birtakım haberleşmeler (e-mail, voicemail, eşzamanlı yazışma, chat gibi) ve bazı koşullarla fakslar da bu kapsama giriyor[12]. Gerçi, faksın alıcının elindeyken ele geçirilmesi ya da gönderici tarafından gönderilirken posta kuruluşunda ele geçirilmesi postada el koyma sayılıyor, ama teknik olarak, faks iletilirken de o anda bir nüshasını ele geçirmeniz mümkün. Yani, gönderici, alıcıya faksı gönderirken aynı zamanda bir nüshası da yazılı olarak takip edenin faksına geliyor. İşte bu da iletişimin denetlenmesine giriyor[13]. Peki, internette yapılan konuşmalar ne ölçüde iletişimin denetlenmesi tedbirini ilgilendirir? Burada vurgulanması gereken husus şudur: internette yapılan yazışmalar, özel hayatı ilgilendirdiği, mahremiyet söz konusu olduğu ölçüde CMK m. 135'e tabidir[14]. Bazı örnekler vereyim, herkesin girebileceği, açık türden bir mailing list'e mail attınız ve yaptığınız kötü bir şeyi anlattınız. Bu iletinin ceza muhakemesinde kullanılması CMK m. 135'e tabi değildir, çünkü buradaki mailing list zaten herkesin girebileceği aleni, kamuya açık bir şey, bu ileti delil olarak doğrudan kullanılabilir, hâkim kararına gerek yoktur. Herkese açık tartışma ortamları (*public/open forums*) bakımından da mahremiyet söz konusu değildir, burada da 135'teki usuller geçerli değildir[15].

---

10 Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, "*araya bir vasıta sokulmak suretiyle gerçekleştirilen her türlü haberleşmenin gizlice dinlenmesi, buradan elde edilen bilgilerin kaydedilmesi ve değerlendirilmesini kapsamına almaktadır*", *Erdem,* HPD, s. 97. Ayrıca bkz. *Şahin,* Cumhur, Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi – Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Yrd. Doç.Dr. İbrahim ONGÜN'e Armağan, Cilt: XI, Sayı 1-2, Haziran-Aralık 2007, Ankara, 2009, s. 1098 ("*Şahin*, Telekomünikasyon...").

11 İletişim kavramı, "*ses, yazı, haber veya sinyallerin telefon, telgraf, radyo ve benzeri elektromanyetik dalgalarla gönderilmesi veya alınması*" olarak tanımlanabilir (*Bayraktar,* s. 85). Fakat, ana metindeki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, CMK m. 135 anlamında "iletişim"in kapsamı daha dardır.

12 *Kaymaz,* s. 85; *Ünver/Hakeri*, s. 414-415; *Özbek,* s. 422; *Şen,* Telefon Dinleme, s. 58-59; *Meran,* s. 56. Telgrafın bu kapsamda olmadığına dair bkz. *Aytekin İnceoğlu,* Asuman, Türk Hukukunda Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Uğur Alacakaptan'a Armağan, Cilt 1, İstanbul, 2008, s. 107.

13 *Kaymaz,* s. 138.

14 Benzer anlamda *Ünver/Hakeri*, s. 469.

15 *Kaymaz,* s. 141.

Ama intraneti düşünürseniz, intranet nedir? Sadece belirli kişilerin ya da sadece belirli bir kurum personelinin erişime hakkı olan ortamdır. Mesela buradaki iletişimi denetlemek isterseniz 135'e başvurulur. Peki twitter? Ben kullanmıyorum, ama anladığım kadarıyla benim twitter hesabım olmasa bile diğer herkesin twitterine bakabiliyorum. Doğru mu? O zaman bu da 135'e tabi değildir. Mesela orada yazdık: 02.10- Keçiören'de bir işim var, 03.30'te yeni ileti - işi kökünden hallettim. Daha sonra ortaya çıkıyor ki, 02.45'te, Keçiören'de, iletinin sahibinin nefret ettiği, kendisini aldatan ve öldürmekle tehdit ettiği eşi vurulmuş. Şimdi bu iki iletiyi delil olarak kullanabilecek misiniz? Twitter herkese açık, evet. Facebook'ta ise, güvenlik ayarlarına bakmak gerekir, eğer gizlilik ayarınızda profiliniz herkese açıksa, bu ortam alenidir, burada yazdıklarınızın kullanılması CMK 135'e girmez. Eğer sadece seçtiğiniz kişiler görebiliyorsa, özel hayatınıza girer, mahremiyet vardır, İngilizce'de "reasonable expectation of privacy" deniliyor buna[16]. Dolayısıyla, burada yazanların ele geçirilmesi 135'e tabidir[17].

Öte yandan, kanunda öngörülen denetim türleri de farklıdır. Dinleme nedir? Konuşmaların canlı olarak dinlenmesidir[18]. Kayda almak nedir? Bu konuşmaların elektronik ortamda bir veri taşıyıcısına kaydıdır[19]. Bunlar iki ayrı tedbir gibi düzenlenmiş CMK'da, ama Yönetmelik'te[20]; dinleme, iletişimin kayda

16 "Gizlilik beklentisi" ile yapılan iletişimin tedbire konu olacağı hakkında bkz. *Centel/Zafer,* s. 404. ABD Hukukunda kavramın anlamı için bkz. *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, s. 997.

17 CMK m. 134 hükümlerine göre bilgisayar ve bilgisayar kütüklerine el konulduğunda, söz konusu cihazda yüklü programlar aracılığıyla gönderilen-alınan (ve muhafaza edilen) iletişimlerin de m. 135 kapsamına gireceği, bunların denetlenmesi için, m. 134'e göre alınan kararın yeterli olmadığı savunulmaktadır (*Aytekin İnceoğlu,* s. 111). Bu görüşe katılıyoruz. Bununla birlikte, bizzat bilgisayara yüklenmiş iletişim içerikleri açısından (örneğin, hard diske aktarılmış olan e-mail), ayrıca m. 135'e göre alınmış bir kararın aranması gerekmeyecektir.

18 *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, s. 701; *Şen,* Telefon Dinleme, s. 58.

19 *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, s. 701; *Şen,* Telefon Dinleme, s. 58.

20 Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik. Metin boyunca, "Yönetmelik" olarak anılacaktır.

alınması suretiyle yapılır diyor (m. 9/1)[21]. Bunun anlamı ne? Tek başına dinleme yapabiliyor musunuz? Hayır, zaten kayda almayla birlikte oluyor. Bunun bazı sonuçları var CMK 136'yla bağlantılı olan, ileride ona geleceğim. Bakmak gerekir, hâkim neye karar verdi, dinlemeye mi, kayda almaya mı? Diyebilirsiniz ki, dinleme zaten kayda almayı gerektiriyor, doğru. Ama sadece kayda almaya karar verildiyse aynı zamanda canlı olarak da dinlenecek mi? Zorunlu değil. Aradaki fark ne? Canlı olarak dinlemezseniz, kayda alıp daha sonra çözümü okursanız, artık çok geç olabilir ve öğrenmeniz gereken bazı bilgileri geç öğrenebilirsiniz ve artık delil elde etmek güç veya imkânsız hale gelebilir. Dolayısıyla, karar verilirken hâkim dinleme ve kayda almadan hangisini seçtiyse, buna riayet edilmelidir[22]. Sadece dinleme derse, zaten kayda almak zorundasınız yönetmelik gereği, ama sadece kayda alma derse dinlemek zorunda değilsiniz canlı olarak, bunun bazı sakıncaları olabilir. Diyelim ki, canlı dinlemeniz istendi, bu pratikte ne ölçüde mümkün? Üç ayda 70 bin dinleme kararı verilmiş, o kadar adamınız var mı TİB'de bunu canlı olarak dinleyecek? Yok, dolayısıyla uygulamada bunlar kaydediliyor, daha sonra çözümü yapılıp okunuyor. Demek ki, dinleme tam olarak uygulanamıyor.

Öte yandan, bazı durumlar m. 135 anlamında dinleme sayılmıyor. Dinlemeden bahsedebilmek için; iletişimin yapıldığı hat, sistem ya da ortama girilmeli (telefon hattına girerek dinleme yapmak gibi). Telefon hattına girmeden, mesela ahizeye bir cihaz yerleştirip dinlerseniz, bu m. 135'e değil, 140'a giriyor (teknik araçlarla izleme)[23]. Örneğin, ben yüz yüze biriyle konuşuyorum, beni dinliyorsunuz ortam dinlemesi gibi yöntemlerle, bu da 135'e girmiyor, 140'a giriyor. Dolayısıyla bunları karıştırmamakta fayda var.

Gelelim tedbir türlerine; iletişimin tespiti gibi terimler bazen doktrinde veya yargısal kararlarda yanlış kullanıla-

21 Zaten, kayda alma işlemi olmaksızın, dinlemenin tek başına bir anlam ifade etmeyeceği konusunda bkz. *Şahin,* Telekomünikasyon..., s. 1099.

22 *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, s. 706; *Kaymaz,* s. 111.

23 *Kaymaz,* s. 112; *Taşkın,* s. 78.

biliyor[24]. Eskiden, 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu döneminde, iletişimin tespitinin anlamı, iletişimin kayda alınmasıydı. Yeni dönemde bakıyoruz, Yargıtay bazı kararlarında iletişim tespit tutanaklarından bahsediyor, oysa kastettiği, aslında, dinleme tutanakları[25]. CMK'ya göre, iletişimin tespiti nedir[26]? İletişimin içeriğini dinlemeden, bunu tespit etmeksizin; belirli bir telefon numarasından kimlerin, ne zaman, ne kadar süreyle arandığı türüden verilerin ("detay bilgileri/ dış bağlantı verileri") tespitidir[27]. Ama konuşma içeriğine müdahale etmiyorsunuz, gördüğünüz gibi tedbir çok farklı. Ya da internet açısından; trafik verisinin[28], trafik bilgisinin tespiti demektir. Bana gelen e-mail kimden geldi, hangi server yoluyla geldi, ne zaman geldi, ne sürede geldi, gelen e-mailin boyutu ne, bunu tespit ediyorsunuz; ama içeriğine bakmıyorsunuz. Dolayısıyla, burada iletişimin tespitine doğru anlam vermek çok önemli. Bir görüşe göre[29]; m. 135/1'deki iletişimin tespiti, sabit telefonun yerinin tespitidir, 135/4'teki mobil telefonun yerinin tespitiyse, adı üzerinde, cep telefonunun yerinin tespitidir. Bu görüşe katılmıyorum; daha önce belirttiğimiz gibi, 135/1'deki tespit, delil elde etme amacına yöneliktir, az önce belirttiğim bilgilerin elde edilmesidir; m. 135/4'teki mobil telefonun yerinin tespitiyse, o telefonun nerede olduğunun tespitidir[30]. İkisi çok farklı şeyler, keşke kanunda ikisi için de aynı kelime ("tespit") kullanılmasaydı[31].

---

24 *Şahin,* Telekomünikasyon..., s. 1104.

25 YCGK, 12.6.2007, 2006/5.MD-154, 2007/145, YCGK 3.7.2007, 2007/5.MD-23, 2007/167 (aktaran *Kaymaz,* s. 114).

26 Yönetmelik m. 4/1-f: "İletişimin tespiti: İletişimin içeriğine müdahale etmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri" ifade eder.

27 *Şahin*, Ceza Muhakemesi, s. 266; *Şen,* Telefon Dinleme, s. 58; *Taşkın,* s. 77; *Meran,* s. 47.

28 Örneğin, e-mail göndericisi ve alıcısının internet adresi, bağlantı zamanı, süresi, bağlantı sistemi ve yolları (bkz. *Kaymaz,* s. 116).

29 *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, s. 701.

30 *Kaymaz,* s. 114.

31 Kıyaslayınız *Aytekin İnceoğlu,* s. 109 (yazar, tespiti, hem şüpheli/sanığın yerinin tespiti, hem de, bizim belirttiğimiz şekliyle, m. 135/1'deki "tespit" kapsamına giren işlemleri içerir şekilde anlamaktadır).

MURAT ÖNOK'UN TEBLİĞİ

Şüpheli ve sanığın iletişiminin tespiti için, m. 135/1'deki hakim kararı koşulu aranır[32]. İletişimin tespiti konusunda kanunda önemli bir değişiklik yapıldı; dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, sadece kanunda sayılan bazı suçlar açısından mümkün. Oysa, Yargıtay'ın da kabul ettiği üzere[33], iletişimin tespiti tedbirine her suç açısından başvurmak mümkündür[34].

İletişimin tespiti konusunda bazı sorunlar var. Mağdurun talebi üzerine, mesela benim kendi talebimle savcı benim iletişimimi tespit edebilir mi? Buna evet diyorum ben, uygulama da bu yönde[35]. Dolayısıyla, TCK 123'ü düşünün, sırf başkasının huzurunu bozmak amacıyla birisini bin kez üst üste aramak gibi; detaylı faturamı savcıya verip, diyebilirim ki, bakın, bu adam beni 24 saat içinde 852 kez aradı ya da bu bilgilerin elde edilmesini isteyebilirim. Bu bilginin elde edilmesi ya da kullanılması için hâkim kararına gerek yoktur. Fakat, ilginçtir, yönetmelikte ek bir koşul aranmış: maddi gerçekliğin araştırılması ve adil yargılamanın yapılabilmesi için zorunlu olduğu takdirde bu rızaya geçerlilik tanınmış[36]. Hemen ifade edeyim ki, Yargıtay, bu iki koşula benim gördüğüm kararlarda bakmıyor[37], mağdurun rızası varsa, savcının yazılı kararıyla doğ-

---

32 *Şen,* Telefon Dinleme, s. 81; *Şahin,* Telekomünikasyon..., s. 1104; *Meran,* s. 48; aksi görüşte *Turhan,* Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006, s. 266. Bu konudaki Yargıtay içtihatları arasındaki uyumsuzluk hk. bkz. *Kaymaz,* s. 115. Örneğin, CMK m. 135'teki koşulların aranmayacağına dair bkz. Yar.8.CD., 23.11.2007, 8616/8160.

33 Yar.2.CD., 25.6.2009, 22575/31143.

34 *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, s. 708; *Öztürk* (editör), Ceza Muhakemesi, s. 468; *Centel/Zafer,* s. 406; *Şahin*, Ceza Muhakemesi, s. 268; *Yokuş Sevük*, s. 109; *Aytekin İnceoğlu,* s. 111; *Şen,* Telefon Dinleme, s. 73; *Soyaslan,* Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2010, s. 274; *Ünver/Hakeri*, s. 415; *Taşkın,* s. 77; *Meran,* s. 48. Bunun eleştirisi için bkz. *Şen,*Ersan, İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 2, Sayı 4, Ağustos 2007, s. 109 ("*Şen*, İletişimin..."); *Bayraktar,* s. 91.

35 *Kaymaz,* s. 122-124; *Şen*, Telefon Dinleme, s. 87-88.

36 Yönetmelik m. 10/4: "*Bir soruşturma sırasında delil toplama kapsamında, somut olayın özelliğine göre maddî gerçekliğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için zorunlu olduğu takdirde, açık rızasının bulunması ve iletişim aracının kendisine ait olması şartıyla şikâyetçinin iletişiminin tespiti Cumhuriyet savcısının yazılı kararıyla Başkanlıktan istenir.*"

37 Aynı yönde tespit için bkz. *Kaymaz,* s. 124. Bkz örneğin Yar.4.CD., 20.6.2007, 4496/5905 (aktaran *Meran,* s. 106-107).

rudan bu veriler elde ediliyor, bence de doğrusu budur. Kaldı ki bu yönetmelik hükmü savcının genel soruşturma yetkisini kısıtlamaktadır, dolayısıyla bu düzenlemenin kanuna aykırı olduğunu kabul etmek icap eder[38]. Benzer şekilde, savcının CMK m. 160 ve 161 hükümlerine dayanarak, şüpheli/sanık aleyhinde kanıt olarak kullanılmak üzere, müşteki veya suçtan zarargörenin iletişimin tespitine karar vermesi mümkündür[39]. Nihayet; Yargıtay'a göre, abone adı, kimlik bilgileri, telefon numarası ve sim kart bilgilerinin işletmeci kurumlardan istenmesi için 135. maddesinin birinci fıkrasında yazılı bulunan "iletişimin tespiti" kararına gereksinim bulunmamaktadır[40]; bu tür bilgiler, "iletişimin tespiti" tedbiri kapsamına elde edilebilecek türden verilerden değildir.

Burada ilginç olan bir şey şu: dinleme ve kayda alma geleceğe yönelik bir tedbirdir. Gerçi, yeni gelişen teknolojiye göre deniliyor ki, bana bu iletildi, pek inanmadım, ama olabilir de, son bir yılda yaptığınız konuşmalar da geçmişe dönük olarak tespit edilebiliyormuş. Nasıl bir teknolojidir bilmiyorum, ama inşallah doğru değildir, çünkü Türkiye'de zaten yeterince sorunumuz var, bir de o teknoloji kullanılırsa tam yandık. İletişimin tespiti genelde geçmişe dönüktür, kim kiminle, ne zaman, nerede konuştu, bunların tespitinin istenmesi geçmişe dönük bir taleptir. Bu nedenle, bunun gizli bir soruşturma tedbiri olması[41] da pek mantıklı değil. Gerçekten, dinleme ve kayda alma neden gizli olmalıdır? Çünkü ben dinlendiğimi bilirsem, kendimi suçlu çıkaracak şeyler söylemem. Ama ile-

38 *Kaymaz,* s. 124.

39 Bu yönde Yar.4.CD., 29.11.2006, 4669/17007, Yar. 8.CD., 23.11.2007, 8616/8160 (aktaran *Ünver/Hakeri*, s. 426; aksi görüşte *Şen,* Telefon Dinleme, s. 87-88). Kıyaslayınız *Şahin,* Telekomünikasyon..., s. 1102-1103, yazar, konuya m. 135/4 açısından yaklaşmaktadır; ayrıca, genel hüküm niteliğindeki m. 160-161'e başvurmak suretiyle, özel hüküm niteliğinde olup, bazı güvenceler getiren m. 135'teki usulün devre dışı bırakılmasını eleştirmektedir).

40 Yar.2.CD., 25.6.2009, 22575/31143. Ayrıca bkz. *Şahin,* Telekomünikasyon..., s. 1106.

41 Koruma tedbirinin gizli (veya özel) olmasından maksat, tedbirin devlete aidiyetini gizlemek suretiyle muhataptan bilgi edinilmesidir, bkz. *Erdem,* Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara, 2001, s. 49; *Bayraktar,* s. 86.

tişimin tespiti bakımından, bir kez yapmış olduğum iletişimi geri alabilir miyim, yok sayabilir miyim, geri sarma imkân ve iktidarına sahip miyim? Değilim. Dolayısıyla bu tedbirin gizli olarak uygulanmasının pek anlamı yok. Nitekim, uygulamada da bu talepler savcılar tarafından açık olarak iletiliyor, İletişim Başkanlığı da bunları açık olarak yerine getiriyormuş[42]. Kanuna aykırı[43], ama mantıken doğru bir uygulama.

Diğer bir hususa gelirsek, iletişimin tespitinde üç aylık süre var. Burada sorun şu: peki, 10 yıl önceye dair, fakat üç aylık bir periyoda dair iletişimin tespitini isteyebilir miyim? Uygulamada buna imkan tanındığı belirtilmektedir[44]. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı şuna dikkat ediyor: üç aydan fazla iletişimin tespiti istenemez, ama üç yıl önce, mesela 01.01.2006'yla 15.03.2006 arasındaki iletişimin tespitini isteyebilirsiniz diyor ve bu bilgileri veriyor[45].

Şimdi sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine gelelim. Tanımı boş verelim[46], örnek üzerinden gideceğim. Her GSM operatörünün baz istasyonları vardır ve bu baz istasyonlarının bir kapsama alanı vardır. Siz o kapsama alanına girdiğinizde cep telefonu sinyal alışverişinde bulunur ve böylece kimin, en azından hangi telefonun, kime ait telefonun belirli bir zamanda hangi bölgede bulunduğu anlaşılabilir[47]. Bu da bir delil elde etme yöntemidir, olası failler belirlenebilir bu şekilde. Sinyal bilgileri sayesinde, kişiler arasındaki iletişim trafiği incelenebilir, arayan ve aranan kişi, kullanılan telefon cihazı, yer bil-

42 *Kaymaz,* s. 121.

43 CMK m. 135/5: "*Bu Madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur.*"

44 *Kaymaz,* s. 120.

45 *Kaymaz,* s. 122 (yazar ise, üç aylık süre sınırlamasının da uygulanmayacağı görüşündedir).

46 Yönetmelik m. 4/1-h: "*Sinyal bilgisi: Bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi*" ifade eder. Yönetmelik m. 4/1-ı: "*Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi: İletişimin içeriğine müdahale niteliğinde olmayıp yetkili makamdan alınan karar kapsamında sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemlerini*" ifade eder.

47 *Kaymaz,* s. 127.

gileri anlaşılabilir[48]. Mesela, Keçiören Sanatoryum Caddesinin üstünde Kuşcağız Mahallesine doğru dün gece 02.30'da faili meçhul cinayet kurbanı bulundu, 02'yle 03 arasında kimler oradaydı, GSM firmlarına sorarsınız[49]. Burada sorun şu, çoğu zaman bu tedbire başvurmak istediğiniz zaman, şüpheliler belli değildir, henüz bir isim yoktur elinizde. Çoğu durumda, tedbir, belirli ve somut kişi/kişilere yönelik değil, belirsiz ve çok sayıda kişiye dönüktür. Bu nedenle bir sorun var; çünkü bu tedbir için kanunda aranan koşul şudur: talepte, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği ve telefon numarasını belirtmek zorunludur[50]. Oysa zaten bilmiyorsunuz ki çoğu zaman bu kimliği, dolayısıyla fiilen bu tedbirin uygulanması çok zor[51]. Ne zaman uygulanabilir? *Alibi* savunması durumunda. Örneğin, ben adam öldürmekle suçlanıyorum, ama savcı beye diyorum ki, suçu güya işlediğim saatte ben Çankaya'da sevgilimle geceyi geçiriyordum. Mesela böyle bir durumda sinyallerim değerlendirilerek bu savunmamın doğru olduğu, en azından, söz konusu saatlerde cep telefonu sinyalimin oradan geldiği, tespit edilebilir; böyle bir durumda 135/3 uygulanabilir[52]. Ancak elinizde bir isim yokken, olası failleri belirlemek

48 *Şahin,* Telekomünikasyon..., s. 1100. Mesela, yer bilgileri sayesinde, bir kimsenin, yanında bulundurduğu cihazı sebebiyle takip edilmesi de mümkündür.

49 Fakat, sinyal bilgilerinin, bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalanması amacıyla işlenen her türlü veriyi ifade etmesi sebebiyle, bu örneğin ötesinde bir içeriği olup, iletişimin tespiti işlemi kapsamındaki verilerle de yer yer örtüşebilir (*Şahin*, Ceza Muhakemesi, s. 268; *Taşkın,* s. 81; *Şen,* Telefon Dinleme, s. 74. Hatta bir görüşe göre (*Aytekin İnceoğlu,* s. 108), CMK'nin "tespit" tanımı ile Yönetmelik'teki "sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi" tanımları birebir aynıdır).

50 CMK m. 135/3 (ilk cümle): "*Birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespite imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir.*"

51 *Kaymaz,* s. 127. Kıyaslayınız *Yenisey/Altunç,* s. 1318 (yazarlara göre, savcının genel araştırma yetkisine dayanarak ve CMK m. 135'e tabi olmaksızın, bunu istemesi mümkündür).

52 *Kaymaz,* s. 126. Diğer bir örnek de, çalınan bir cep telefonunun IMEI numarasının takibe alınarak, cihazı kullanan kişinin taktığı SIM kartından hareketle hırsızın kimliğinin tespit edilmeye çalışılmasıdır (*Aytekin İnceoğlu,* s. 109. Buna karşılık, hırsızın yerinin "iletişimin tespiti" sonucunda belirleneceği görüşüne katılmıyorum; kanaatimce, m. 135/4'teki "mobil telefonun yerinin tespiti" yoluyla bu sonuca ulaşılacaktır).

MURAT ÖNOK'UN TEBLİĞİ

için bu yönteme başvurduğunuzda, 135/3 bunu imkânsız hale getiriyor. Nitekim uygulamada TİB de bu tür soyut talepleri yerine getirmiyormuş, birkaç ay önce sadece bir kez yapılmış[53].

Mobil telefonun yerinin tespit edilmesi farklıdır, bakın bu geleceğe dönük bir tedbirdir. Şüpheli/sanığın kimliği bellidir ve onu yakalayabilmek için yerini tespit etmeye çalışırsınız[54]. Kanunun ilk halinde "kullanmakta olduğu telefon" diyordu, "kullanmakta olduğu" ibaresi çıkarıldı kanundan. Değişiklik gerekçesine göre, bunun amacı şudur: şüpheli ve sanık dışında kalan, ama şüphelinin yakalanmasına faydası olabilecek kişilerin de mobil telefonunun yerinin tespit edilebilmesi[55]. Mesela beni bulamıyorlar, telefonumu çöpe attım yakalanmayayım diye, ama yanında kaldığımdan şüphelenerek çocuğumu dinliyorlar ve onun yerini tespit ederek böylece beni buluyorlar, mantık bu. Yalnız burada sorun şu: koruma tedbiri suçla alakası olmayan, şüpheli olmayan üçüncü kişilere uygulanabilir mi? Ceza muhakemesinde bunun cevabı olumsuzdur. Dolayısıyla, buradaki amaç da bence hukuka aykırı, bana göre suç işleme ya da iştirak etme ya da yataklık şüphesi altında değilse, başka kişilerin mobil telefonunun yerinin bu şekilde tespit edilmemesi uygun olur[56].

CMK m. 135/4'teki tedbire her suç bakımından başvurulabilir[57], peki, koşullar nedir? Kanunda bunun koşulları yok[58].

---

53 Kaldı ki, bu tedbirin uygulanması durumda, özel soruşturma usullerine tabi olan kişiler hakkındaki kurallar göz ardı edilmiş olacaktır (bkz. ve kıyaslayınız *Kaymaz,* s. 128, dn. 343).

54 *Yokuş Sevük*, s. 112; *Turhan,* s. 270; *Taşkın,* s. 82.

55 Dolasıyla, değişikliğin amacı ve sonucu, kendi üzerine kayıtlı olmayan bir mobil telefonu kullanan kişinin, kullandığı bu hatta ilişkin denetim kararı verilememesi (bu yönde *Aytekin İnceoğlu,* s. 113) değildir.

56 Bkz. bu yönde *Kaymaz,* s. 129-130. Buna karşılık, başka kişilere ait olup da, şüpheli/sanığın kullandığı mobil telefonların yeri tespit edilebilir. Hatta, genel olarak, şüpheli/sanığın iletişiminin denetlenebilmesi için, iletişim aracının kendi adına kayıtlı olması şart değildir (*Şahin,* Ceza Muhakemesi, s. 271).

57 Aynı yönde *Özbek,* s. 424; *Centel/Zafer,* s. 413; *Şahin,* Ceza Muhakemesi, s. 271; *Şen,* Telefon Dinleme, s. 74 (fakat bkz. *Şen,* İletişimin..., s. 109); *Ünver/Hakeri*, s. 416; *Hakeri,* s. 22; *Yokuş Sevük*, s. 112; *Taşkın,* s. 129; *Kaymaz,* s. 131; *Vatan,* s. 95; aksi görüşte *Turhan,* s. 271; *Soyaslan,* s. 273.

58 Bu tedbir bakımından, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhu-

Şimdi, 135/1'deki koşulları kıyasen uygulayasak olur mu? Uygulayamazsınız. 135/1'deki koşullar nedir? Kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka türlü delil elde etme olanağının bulunmaması. Burada amacınız zaten delil elde etmek değil ki; buradaki koşul, niteliği itibarıyla, 135/4'e uygun düşmüyor. Ne yapabilirsiniz? Uygulamada, Yargıtay Üyesi Seydi Kaymaz bence mükemmel olan eserinde bunu önermiş[59], burada yakalama emri düzenlenmesini gerektiren nedenleri (CMK m. 98) uygulayabilirsiniz bu tedbire karar vermek için, en uygun çözüm bu. Şimdi şunu da söyleyeyim, uygulamada bazen şu hata da yapılıyor: m. 135/4'e başvurulup, HTS isteniliyor ilgili kurumdan. HTS ise, "historical traffic search" olup, anlamı nedir[60]? Kim, kimi, ne zaman, nerede, ne kadar süreyle aradı? Bu tür bilgilerin elde edilmesi, m. 135/4'e değil, az önce ele aldığım iletişimin tespitine giriyor; dolayısıyla, m. 135/4'e dayanarak HTS talep edilmesinin anlamı yok, o ayrı bir tedbir.

CMK m. 135/1'de sayılan tedbirlerden dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinin uygulanabilmesi için, CMK m. 135/6'da katalog halinde sayılan suçlardan biri[61] dolayısıyla yapılan bir soruşturma ya da kovuşturma

---

riyet savcısının kararına istinaden tedbir uygulandığında, kararın derhal hakimin onayına sunulması zorunluluğu öngörülmemiştir. Yine de, savcı bunu yapmalıdır. Belirtelim ki, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak, diğer tedbirlerin (CMK m. 135/3) aksine, burada sürenin mütaddit defalar uzatılması mümkün değildir (bu tedbir işlemi en çok üç ay için uygulanabilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir.)

59 *Kaymaz*, s. 132; aynı yönde *Meran*, s. 56.

60 *Taşkın*, s. 77; *Meran*, s. 47.

61 CMK m. 135/6: "*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),
3. İşkence (Madde 94, 95),
4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, Madde 102),
5. Çocukların cinsel istismarı (Madde 103),
6. Uyuşturucu veya uyarıcı Madde imal ve ticareti (Madde 188),
7. Parada sahtecilik (Madde 197),
8. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, Madde 220),
9. (Ek alt bend: 25/05/2005-5353 S.K./17.mad)Fuhuş (Madde 227, fıkra 3),
10. İhaleye fesat karıştırma (Madde 235),

olmalıdır[62]. Katalog bakımından bazı tereddütler doğabilir. Birincisi, seçilen suçlar tartışılabilir. Mesela, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu denilmiş, oradaki hapis cezasını gerektiren tüm suçlar katalog kapsamında. Kanunun 3. maddesine bakarsanız; öngörülen suçlardan birinin cezası üç ay, diğerinin altı ay. Üç ay hapis cezasını gerektiren suç için adamı altı ay dinleyebiliyorsunuz, ama mesela soykırım ve insanlığa karşı suç bakımından dinleyemiyorsunuz çünkü katalogda yok. Başka bir örnek vermek gerekirse, esas telefon aracılığıyla işlenen şantaj, tehdit, hakaret, cinsel taciz gibi suçlar açısından bu tedbirlere başvurabiliyor musunuz? Hayır, bunlar da katalogda yok, bunlar eleştirilebilir[63].

Şimdi şöyle bir sorun var, bir kimse hakkında dinleme yaparken[64]; onun suç ortağı hakkında bilgiye ulaştınız. Normal-

---

11. Rüşvet (Madde 252),
12. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (Madde 282),
13. Silahlı örgüt (Madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (Madde 315),
14. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (Madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.
b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (Madde 12) suçları.
c) (Ek bend: 25/05/2005-5353 S.K./17.mad) Bankalar 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."
Belirtelim ki, 3713 s. Terörle Mücadele Kanunu m. 10 hükmü gereği, bu kanun kapsamına giren suçlar bakımından, katalogun (a) bendinin (8) numaralı alt bendindeki istisnalar uygulanmaz (yani, bu durumlarda da iletişimin denetlenmesi mümkündür).

62 Teşebbüs aşamasında kalan suçlar açısından da tedbire başvurulabilir (*Erdem,* HPD, s. 99; *Centel/Zafer,* s. 404; *Vatan,* s. 95). Buna karşılık, somut, belirli bir suçun hazırlık hareketlerinin varlığı durumunda da tedbirin uygulanabileceği yönündeki görüşe (*Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, s. 697) katılmayı mümkün görmüyoruz (aynı yönde *Erdem,* HPD, s. 98). İştirak eden şerikler açısından da tedbire başvurulabilir (*Öztürk* (editör), Ceza Muhakemesi, s. 474; *Turhan,* s. 267; *Meran,* s. 74). Fakat, teknik anlamda iştirak olmaksızın, katalogda yer alan bir suçun failine, suç işlendikten sonra yardım ve yataklık edilmesi (m. 281, 283'e giren fiiller) açısından tedbire başvurulamaz (*Ünver/Hakeri*, s. 425; *Şen,* Telefon Dinleme, s. 79; *Taşkın,* s. 86; *Meran,* s. 74; *Kaymaz,* s. 150-151).

63 Bkz. bu konuda *Özbek,* s. 424; *Kaymaz,* s. 147, 164; *Şen,* Telefon Dinleme, s. 75. Buna karşılık, katalogda yelpazenin fazla geniş tutulduğuna dair bkz. *Bayraktar,* s. 91.

64 Bu noktadan sonraki açıklamalarımız, kural olarak, dinleme ve kayda alma tebdirleri üzerinden yapılmaktadır.

de, hemen suç ortağı açısından da karar talep etmeniz gerekir, onun için de ayrı bir dinleme kararı almanız gerekir, ama bana göre bu ana dek şerike karşı elde edilen deliller hukuka uygundur, bunlar kullanılabilir[65]. Yargıtay da çok yakın tarihte bu yönde karar vermiş[66].

Bağlantılı suçlar meselesi daha sorunlu. Örneğin, göçmen kaçakçılığı suçu işlendi, katalog kapsamında mı? Evet. Peki, göçmen kaçakçılığı sırasında bazı göçmenler hapsedildi, cinsel tacize uğratıldı, dolandırıldı, dövüldü, bu saydığım diğer tüm fiiller katalog kapsamında mı? Hiçbiri değil. Fakat, göçmen kaçakçılığı sebebiyle tedbire karar verildi ve bu diğer suçlar hakkındaki deliller de otomatikman elde edildi. Bunlar ne olacak? Meselenin tesadüfen elde edilen delil kavramı kapsamında ele alınması doğru olmaz; çünkü tesadüfen elde edilen delil, soruşturma ve kovuşturma konusu suçla ilgisi olmayan başka bir suçtur. Mesela ben adam öldürme sebebiyle dinlenirken ortaya çıkıyor ki, üç yıl önce de birisine tecavüz etmişim (cinsel saldırının nitelikli hali), bu, tesadüfi delildir. Ancak burada göçmenlerin dövülmesi, dolandırılması soruşturma konusu suçla alakası olmayan bir suç mu? Değil, dolayısıyla burada tesadüfi delil diyemiyoruz ama bunlar hakkında tedbire de başvuramıyoruz. Ama bu sırada elde ettiğimiz deliller ne olacak? Bence bu deliller tesadüfi delil değildir, ama hukuka aykırı da değildir, dolayısıyla kullanılmaları gerekir[67].

---

65 Aynı yönde *Kaymaz,* s. 473; *Meran,* s. 218; kıyaslayınız *Şen,* Telefon Dinleme, s. 69-70.

66 Yar.8.CD., 10.7.2008, 3064/8855. Buna karşılık, tek bir karara dayanarak, olayla irtibatlı herkesin iletişiminin denetlenemeyeceği vurgulanmalıdır (*Şahin,* Telekomünikasyon..., s. 1108). Söz konusu kararın içeriğine ulaşamadık. Şayet, hakkında dinleme kararı bulunan kişiyle iletişimde bulunan karşı tarafın durumu (şerik olduğu) anlaşıldıktan sonra, yine de ayrı bir karar almaksızın dinlemeye devam edilmişse; durumun ortaya çıkmasından sonra elde edilen deliller, hakkında dinleme kararı bulunmayan şerik açısından kullanılmamalıdır (*Bayraktar,* s. 89).

67 Aynı yönde *Kaymaz,* s. 153 (ayrıca bkz. s. 472, dn. 1252'de aktarılan Yargıtay kararları). Buna karşılık, bu tür bir uygulamanın, katalog yoluyla sınırlama getirilmesiyle amaçlanan hedefe aykırı olduğu, bu bakımdan, kataloga girmeyen bağlantılı suçlar açısından elde edilen delillerin yargılamada kullanılmaması gerektiği de öne sürülebilir.

MURAT ÖNOK'UN TEBLİĞİ

Başka sorunlar da var, suç işlemek amacıyla örgüt kurma, kataloga giriyor mu? Evet. Peki, kurulan örgütün işlediği suçlar bakımından tedbire karar verebiliyor musunuz? Eğer bunlar katalogdaki suçlardan biriyse, evet, ama bu suçlardan biri değilse, hayır[68]. Bu durumda, araç suçtan ötürü dinleme tedbirine karar verebiliyorsunuz ama amaç suçtan ötürü veremiyorsunuz. Bu sırada elde edilen deliller ne olacak? Az önceki değerlendirmemi tekrarlıyorum, bence bunlar hukuka uygun delildir, ayrıca o suçlardan ötürü tedbir kararı verilemez, ama o esnada elde edilen deliller hukuka aykırı değildir, kullanılabilir[69].

Diğer bir mesele, iletişimin dinlenmesi tebdirine başvurulduktan sonra, suçun niteliğinin değişmesidir. Birinci ihtimal, tedbir uygulandıktan sonra, şüpheli/sanığın işlediğinden şüphe edilen suçun katalog kapsamında olmadığının anlaşılmasıdır. Örneğin, ben rüşvetten ötürü dinleniyorum, ama ortaya çıkıyor ki, işlediğim suç, rüşvet değil, ikna suretiyle irtikâpmış. Rüşvet katalog kapsamında mı? Evet. İrtikâp katalog kapsamında mı? Hayır. Bu durumda tedbire derhal son verilmelidir, bu konuda tereddüt yoktur[70]. Peki, o ana dek elde edilen deliller ne olacak? Bence kullanılamaz[71], ama aksine Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı var[72]. Burada deniliyor ki, kovuşturma organları kanuni sınırlamaları bertaraf etmek için hileli

---

68 *Erdem,* HPD, s. 98; *Öztürk* (editör), Ceza Muhakemesi, s. 474; *Taşkın,* s. 94; *Kaymaz,* s. 154-155.

69 Aynı yönde *Şahin*, Ceza Muhakemesi, s. 269; *Vatan,* s. 94. Kıyaslayınız *Şen,* Telefon Dinleme, s. 79 (yazara göre ikili bir ayrım yapılmalıdır: amaç suçun örgütlü olarak işlenmesi sebebiyle kamu davası açılmışsa, elde edilen deliller amaç suç bakımından da uygulanabilir. Buna karşılık, açılan davada amaç suçun örgütlü işlenmediği tespit edilirse, elde edilen delil yargılamada kullanılamayacaktır. Bu görüşe sonuç itibariyle katılıyoruz, çünkü ilk ihtimalde hukuka aykırı delil yoktur. İkinci ihtimalde ise, suçun niteliği değişmiştir, ki bu durumda elde edilen delillerin kullanılamayacağını hemen aşağıda açıklamış bulunuyoruz).

70 *Ünver/Hakeri*, s. 418; *Taşkın,* s. 96; *Kaymaz,* s. 159.

71 Aynı yönde *Yurtcan,* Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, İstanbul, 2007, s. 374; *Taşkın,* s. 96, 178; *Şen,* Telefon Dinleme, s. 148-149. Kıyaslayınız *Ünver/Hakeri*, s. 417. Aksi görüşte *Meran,* s. 223.

72 Yar.CGK, 12.06.2007, 154/145. Ayrıca bkz. Yar. 10.CD., 27.11.2007, 14371/13819 (aktaran *Kaymaz,* s. 459, dn. 1214).

olarak hareket etmemişse, başta o suçun işlendiğini düşünmekte haklılarsa[73], bu dinleme kararı hukuka uygundur. Pek katılmıyorum, çünkü burada bizim amacımız soruşturma organlarını disipline etmek değil, dolayısıyla iyi niyetleri onları kurtarmaz. Burada amaç, yeterince ağır addedilmeyen suçlardan ötürü özel hayata müdahale edilmemesi. Bu nedenle bence deliller kullanılmamalıdır. İkinci durum; kataloga giren bir suçtan ötürü dinleniyorum, ama yine kataloga giren başka bir suç daha işlediğim anlaşılıyor. Kasten öldürmeden dinlenirken bir de başkasına karşı cinsel saldırı işlediğim anlaşılıyor. Burada yeni suç açısından tedbir kararı ayrıca alınmalıdır, ama dikkat, o ana dek elde edilen deliller bence bu durumda hukuka uygundur. Çünkü buradaki tedbir kararı, baştan sonuna kadar hukuka uygun ve haklı.

Hâkim kararı olmaksızın dinleme/kayda alma yapılabilecek durumlar nelerdir? Örneğin, size bir SMS geldi, bunun yargılamada kullanılması m. 135 kapsamında mı ele alınacak? Size SMS zaten kayıtlı olarak geliyor, e-mail de aynı şey, hatta telesekreterinize bırakılan mesaj da aynı şey. Karşı taraf (gönderen), bunların kaydedildiğini bilmektedir ve karşı tarafın bunlar üzerinde tasarrufta bulunabilmesine peşinen rıza göstermiştir[74]. Bu nedenle, mahremiyet beklentisi olamaz[75]. Kaldı ki, burada kendisine ileti gönderilen kişi, aktif durumda olmayıp, edilgen konumdadır. Dolayısıyla, iletiyi alan tarafın bunları savcıya vermesi durumunda, bunlar ceza yargılamasında kullanılabilir[76]. İkinci olarak, mağdurun, tarafı olduğu iletişimi kaydetmesi mümkündür. Bana karşı telefon yoluyla cinsel taciz, tehdit, hakaret, şantaj işlenirse ben bunu kayde-

73 Benzer yönde *Kaymaz*, s. 454-455.

74 *Kaymaz,* s. 294.

75 SMS, e-mail, telesekretere bırakılan ileti açısından, gönderenin, bu iletilerin kayıtlı şekilde muhafaza edilmesine rızası zaten vardır, bu nedenle özel hayata dair mahremiyet beklentisi olamaz. Öte yandan, özel iş yerlerinde, çalışanların bilgisi dahilinde olmak kaydıyla, bütün konuşmaların kaydedilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir ki (*Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, s. 697), bu durumda da "mahremiyet beklentisi" olamayacağı için, bu görüşe katılıyoruz.

76 Aynı yönde *Kaymaz,* s. 295; *Ünver/Hakeri*, s. 458.

MURAT ÖNOK'UN TEBLİĞİ

debilirim, Fazıl Hocam da sanırım 34 yıl önceki makalesinde[77] bunu gündeme getirmişti. Meşru savunma diyebilirsiniz, hakkın icrası diyebilirsiniz, ben bunu kaydedip savcılığa verebilirim, hâkim kararı aranmaz[78]. Peki, diğer bir ihtimal, ben yine mağdurum, benim rızam var, ama kendim kaydetmiyorum, savcıya başvuruyorum telefonumu dinleyin diye, bu mümkün mü? Bence az önceki durumda mümkündür dedikten sonra, kendi kaydedebilir dedikten sonra, "kendi kaydedebilir ama TİB kaydedemez" demek çelişki olur[79]. Ama burada yönetmeliğin 10. maddesine bakarsak biraz sorunlu, bakın ne diyor 10/4: Açık rızasının bulunması şartıyla iletişiminin tespiti istenir[80]. Sadece iletişimin tespiti açısından bir düzenleme yapılmış, ama mağdurun rızasının olması durumunda dinleme ve kayda alınma yapılabilir mi? Yönetmelik evet dememiş, bence yapılabilmelidir[81], ama aksi görüşte olanlar da var[82], o görüş de makul bir görüş.

Şimdi gelelim zor bir soruna, denetim yasakları. Tanıklıktan çekinebilecek kişilerle yapılan iletişim kayda alınamaz[83]. Güzel, peki, kayda almadan bahsedilmiş, "dinlenemez" denilmemiş. O halde, kayda alamam, ama dinleyebilir miyim? Üç gö-

---

77 *Sağlam,* Fazıl, Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı, AÜSBFD, C. XXX, S. 1-4, 1977, s. 109.

78 *Kaymaz,* s. 170, 295; *Meran,* s. 108; aksi görüşte *Taşkın,* s. 184; *Şen,* İletişimin..., s. 106 ve *Şen,* Telefon Dinleme, s. 87 (yazar, dinleme ve kayda alma bakımından, meşru savunma durumu haricinde, karşı görüştedir); *Şahbaz,* s. 124. Meşru savunma ya da zorunluluk halinin söz konusu olması durumunda, mağdurun rızası çerçevesinde, şüpheli/sanığa karşı tedbirin uygulanabileceği konusunda bkz. *Centel/Zafer,* s. 408

79 Kıyaslayınız *Ünver/Hakeri*, s. 432; *Özbek,* s. 429. Bu şekilde hareket etmenin mümkün olmaması gerektiği yönünde ise bkz. *Meran,* s. 109.

80 Ayrıca bkz. CMK m. 135/7: "*Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz.*"

81 Aynı yönde *Kaymaz,* s. 302; *Meran,* s. 98.

82 *Özbek*, s. 429 (tedbire ilişkin koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği ayrıca denetlenmelidir); *Şen*, İletişimin..., s. 114; *Taşkın,* s. 89; *Hakeri,* s. 29 (m. 135/son'dan hareketle).

83 CMK m. 135/2: "*Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleştikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.*" Öte yandan, m. 135/2'deki yasak, 4. fıkradaki "mobil telefonun yerinin tespiti" açısından öngörülmemiştir.

rüş var, birinci görüşe göre, dinlemek mümkündür ve dinleyen görevli tanık sıfatıyla mahkemede dinlenebilir[84], ben bu görüşe katılmıyorum. İkinci görüşe göre, kayda alınamaz, dinlenemez de[85]. Benim de katıldığım üçüncü görüşe göre, dinlemek mümkündür[86]; zaten dinlemeden nasıl anlayacaksınız tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan bir kimseyle görüştüğünü, sorun burada. Dolayısıyla, mantıklısı nedir? Seydi Kaymaz'ın belirttiği üzere, dinlemek mümkün olmalıdır[87]. Fakat durum anlaşıldığında dinlemeye derhal son verilir ve bu esnada elde edilen bilgiler de delil olarak kullanılamaz[88]. Tabii bu görüşte de şu sorun ortaya çıkıyor: az önce ne demiştik, sadece dinlemek mümkün mü yönetmeliğe göre? Hayır, otomatikman kayda da almak zorundasınız. Demek ki, sonuçta, kayda alma yasağını uygulamak fiilen mümkün gözükmüyor[89]. En doğrusu, kanunda, iletişim kayıtlarının durum anlaşılınca silinme zorunluluğunu öngörmektir[90].

Müdafilerle ilgili m. 136'daki düzenleme de bazı sorunlar yaratmaktadır[91]. Burada, şüpheliye/sanığa yüklenen suç nede-

---

84 *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, s. 700 (fakat yazarlar, kanunun bu duruma açık kapı bırakmış olduğunu belirttikten sonra, "herhalde kanunkoyucunun amacı bu değildi" çekincesini de öne sürmektedirler; aynı yönde *Aytekin İnceoğlu,* s. 114).

85 *Soyaslan,* s. 272; *Vatan,* s. 77.

86 *Erdem,* HPD, s. 101; *Şahin,* Ceza Muhakemesi, s. 272; *Hakeri,* s. 24; *Yokuş Sevük*, s. 120; *Aytekin İnceoğlu,* s. 114; *Taşkın,* s. 162-163. Hatta, bu durumda, iletişimin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi de mümkündür (*Öztürk* (editör), Ceza Muhakemesi, s. 471; *Şahin,* Ceza Muhakemesi, s. 272; *Yokuş Sevük*, s. 120; *Taşkın,* s. 162).

87 *Kaymaz,* s. 180.

88 Aynı yönde *Öztürk* (editör), Ceza Muhakemesi, s. 471; *Ünver/Hakeri*, s. 424; *Kaymaz,* s. 181.

89 *Kaymaz,* s. 189.

90 Kıyaslayınız *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, s. 700 (yazarlara göre, canlı dinleme halinde kaydın durdurulmasını; otomatik dinleme (kayda alıp sonra çözümünü yapma) durumunda ise, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişiyle yapılan görüşmelerin delil bandı olarak saklanacak kesintisiz kayıtta muhafaza edilmesini, fakat savcılığa verilecek ve dosyaya girecek kayıtlar arasında buna yer verilmemesini öngören bir düzenleme yapılmalıdır).

91 CMK m. 136: "*Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafiin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135 inci Madde hükmü uygulanamaz.*"

niyle müdafiin, m. 135'teki tedbirlere maruz bırakılamayacağı düzenlenmiştir. Fakat kanun belirli işlemleri yasaklamıştır: müdafiin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon aracı hakkında tedbire başvurulamaz. Mobil telefon sayılmış mı? Hayır. Unuttuklarını sanmıyorum, böyle bir şey kazayla unutulmaz. Bu durumda az önceki genel hükmü (m. 135/2) uygulayabilirsiniz, ama bu da sadece kayda almayı yasaklıyor[92], dinlemeyi yasaklamıyor, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesini yasaklamıyor. Mobil telefon 136'ya da girmediğine göre; buradan çıkan sonuç ne oluyor? Müdafiilerin mobil telefonlarının dinlenmesi, yerinin tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve iletişimin tespiti mümkün gözükmektedir[93]. Olması gereken açısından asla kabul edilmemesi gereken bir sonuç ama kanun bu sonuca varmayı gerektiriyor. Daha da kötüsü, e-mail'i düşünürsek; e-mail sizin ofisinizdeki bilgisayara mı yollanıyor? Hayır, internetteki hesabınıza yollanıyor, siz bunu her yerde açabilirsiniz. Dolayısıyla e-mailler açısından da 136. madde bazı şeyleri açıkta bırakıyor.

Bu noktada, m. 135/1'de sayılan dört tedbirin uygulanabilmesi için gerekli olan iki temel koşulu inceleyebiliriz. Bu şartlardan ilki, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığıdır. Bu noktadaki tartışma şudur: kuvvetli şüphe sebeplerinden kasıt, kuvvetli şüphe midir, yoksa burada başka bir şey mi kastediliyor?[94] Bir görüşe göre, kuvvetli şüphe aranmama-

92 *Taşkın,* s. 157.

93 *Taşkın,* s. 156; *Kaymaz,* s. 187-188. Aksi görüşte *Toroslu/Feyzioğlu,* s. 249; *Özbek,* s. 427; *Şen,* Telefon Dinleme, s. 112; *Turhan,* s. 269-270; *Aytekin İnceoğlu,* s. 114; sadece mobil telefonun yerinin tespiti açısından karşı görüşte *Ünver/Hakeri*, s. 433; *Öztürk* (editör), Ceza Muhakemesi, s. 474 (yazarlara göre, CMK m. 46 ve m. 135/2 karşısında; müdafiin şüpheli ya da sanıkla yaptığı görüşmeler, müdafi bizzat suçu işlemek ya da buna iştirak etme şüphesi altında olmadıkça, hangi yolla olursa olsun, dinlenemeyecek ve kayda alınamayacaktır); *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, s. 699 (CMK m. 154 gereği, şüphelinin müdafii ile yaptığı iletişim hiç bir şart altında ve nedenle dinlenemez) ve *Yokuş Sevük,* s. 119 (yazar, hükmün amacı düşünüldüğünde, yasağın her türlü iletişimin denetlenmesi açısından söz konusu olduğunu belirttikten sonra; mobil telefonla iletişimi denetleme yasağının da "açıkça düzenlenmesi gerekirdi" görüşünü öne sürüyor ve bu konudaki eksikliğin m. 135/2 hükmüyle *kısmen* kapatıldığı, müdafilerin *mobil telefonla* yaptığı görüşmelerin *kayda alınamayacağı* sonucuna varıyor).

94 4422 sayılı ÇASÖMK döneminde benzer bir tartışma, "kuvvetli belirti"ye verilmesi gereken anlam bakımından mevcuttu.

lıdır[95]. Bu konuda farklı kıstaslar var: bir görüşe göre[96], suç işlendiğine dair basit bir şüphenin, kuvvetli belirtiler ve somut olgular aracılığıyla ortaya konulması yeterlidir; diğer bir görüşe göre[97], basit bir başlangıç şüphesinden daha yoğun, ama yeterli ya da kuvvetli şüphe derecesine ulaşması zorunlu olmayan şüphe derecesi aranmalıdır; diğer bir görüşe göre[98], maksat, tam olarak ortaya konulamayan ve sınırı çözülemeyen basit şüpheye dayanarak, bu tedbirin kötüye kullanılmasının önüne geçmektir, "somut bir tutanak noktası" mevcut olmalıdır[99]. Kuvvetli şüphe aranmaz diyenlerin dayanak noktası şudur: kuvvetli şüphenin anlamı, tabii yüzdeye vurmak mümkün değil, ama kişinin mahkûm olacağının kuvvetle muhtemel olmasıdır[100]. Bu kişinin mahkûm olması zaten kuvvetle muhtemelse, demek aleyhinde bu yönde deliller vardır. Bu durumda, oranlılık ilkesi karşısında, iletişimin denetlenmesine zaten gerek kalmamıştır[101]. Diğer koşul açısından düşünürsek, başka türlü delil elde etme olanağı varsa iletişim denetlenemez. Yine, kuvvetli şüpheyi doğuran deliller elde edilebilmişse, demek delil elde etmek için tek yol, iletişimin denetlenmesi değildir[102]. Dolayısıyla, kanundaki ifadeyi "kuvvetli şüphe" olarak anlarsak, bu hüküm uygulanamaz hale gelir ya da hükmün uygulanması çok zorlaşır[103]. Bu itiraz

---

95 *Erdem,* HPD, s. 100; *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, s. 702-703; *Öztürk* (editör), Ceza Muhakemesi, s. 468; *Özbek,* s. 424; *Taşkın,* s. 102.

96 *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, s. 702-703.

97 *Özbek,* s. 424; *Taşkın,* s. 102.

98 *Öztürk* (editör), Ceza Muhakemesi, s. 468.

99 Yine bkz. *Meran,* s. 110-111 ("*suçun işlendiği yönünde objektif, gerçek olayların veya bulguların varlığı ile, hayatın olağan akışına göre suçun işlendiği ya da işlenmekte olduğu yönünde kanaat oluşturabilecek somut bulguların mevcudiyeti*" aranmalıdır).

100 Kıyaslayınız *Centel/Zafer*, s. 408 ("*Şüpheli/sanığın mahkum olma ihtimalinin yüksek olması*").

101 *Erdem,* HPD, s. 100; *Öztürk* (editör), Ceza Muhakemesi, s. 468; *Aytekin İnceoğlu,* s. 115.

102 *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, s. 702; *Turhan,* s. 267.

103 Kıyaslayınız *Meran,* s. 112 (yazar, m. 135/1'de aranan iki temel koşulu şu şekilde bağdaştırarak, aralarında bir çelişki olmadığını düşünmektedir: Bazı delillerin varlığı nedeniyle kuvvetli şüphe nedenleri mevcuttur, fakat bu deliller mahkumiyeti sağlamak için yeterli değildir. İşte, bu durumda, başka delil etme ihtiyacının bulunması, fakat m. 135 uygulanmadıkça, başka türlü delil elde etme olanağının olmaması durumunda, iletişimin denetlenmesine gidilebilecektir.

doğrudur, ama hükmü uygulanabilir hale getirmek bizim görevimiz olmayıp, yasa koyucunun görevidir. Bizim görevimiz, hükmü olduğu gibi uygulamaktır[104]. Bu bakımdan, kanaatimce kuvvetli şüphe aranır[105]. Gerçekten, bu durumda tedbirin uygulanması çok zor, belki de anlamsız hale gelebilir, ama bu, bizim sorunumuz değildir, bunu kendimiz çözemeyiz[106]. Fakat kuvvetli şüpheyi arayınca da bu sefer sorun ne olacak? Gerçekçi bir kıstas olmadığı için kavramın içi boşaltılacak, kuvvetli şüphe varsayılacak, kararlarda kuvvetli şüpheyi doğuran olgular açıklanmayacak ve kıstas işlevsiz hale getirilecektir[107]. Türk uygulamasında olan aynen budur, dinleme kararlarına bakarsanız, bazen, soyut olarak, kuvvetli şüphe vardır denilmiştir, bazense bu zahmete bile girilmemiş, doğrudan talep doğrultusundan dinleme kararı verilmiştir ama, neticede, şüphenin yoğunluğu gerekçeli olarak hiç tartışılmamaktadır[108].

Bu koşul arasından diğer bir sorun da, farklı türden tedbirlerin tümü açısından kuvvetli şüphenin aranmasıdır[109]. Oysa, dinleme ve kayda almayla mobil telefonunun yerinin tespiti aynı ağırlıkta müdahaleler midir? Çok farklı nitelikte müdahaleler bunlar, ama hepsi aynı koşullara bağlanmış, bu da bir sorun.

Birinci fıkrada sayılan dört tedbir açısından diğer bir koşul, başka suretle delil elde etme imkânının bulunmamasıdır[110].

---

104 Aynı yönde *Ünver/Hakeri*, s. 422.

105 *Şahin*, Ceza Muhakemesi, s. 267-268; *Bayraktar,* s. 88; *Ünver/Hakeri*, s. 422; *Yokuş Sevük*, s. 108; *Aytekin İnceoğlu,* s. 115-116; *Kaymaz,* s. 219; *Soyaslan,* s. 271 ("*şüphelinin içinde bulunduğu şartlarda günlük hayat deneyimlerine göre suç işlediğinin hemen kesin gibi kabul edilmesi*"); *Turhan,* s. 267; *Şahbaz,* s. 94. Kıyaslayınız *Şen,* İletişimin..., s. 107 (yazara göre, kuvvetli şüphe aranmış olmakla birlikte; bu, *şüpheli tarafından suçun işlendiği* şüphesini kuvvetli bir şekilde ortaya koyacak delil ve emarelerin bulunmasını gerektirmemektedir).

106 Kaldı ki, kanunun farklı maddelerinde ya da farklı kanunlarda (ve hatta yönetmeliklerde), kuvvetli şüpheyi ifade etmek için farklı kavramların, rastgele ve bir amaçtan yoksun olarak kullanılmış olması karşısında, hükümde "kuvvetli şüphe" değil de, kuvvetli şüphe "sebepleri" denilmesinden yola çıkılarak bir sonuca varmanın da mümkün olmadığını düşünüyoruz.

107 *Ünver/Hakeri*, s. 467; *Kaymaz,* s. 220.

108 Benzer tespitler için bkz. *Ünver/Hakeri*, s. 423.

109 *Kaymaz,* s. 222.

110 Uygulamada, bu koşulun hangi sebeplerle gerçekleştiğinin kararlarda tartışılmaması, üzücü ve hukuka aykırıdır.

Yani, buradaki amaç şudur: bu tedbirler *ultima ratio*, son çare olmalıdır. Soruşturmayı başarıyla sonlandırabilmek için hiçbir çıkar yolunuz kalmadıysa, mecburen buna başvurursunuz ama ilk iş olarak, bakalım ne yakalayacağız diye, dinleme kararına başvuramazsınız[111]. Burada sorun şu, bu kavramı açıklarken, yönetmelikte m. 4/c'de sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı yeterli görülüyor. Oysa bu kanunun aradığına göre çok daha hafif bir koşul olup, kanuna aykırıdır[112]. Ama her ihtimalde şunu söylemem gerekir, başka suretle delil elde etme imkânı yoktur demek için daha önce diğer tedbirlerin denenmiş olması gerekir mi? Bence hayır[113]. Yani, önce bütün diğer tedbirleri fiilen deneyeceksin, gerçekten sonuç alamazsan ancak iletişimi denetleyebilirsin dersek, bu hiç gerçekçi olmaz.

Burada başka bir sorun daha var: ceza muhakemesinde ikincillik ilkesi gereği, daha hafif bir tedbirle amaca ulaşmak mümkünse daha ağır müdahaleyi gerektiren bir tedbire karar verilemez[114]. Ancak hangi koruma tedbiri daha ağırdır? Şüphe-

---

111 Uygulamanın aksi yönde geliştiğine dair bkz. *Şahin,* Telekomünikasyon..., s. 1097.

112 Aynı yönde *Şen,* Telefon Dinleme, s. 73. Bir görüşe göre, diğer tedbirlerle sonuç alınmasının "imkansız" olması şart değildir, sonuç elde edilmesinin önemli ölçüde güçleşmesi yeterlidir (*Kaymaz,* s. 226; *Turhan,* s. 268 ("oldukça zorlaşacak olması"). Diğer bir görüşe göre (*Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, s. 704); arama, ifade alma, elkoyma ve benzeri tedbirlerle sonuca ulaşılması bakımından umut olsa da, gösterilecek gayretin elde edilecek sonuca oranla çok ağır bedel ödemeyi gerektirmesi durumunda, CMK m. 135/1'e başvurulabilir. Yine bir görüşe (*Centel/Zafer,* s. 408) göre; diğer tedbirlere başvurulmasının "tehlikeli veya güç olması" yeterlidir. Bütün bunlara karşı denilebilir ki, mehaz Alman kanunundakinin aksine, bizim CMK'mızda, açıkça "başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması"na yer verildiği için, kanundaki koşul katı olarak yorumlanmak zorundadır. Bu nedenle, başka türlü delil elde etmeyi denemenin, önemli ölçüde de olsa, güçlüğe yol açacak olması, CMK m. 135'in uygulanabilmesi için yeterli değildir (bkz. bu yönde *Erdem,* HPD, s. 100; *Öztürk* (editör), Ceza Muhakemesi, s. 469; *Taşkın,* s. 105). Nihayet, Yönetmelik hükmü uygulanacak olsa bile, burada soyut bir beklenti yetmez; bu beklenti, somut olgulara dayalı olmalı ve makul gerekçelerle ortaya konulmalıdır.

113 Aynı yönde *Erdem,* HPD, s. 100; *Öztürk* (editör), Ceza Muhakemesi, s. 469; *Turhan,* s. 268; *Meran,* s. 112; kıyaslayınız *Yokuş Sevük*, s. 108-109.

114 Oranlılık ilkesinin bir görünüm şekli olan "ikinci derecede uygulanabilirlik" koşuluna göre, aynı amaca hizmet eden iki tedbir arasında öncelik-sonralık ilişkisi vardır, suçu aydınlatmak açısından başvurulabilecek tedbirler arasında bir karşılaştırma yapılarak, temel hak ve özgürlüklere en az müdahale oluşturan tedbirin uygulanması yoluna gitmek gereklidir, bkz. *Erdem,* HPD, s. 100; *Öztürk* (editör), Ceza Muhakemesi, s. 468-469; yine bkz. *Şahin*, Ceza Muhakemesi, s. 268.

liyi hem tutuklama imkânınız var, hem de iletişimini dinleme, hangisi daha ağır? Doktrindeki bir görüşe göre[115], klasik tedbirlere başvurma imkanı mevcutsa, önce bunlar denenmeli; bunlarla amaca varılmazsa, gizli soruşturma tedbirlerine başvurulmalıdır. Bu görüş, gizli soruşturma tedbirlerinin daha ağır bir müdahale teşkil ettiği varsayımına dayanır. Oysa, örneğin, mobil telefonun yerinin tespitinin, her durumda tutuklanmaya göre daha ağır olduğu söylenemez. Kaldı ki, gizli soruşturma tedbirlerinin daha yoğun bir müdahale oluşturduğu kabul edilse bile, bunların kendi içerisinde hangisinin daha ağır olduğu (gizli görevli görevlendirilmesi mi, teknik araçlarla izlenme mi, yoksa iletişimin denetlenmesi mi?) sorusu da peşinen cevaplanamaz. Somut olayda, hangi tedbirin muhatabı bakımından daha ağır sonuçlar doğuracağı değerlendirilmek suretiyle bir sonuca varılması daha doğru gözükmektedir[116].

Uygulamada diğer bir sorun da, birden çok gizli tedbirin bir arada uygulanmasına karar verilip verilemeyeceğidir. Uygulamada bu yapılmakta, mesela hem telefon dinlenmekte, hem gizli görevli görevlendirilmektedir[117]. Bence de bu yapılabilir. Bu yönteme karşı şu yönde itiraz yapılabilir: eğer m. 139'u da uyguluyorsak, demek m. 135'e başvurmak son çare değilmiş; eğer m. 135'i uyguluyorsak da, demek ki m. 139'a başvurmak tek çare değilmiş. Madem ki başka türlü delil elde etme imkânı olmamalı, bunların ikisi birden uygulanıyorsa, demek ki bir diğeri ile delil elde edilebilmektedir, o halde hiçbiri tek başına son çare değildir. Bu itiraza rağmeni, bence pekala üçü bir arada uygulanabilir[118], uygulamada yapılıyor da.

Diğer bir mesele, m. 135/1'de yer verilen tedbirlerin süresidir[119]. Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir

115 *Öztürk* (editör), Ceza Muhakemesi, s. 469; *Özbek,* s. 425; *Taşkın,* s. 106.

116 Bu yönde *Kaymaz,* s. 231. Gizli tedbirlerin kendi arasında uygulanma önceliği bakımından bu yönde *Erdem,* HPD, s. 100; *Yenisey/Altunç,* s. 1310.

117 *Kaymaz,* s. 230.

118 Aynı yönde *Erdem,* HPD, s. 100; *Öztürk* (editör), Ceza Muhakemesi, s. 469; *Taşkın,* s. 107; *Meran,* s. 112.

119 CMK m. 135/3 (ikinci ve üçüncü cümle): "*Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir.* (Ek cümle: 25/05/2005-5353

defa daha uzatılabilir. Kararın verildiği andan itibaren süre başlar[120]. Tabii bunun riski ne? Karar verilmesine rağmen uygulanmaya geç başlanmışsa, fiilen üç ay olarak mı uygulanmış olacak bu durumda? Hayır, süreyi erken başlattığım için. Başka bir görüşe göre, kararın TİB'e ulaştığı andan[121] ya da tedbirin uygulanmaya başladığı (sisteme tanıtıldığı) andan itibaren üç ay süreyi hesaplarız. Burada da sorun şu, kolluk ya da TİB, tedbirin uygulanmasını geciktirerek keyfi hareket edebilir[122]. Bu konuda yönetmelikte iki ayrı hüküm var, ikisi ayrı anları esas alıyor ve bu hükümlerden birinin de yürütmesi durduruldu[123].

Tedbirin süresi bakımından bazı şeyleri geçiyorum, çok uzatmak istemiyorum, ama burada da iki görüş var. Süre bakımından kanun üç ayı öngörmüş[124], artı üç ay uzatma öngörmüş[125]. Acaba burada altı ay toplam azami süre midir, yoksa

---

S.K./17.mad) *Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir*." Uygulamada, iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurabilmek amacıyla, soruşturma aşamasında suçları "örgütlü" olarak değerlendirme eğilimi sebebiyle (*Şahin,* Telekomünikasyon..., s. 1110), buradaki süre sınırı da fiilen anlamsız hale getirilmektedir.

120 Aynı görüşte *Öztürk* (editör), Ceza Muhakemesi, s. 472; *Centel/Zafer,* s. 411; *Özbek,* s. 429; *Şen,* Telefon Dinleme, s. 91; *Turhan,* s. 270; *Ünver/Hakeri*, s. 465; *Yokuş Sevük*, s. 111; *Aytekin İnceoğlu,* s. 118; *Meran,* s. 132; *Kaymaz,* s. 325; *Vatan,* s. 96.

121 Bu yönde *Taşkın,* s. 123.

122 *Erdem,* HPD, s. 104; *Öztürk* (editör), Ceza Muhakemesi, s. 473; *Yokuş Sevük*, s. 111. Hatta, kötüniyet ya da keyfilik söz konusu olmaksızın, tedbirin uygulanmasına başlama prosedüründeki sorunlar sebebiyle de işleme geç başlanabilir (*Aytekin İnceoğlu,* s. 119).

123 Yönetmelik m. 5/3: "*Talep veya karar, hâkim veya Başkanlığa ulaştığı anda süreler başlar*". Fakat bkz. aynı yönetmelik m. 12/4: "*Dinleme veya mobil telefonun yerinin tespiti kararlarında süre, kararın Başkanlıkta sisteme tanıtıldığı andan itibaren başlar*" (Yürütmeyi Durdurma: Danıştay 10.Dairesinin 16/10/2007 tarihli ve 2007/2795 E. sayılı Kararı ile.). Danıştay'ın durdurma gerekçesi; bu hüküm yüzünden, kararın uygulanmasının sınırsız olarak ertelenebilecek olmasıdır. Bu gerekçenin m. 5/3 açısından da geçerli olduğunu söylemek gerekir.

124 Yönetmelik m. 12/5: "*Dinleme kesintisiz olarak devam eder.*" Doktrinde, üç aylık süre ile uzatma süresi arasında da kesinti olamayacağı savunulmaktadır (*Öztürk* (editör), Ceza Muhakemesi, s. 473; *Ünver/Hakeri*, s. 456; *Taşkın,* s. 124; kıyaslayınız *Kaymaz,* s. 328-329; aksi yönde *Şen,* İletişimin..., s. 116). Öte yandan, üç ay dinlemeye karar verildiyse, bu, üç kere birer ay olarak uygulanamaz.

125 Uzatma kararlarının da gerekçeli olması gerektiği unutulmamalıdır. Ted-

koşulları oluşunca, ileride tekrar tedbire karar verilebilir mi? Örneğin, üç ay dinledik, koşullar oluştuğu için üç ay uzattık, daha sonra koşulları yine oluştuğu için üç ay daha dinlemeye karar verebilir miyiz? Bence 3+3 ay toplam azami süre olarak dikkate alınmalıdır. Ne yapılabilir? Bir ay dinlemişsiniz, gerek kalmadığı için tedbire son vermişsiniz, bir kaç ay sonra tedbirin koşulları oluştuğu için yine dinlemeye karar verebilir misiniz? Toplam altı aylık azami süreye ulaşılmadığı için evet[126]. Dolayısıyla bu anlamda birden çok aynı tedbir uygulanabilir, ama bence altı ayı aşacak şekilde uygulanmamalıdır[127].

Diğer bir konu da, tedbirin sona ermesidir[128]. Bilindiği gibi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tedbire karar verebiliyor, ama bunu hâkimin onayına sunmak zorunda[129]. Peki, hâkim onaylamazsa ne oluyor? CMK diyor ki, C. Savcısı tarafından karar derhal kaldırılır. Yani CMK neyi arıyor? Savcının bu yönde karar vermesini. Oysa doğrusu nedir? Süresi içinde hâkim onaylamadıysa, tedbir kendiliğinden hükümsüz hale gelmelidir[130]. Ama burada sorun şu: diyelim ki karar kendiliğinden hükümsüz hale geldi, TİB bundan nasıl haberdar olacak? Bunun için, savcı Başkanlığa haber vermelidir. TİB'le ilgili yönetmelikte, bu az önce belirttiğim yönet-

birin uygulanma koşullarının varlığını sürdürdüğü ve tedbirin uygulanmasına devam edilmesini gerekli kılan sebepler kararda gösterilmelidir (*Erdem,* HPD, s. 104; *Yokuş Sevük*, s. 111; *Aytekin İnceoğlu,* s. 119).

126 *Kaymaz,* s. 331, 343; aksi yönde *Erdem,* HPD, s. 104. Tedbire öngörülen süresinden önce son verilmiş, fakat koşullar oluştuğu için, ileride tekrar bu tedbire başvurulmasına karar verilmişse, önceki tedbir kararına son verildiği tarih itibariyle *arta kalan süre* kadar tedbir uygulanabilir.

127 *Erdem,* HPD, s. 104; *Kaymaz,* s. 343; *Vatan,* s. 96-97; kıyaslayınız *Şahbaz,* s. 100. Tedbir kararında değişiklik olursa, süre yeniden işlemeye başlamaz. Yönetmelik m. 7/6: "*Dinleme ve kayda alma kararının yerine getirilmesi sırasında şüphelinin başka bir iletişim aracını kullandığı belirlendiğinde buna ilişkin verilecek karar ya da kararların süresi önceki tedbir kararında verilen sürenin bitiş tarihini geçemez*".

128 CMK m. 135/1 (son iki cümle): "*Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır.*"

129 Hakime de 24 saat içinde başvurulmalıdır (An. m. 22) (aynı yönde *Centel/Zafer,* s. 409; *Taşkın,* s. 110).

130 Aynı yönde *Erdem,* HPD, s. 104; *Öztürk* (editör), Ceza Muhakemesi, s. 475; *Taşkın,* s. 112; *Kaymaz,* s. 335.

melik değil, burada bahsedilen, TİB'in Kuruluşuna Dair Yönetmelik[131], güzel bir hüküm var, şunu diyor: Süresi içerisinde hâkim onayı gelmemişse, başkanlık tarafından derhal tedbire son verilir[132]. Bakın, bu yönetmelik savcının kararını aramıyor, başkanlık son verir diyor. Uygulama şu şekildeymiş[133]: sisteme karar tanıtılırken 24 saatlik bir süre öngörülmektedir; 24 saat içinde hâkimin onama kararı gelirse, tedbire devam ediliyor, gelmezse, 24 saatin sonunda sistem zaten otomatikman tedbirin uygulanmasına son veriyor[134].

Ciddi sorunlar yaşanan bir alan da kayıtların çözümü konusu. Normalde yapılması gereken şu: kolluk tüm kayıtların dökümünü yapar[135] ve hepsini savcıya verir, arasından gerekli gördüklerini kendi seçemez. Ancak uygulamada şu türden işlemlerin yapılabildiği belirtilmektedir[136]: bir CD'de tüm veriler var, ikinci bir CD'deyse, kolluğun suça dair olduğunu düşündüğü kayıtlar var. Kolluk, sadece bu ikinci CD'nin çözümünü yaparak, savcılığa gönderiyor. Bu uygulama kanuna ve yönetmeliğe aykırı[137]. Daha da kötüsü olabiliyormuş; bazen doğrudan,

---

131 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 ("TİB Yönetmeliği").

132 TİB Yönetmeliği m. 15/2: "*Cumhuriyet savcısı tarafından verilen karar, süresi içerisinde hakim tarafından onaylanarak Başkanlığa gönderilmemiş ise kararın uygulanmasına Başkanlık tarafından derhal son verilir.*"

133 *Kaymaz,* s. 338.

134 Savcı tarafından verilen karar, hakim tarafından onaylanmamış ya da hakimin onayına sunulmamışsa, bu karara dayanarak uygulanan tedbir sonucunda elde edilen bilgiler, delil olarak değerlendirilemez (*Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, s. 705; *Erdem,* HPD, s. 102; *Öztürk* (editör), Ceza Muhakemesi, s. 470; *Turhan,* s. 269; *Ünver/Hakeri*, s. 455; *Şen,* Telefon Dinleme, s. 83; *Taşkın,* s. 113, 172. Hatta, onaya gerekli süre içerisinde sunulmama durumunda da aynı sonucun doğacağı yönünde bkz. *Şahin,* Telekomünikasyon..., s. 1106).

135 Kıyaslayınız *Özbek,* s. 430 (yazara göre, CMK m. 137/2'de, yasakoyucu bu konuda kolluğun görevlendirilmesinden özellikle kaçınmış, kayıtların çözümünün kolluk dışında kişiler tarafından yapılmasını istemiştir).

136 *Kaymaz,* s. 340.

137 Yönetmelik m. 7/6: "*Dinleme ve kayda alma işleminde kullanılan esas veri taşıyıcısındaki tüm veriler, Cumhuriyet savcısınca görevlendirilen adlî kolluk birimi personelince ayrı bir alt veri taşıyıcısına nakledilir ve tamamı (...) İletişimin Dinlenmesi ve Kayda Alınmasına İlişkin Tutanağa kaydedilir (...)*".
Yönetmelik m. 7/7: "*Dinleme ve kayda almaya ilişkin alt veri taşıyıcısına nak-*

MURAT ÖNOK'UN TEBLİĞİ

sadece suça ilişkin olduğu düşünülen veriler savcıya gönderilerek, gerisi imha ediliyormuş. Bu da savcıya ve hâkime tanınan delilleri değerlendirme yetkisinin hukuka aykırı olarak gaspıdır[138]. Belirttiğim her iki uygulama da hukuka aykırıdır. Ayrıca, bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları da var. Burada Dumitru Popescu-Romanya kararı var[139], şunu diyor: Siz iddianameye tüm dökümleri koymayabilirsiniz, çünkü bunu yaparsanız özel hayatın gizliliğini ihlal edebilirsiniz, ki davanın sonuçlandırılması bakımından mutlaka gerekli olmayan, özel hayata ilişkin bilgilerin dava dosyasında yer almasının özel hayatın gizliliği hakkını ihlal ettiğine dair kararı da var AİHM'in[140]. Ama devamı var Popescu kararında: kayıtların aslı saklanmalı ve itiraz durumunda ilgiliye dinleme hakkı tanınmalıdır[141]. Yoksa, ilgili kısımları ayıklayarak, gerisine gerek yoktu, yok ettim denilemez. Türkiye'de bu hususlara uyulmayabiliyor[142].

Zaman darlığından ötürü, yargısal denetim meselesini geçip[143], çok önemli bir soruna geliyorum: iletişimin denetlenmesi

---

ledilen tüm kayıtlar, görevlendirilen kolluk birimi personelince Cumhuriyet başsavcılığına teslim edilir."

138 Zaten, kolluğun delilleri değerlendirme gibi bir yetkisi olmadığı gibi, bu konuda yetkinliği de yoktur.

139 Dumitru Popescu – Romanya (No.2), AİHM 3. Dairesinin 26.04.2007 tarihli kararı.

140 L.L. – Fransa, AİHM 2. Dairenin, 10.10.2006 tarihli kararı.

141 Müdafiin, CMK m. 153'teki dosyayı inceleme hakkı kapsamında kayıtların orijinalini inceleyebileceğine dair bkz. *Öztürk* (editör), Ceza Muhakemesi, s. 475.

142 Öte yandan, kayıtların tutanağa aktarılmasında konuşmaların bütünlüğü bozulamaz, ekleme ya da çıkarma yapılamaz (*Öztürk* (editör), Ceza Muhakemesi, s. 475). Bu bakımdan, uygulamada bazen görüldüğü gibi, polisin kriminalistik tecrübesine dayanarak, konuşma çözüm tutanaklarına bizzat eklemeler yapması (örneğin, konuşmada geçen belirli bir kelimenin aslında şu ya da bu anlama geldiğine dair kayıt düşmesi) kabul edilemez. Elbette polisin bu tecrübelerinden istifade edilecektir, fakat bunun yolu, konuşmaların aslına uygun olarak çözümünü içermesi gereken tutanaklara ekleme yapmak değildir.

143 Bu konuda kanunda açık hüküm olmasa da, CMK m. 267'ye göre, hakim kararlarına karşı itiraz mümkündür. Yönetmelik m. 10 da bu yönde hüküm içermektedir: "*Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesindeki hükümlere aykırı olarak verilen kararlar ile bu Yönetmelikte sayılan ve tanımlanan iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemleri dışındaki talepleri içerdiği açıkça anlaşılan kararlara karşı Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık, katılan, suçtan zarar gören, müdafi, vekil, şüpheli veya sanığın yasal temsilcisi ve eşi ile Başkanlık tarafından itiraz edilebi-*

sonucunda elde edilen delillerin değeri nedir[144]? Doktrinde bir görüşe göre, bunlar belirti delilidir[145]. Yargıtay'ın bir kararına göre; dinleme kararı hukuka uygun olsa, kararın uygulanma biçimi de hukuka uygun olsa ve konuşmalar gerçeği yansıtsa bile, bu dinleme tutanakları, maddi delillerle desteklenmedikçe, tek başına delil değildir[146]. Bence bu mutlak yaklaşım yanlıştır. Delil serbestliği ilkesinin var olduğu ceza muhakemesi hukukumuzda, her şey delil olabilir. Bu bakımdan, örneğin, dinleme kararı hukuka uygunsa, uygulanma biçimi de hukuka uygunsa, delil gerçeği yansıtıyorsa ve bütün bunlar tespit edilmişse; bu kayıtların delil sayılmaması için hiçbir sebep yoktur[147]. Buna karşılık, bu delilin ispat bakımından değeri, ayrı bir sorundur.

---

lir". Fakat tebdir gizli olduğu için, ancak uygulanmasına son verildikten sonra muhatabı bundan haberdar olacaktır (*Centel/Zafer,* s. 410). Öğrenme tarihinden itibaren 7 gün içinde kararın veya uygulanması sonucunda elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu konusunda itiraz yapılabilir (*Kaymaz,* s. 381). Yönetmelik m. 10/1'de, TİB'e de itiraz yetkisi tanınmıştır. Doktrinde bu yetki, haklı olarak, eleştirilmektedir (age, s. 388). Zira, TİB idari bir organdır, uyuşmazlığın tarafı değildir, muhakeme süjesi de değildir. Kaldı ki, soruşturma ve dava dosyasından da haberdar değildir. Bu nedenle, kararın yerindeliği, kanuni koşulların gerçekleşmediği konusunda itiraz edememelidir. İtiraz, kanuni şekil şartlarının yerine getirilmediği, öngörülmeyen bir tedbirin uygulanmasının istendiği gibi hususlarda olabilir. Uygulamada, TİB'in, tedbir kararlarındaki mevzuata aykırılıkların düzeltilmesi için kararı ilgili makamlara iade etme yetkisini kendisinde gördüğü bildirilmektedir (age, s. 390). Kanuna açıkça aykırılık olması durumunda, TİB'in bu kararı uygulamaksızın görüş sorması ve hatanın düzeltilmesini istemesi gerektiği konusundaki görüş için bkz. *Taşkın,* s. 116; kıyaslayınız *Şen,* Telefon Dinleme, s. 83-84 (yazara göre, Başkanlık, sadece kararda olması gereken bazı şekli hususların varlığını araştırmak yönünden yetkilidir).

144 Ceza muhakemesi hukukunda bu delillerin değeri tartışılacaktır. İletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen bilgilerin hukuk mahkemesinde ya da disiplin yargılamasında delil olarak kullanılamayacağına dair bkz. *Öztürk* (editör), Ceza Muhakemesi, s. 468; *Taşkın,* s. 172.

145 *Centel/Zafer,* s. 405; *Yenisey/Altunç,* s. 1308; *Ünver/Hakeri*, s. 441. Aynı yönde Yar. 8.CD., 12.5.2009, 417/6705.

146 Bkz. örneğin, Yar.8.CD., 15.9.2008, 12115/9513 (aktaran *Kaymaz,* s. 425). Bunun çıkış noktası; belirtilerin genel nitelikte olup, somut olayı temsil etmemeleridir. Öte yandan, iletişimin denetlenmesi sırasında ikrar nitelikli açıklamaların yapılması durumunda, buna dair tutanakların, sanığın duruşmadaki sorgusu ile çeliştiğinde, okunulmaması gerektiği de öne sürülmektedir (*Centel/Zafer,* s. 406).

147 *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, s. 994; *Özbek*, s. 633; *Ünver/Hakeri*, s. 468; *Yıldız*, Ali Kemal, Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 2, Aralık 2006, s. 258; *Yenisey/Altunç*, s. 1308 (keşif neticesinde bandın "gerçek" konuşmaları yansıttığı ve üzerinde oynama yapılmadığı tespit edilirse, bunlar duruşmada delil olarak ikame edilebilecektir); *Taşkın,* s. 166; *Kaymaz,* s. 426; *Vatan,* s. 142; *Şahbaz,* s. 183.

O halde, bu kayıtların delil olduğunu kabul edersek, sırf bunlara dayanarak mahkûmiyet hükmü kurulabilir mi? Doktrinde bir görüşe göre, bunlar başka delillerle desteklenmedikçe tek başına mahkûmiyete esas teşkil edemez[148]. Yargıtay da çeşitli kararlarında bu görüşü benimsemiştir[149]. Bu görüşe kural olarak katılmakla birlikte, istisnaların olabileceğini düşünüyorum. Zira, ceza muhakemesi hukukunda delillerin serbestliği ilkesi dışında, bir de delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi var ve hakimin vicdani kanaati önemli. Bu nedenle, delilin hukuksal değeri hakim tarafından somut olaya göre belirlenmelidir. Bazı delil türleri açısından[150], örneğin, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine dayanarak mahkûmiyet verebilir misiniz? Hayır, zaten sinyal bilgileri kısıtlı bazı bilgileri kapsıyor. Yine, örneğin, iletişimin tespitinde, bir şahıs, ne zaman, kimi aramış, bunlar ortaya konuluyor; zaten buna dayanarak nasıl mahkûmiyet vereceksiniz? Keza, maddi delille desteklenmesi gereken, uyuşturucu suçları, kaçakçılık suçları gibi durumlarda da dinleme tutanakları tek başına mahkumiyete esas olamaz. Ancak bir örnek vereyim; mağdurun rızasıyla veriler kullanılabilir dedik, kendisi kaydedebilir dedik. Tehdit, hakaret, şantaj, cinsel taciz gibi suçlarda dinleme kaydı var, daha ne yan delil gerekecek? Demek ki, bazı durumlarda ve somut olayın özelliğine göre, iletişimin denetlenmesi sonucunda elde edilen deliller de, tek başına, şüpheye yer bırakmayacak derecede suçu ispat edebilir ve tek başına mahkumiyete esas olabilir[151].

CMK 135'in uygulanması sonucunda elde edilen delillerin değeri bakımından apayrı bir durum şudur: Kararın verildiği sırada tedbirin uygulanma koşulları gerçekleşmemişse, yani,

---

148 *Yenisey/Altunç,* s. 1319; *Taşkın,* s. 170; *Şen,* Telefon Dinleme, s. 72, 119 (fakat bkz. *Şen,* İletişimin..., s. 123); *Meran,* s. 296. Bu konuda çeşitli görüşler için bkz. *Kaymaz,* s. 426 vd.

149 Örneğin, maddi bulgularla desteklenmeyen telefon görüşmelerine dair kayıtların **mahkumiyete yeterli olmadığı** görüşü benimsenmiştir (Yar.8.CD., 22.1.2009, 13862/479); benzer yönde Yar.8.CD., 2.2.2009, 14950/1140; Yar.10.CD., 2.4.2009, 18095/6131.

150 *Kaymaz,* s. 428-429.

151 *Koca,* Mahmut, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 2, Aralık 2006, s. 218; *Yıldız,* s. 260; *Şen,* İletişimin..., s. 123; *Kaymaz,* s. 430; *Vatan,* s. 143.

kuvvetli şüphe yoksa ya da başka türlü delil elde etme imkânı varsa, fakat buna rağmen tedbire karar verilmişse ya da kanundaki şekli koşullara uyulmamışsa[152], bu karar hukuka aykırıdır ve bu suretle elde edilen delillerin değeri olmamalıdır[153]. Aynı şekilde; tedbir kararı gerekçesizse[154], gerekçe soyut, genel ve basmakalıpsa, kanuni ifadelerin tekrarından ibaretse bu karar da hukuka aykırıdır[155], bu karara dayanarak elde edilen bilgilerin hiçbir değeri olmamalıdır[156]. Mesela, tutuklamaya ilişkin gerekçesiz kararlardan dolayı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir çok ihlal kararı vardır[157]. CMK m. 135 açısından da gerekçesiz bir tedbir kararı hukuka uygun olamaz. Ne var ki, Yargıtay'ın bugüne kadar bu yönde denetim yaptığını görmedim[158]. Oysa, Yargıtay bunu mutlaka yapmalıdır; uygulamadaki kabul edilemez durum ancak böyle giderilir.

Tartışmalı diğer bir konuya geçelim: Dinleme hukuka aykırı, ama bu sayede elde edilen bilgiler aracılığıyla başka bir

---

152 CMK m. 135/3 (ilk cümle): "*Birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespite imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir.*" Yönetmelik m. 6/1-ç'de de, "*Hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği*"nin, iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin talepler ile hâkim ve Cumhuriyet savcısı kararlarında yer alması gerektiği belirtilmiştir. Bu bağlamda, dinleme kararına muhatap olacak kimsenin kimliği gösterilmeden, sadece IMEI numarası (üretim aşamasında her mobil telefona yüklenen, tek olan, cihazın kimlik numarasıdır, bkz. *Aytekin İnceoğlu,* s. 109, dn. 29) üzerinden verilen dinleme kararları hukuka aykırıdır, ayrıca, kötüye kullanılmaya da fevkalade elverişlidir, çünkü tedbirin muhatabı karardan anlaşılamamaktadır. Oysa, Yargıtay, dinleme/tespit kararlarına şüphelinin adının yazılmamasını bozma sebebi saymamıştır (Yar.8.CD., 23.1.2007, 8117/320). Yine bkz. Yar. 8.CD'nin 25.3.2008 tarihli (11831/2803 sayılı) kararına H.Y.Aktan'ın karşıoyu (aktaran *Bayraktar,* s. 92-95).

153 Aynı yönde *Yurtcan,* s. 373; *Özbek,* s. 425; *Yenisey/Altunç,* s. 1308; *Taşkın,* s. 107; *Ünver/Hakeri*, s. 417-418; *Soyaslan,* s. 271; *Şahin,* Telekomünikasyon..., s. 1110; *Bayraktar,* s. 88.

154 Kolluktan gelen talep yazısı, Cumhuriyet Savcısı tarafından görüş belirtmeden ve talepte bulunmadan mahkemeye gönderilmiş ise, iletişimin denetlenmesi kararı verilmemelidir.

155 Benzer yönde *Şen,* İletişimin..., s. 107.

156 Aynı yönde *Şen,* Telefon Dinleme, s. 99.

157 Hüseyin Esen – Türkiye, AİHM 4. Dairesinin 08.08.2006 tarihli kararı; Tüm – Türkiye, AİHM 2. Dairesinin 17.06.2008 tarihli kararı.

158 Aynı yönde *Kaymaz,* s. 443.

MURAT ÖNOK'UN TEBLİĞİ

tedbir uygulandı ve o sayede delillere ulaşıldı. Anlaşılması için örnek vereyim: Benim hakkımda iletişimin dinlenmesine hukuka aykırı bir şekilde başvuruldu, bu iletişim sırasında ben Ahmet'in bir suç işlediğini söyledim. Buna dayanarak Ahmet'in iletişimin dinlenmesine karar verildi ve o karar hukuka uygun, tüm şekli şartlar yerine getirilmiş. Bu şekilde, Ahmet'in dinlenmesi sayesinde delil elde edildi, bu delil kullanılabilir mi? Buradaki mesele, delil yasaklarının dolaylı/uzak etkisidir. CMK'nın ilgili hükümlerini ve Anayasayı düşünürseniz[159], bu delillerin kullanılamayacağını söylemek gerekir. Dolaylı olarak hukuka aykırılığa dayanan delil de kullanılamaz[160]. Bu ideal bir sonuç mudur? Hiç değil, ceza muhakemesini büyük ölçüde bloke edebilecek, abartılı bir sonuçtur ama Anayasamız (m. 38/6) açıktır: "*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*". Bu nedenle; kanuna aykırılık ile hukuka aykırılık farklıdır[161], delilin üçüncü kişilerce elde edilmesi ihtimalinde durum farklıdır[162], ya da AİHM'in dediği gibi, yargılamanın adilliği genel olarak bozulmamışsa hukuka aykırı delilin kullanılması sorun değildir, türünden argümanları Almanya'da, Amerika'da söyleyebilirsiniz, çünkü onların Anayasasında böyle bir hüküm yok[163]. Ancak bizim Anayasamızda açık bir hüküm var[164]. Bu hüküm ihtiyaca uy-

159 Anayasa m. 38/6, CMK m. 206/2-a, CMK m. 217/2, CMK m. 230/1-b, CMK m. 289/1-i.

160 *Aytekin İnceoğlu*, s. 124; *Şen*, İletişimin..., s. 125. Kıyaslayınız *Vatan*, s. 158 ve *Şahin*, Telekomünikasyon..., s. 1112 (yazar, tedbirin niteliğine ve delilin başka türlü elde edilemeyecek olup olmamasına göre bir değerlendirme yapmaktadır).

161 "Hukuk normu ile korunan hukuksal menfaat ihlal edilmemiş ise, hukuk kuralına şekli olarak aykırılık, delilin kullanılmasına engel değildir" (Kanuna aykırılık / hukuka aykırılık ayrımı – Almanya).

162 Özel kişilerce delilin elde edilmesi durumunda farklı değerlendirme yapmak gerekir (soruşturma/kovuşturma organları ile özel kişiler açısından kuralı farklı yorumlama eğilimi - ABD)

163 Benzer değerlendirmeler için bkz. *Ünver/Hakeri*, s. 465.

164 Ne var ki, Yargıtay'ımızın yakın zamanda bu hükme aykırı davranıp, hukuka aykırı delile dayandığı kararları olmuştur. Bkz. örneğin Yar.CGK., 29.11.2005, 144/150 (hukuka aykırı delillerin uzak/dolaylı etkisine dayanan delil kullanılmıştır); Yar.CGK, 26.6.2007, 147/159 (işlem sırasında iki tanık bulundurulmaması suretiyle yapılan arama sonucunda elde edilen delillerin, hak ihlaline yol açılmadığı sebebiyle, hukuka aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır); Yar.1.CD., 26.7.2005, 5366/2368 (özel kişilerin (bir

gun mudur? Değildir, ama hüküm amaca uygun değil diye, onu görmezden gelemezsiniz[165].

Son olarak, tesadüfen elde edilen delil konusuna gelelim[166]. Bu nedir? Örneğin, ben kasten öldürme suçunu işlediğim şüphesiyle dinleniyorum ve o dinleme sırasında rüşvet aldığım da anlaşılıyor ya da ben adam öldürmeden ötürü dinlenirken başka bir kişinin bir başka suçu işlediği anlaşılıyor. Bakın, burada dinleme kararı hukuka uygun, ama dinleme kararına sebep olan soruşturma ve kovuşturma konusu suçla alakasız, başka bir suç işlenmiş[167]. Şimdi burada ne yapılacak? CMK şunu diyor: Eğer bu diğer, başka suç, katalogda sayılan suçlardan biriyse, delili muhafaza altına alırsınız ve savcıya bildirirsiniz. Peki, katalogdaki suçlardan biri değilse ne olur, savcıya bildirilmeyecek mi? Bu hükme göre hayır, ama bu yorumu yapmamak gerekir. Bir kez, TCK 279'da suçun bildirilmesi yükümlülüğü

terör örgütünün) işkence ile elde ettiği delil kullanılmıştır) (kararları aktaran *Şen,* Telefon Dinleme, s. 27-32). Buna karşılık, daha yakın tarihli bir kararda (Yar.CGK, 17.11.2009, 160/264), Yargıtay'ın, 2007 tarihli kararında varmış olduğu sonucun aksine ulaştığı görülmektedir. Bu olayda çözülmesi gereken sorun "*hukuka aykırı aramada elde edilen maddi kanıt dışındaki diğer kanıtların, bu bağlamda hakkındaki ihbar ile sanığın mevcut ikrarının somut olayda mahkûmiyet için yeterli olup olmadığı hususunda toplanmaktadır (...) Görüldüğü gibi, dosyadaki hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen kanıtların değerlendirme dışı tutulması halinde, sanığın cezalandırılmasına olanak bulunmamaktadır. Her ne kadar C.Başsavcılığınca, ihbar tutanağı ve sanığın ikrarı ile suçun sabit olduğu ileri sürülmüş ise de, ihbar sonucu elde edilen kanıtlara itibar edilemeyeceğinden, ihbarında bu anlamda bir kanıt değeri bulunmayacaktır. Diğer yönden, dosyada sanığa ait bir ikrar bulunmadığı gibi, bir an için* ***sanığın ikrarının olduğu kabul edilse dahi, maddi kanıtlarla desteklenmeyen ve özgür irade ürünü olmayan bu ikrara da dayanılması mümkün değildir.***"

165 Hukuka aykırı delili değerlendirme yasağının tek istisnası, hukuka aykırı tedbir sonucunda elde edilen delilin sanığın lehine olması durumu olabilir. Bu hususta yasada açıklık olmasa da, şüpheli/sanık lehine, temel haklarını korumak amacıyla getirilen bir hükmü onun aleyhine yorumlamamak doğru olur (*Şen,* Telefon Dinleme, s. 149).

166 CMK m 138/2: "*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.*" Yargıtay'ın da belirttiği üzere, 01.06.2005 tarihinden önce uygulanan iletişimin dinlenmesi tedbirleri sırasında tesadüfen elde edilen bulguların yargılama sırasında delil olarak kullanılması hukuka aykırıdır (Yar.CGK, 22.1.2008, 101/3; Yar.2.CD., 6.2.2009, 8783/437).

167 CMK m. 138'in ifadesi aksini düşündürse de, halihazırda soruşturulmakta ya da kovuşturulmakta olan bir başka suça dair elde edilen delil de bu kapsamdadır.

var; CMK 160, 161'e göre de adli kolluk sıfatıyla olaya el konulmalı, ayrıca yönetmelikte de hüküm var[168], dinlemeye dair tüm kayıtlar C. Başsavcılığına teslim edilir diyor. Dolayısıyla, tüm bu hükümleri bir arada değerlendirirseniz, CMK'daki ifade sizi aldatmasın, eğer kataloga girmeyen bir suç hakkında tesadüfi delil elde edilmişse, bu da savcıya bildirilmelidir[169]. Bunun sonucu nedir? Bu tesadüfi delil yargılamada kullanılamaz (ve hükme esas alınamaz)[170], mesela dinleme sonucunda şüpheli/sanığın cinsel taciz suçu işlediği anlaşılırsa, bu sayede elde edilen verilere dayanılarak mahkûm edilemez. Acaba bu diğer suç (cinsel taciz) hakkında bu bilgiye dayanarak, şüpheli/sanık ya da üçüncü kişi bakımından soruşturma başlatılabilir mi? Ben de doktrinde buna olumlu cevap verenlere katılıyorum[171]. Kanaatimce, tesadüfen elde edilen delil, "hukuka aykırı delil" ile eşdeğer değildir[172]; bu nedenle, Anayasa m. 38/6'dan hareketle, katalog kapsamına girmeyen suç hakkında elde edilen tesadüfi delilin hiç bir şekilde kullanılamayacağını savunmak doğru değildir. Buna karşılık, tesadüfen elde edilen delil kataloga giren suçlardan birine dahilse, şüphesiz kullanılabilir, burada zaten hiç tartışma yok[173]. Fakat, bu noktada da, hakkında tesadüfi delil elde edilen suç açısından yeni bir karar elde ederek, bu diğer suç açısından iletişimin denetlenmesine devam edilebilecektir[174].

---

168 Yönetmelik m. 9/7: "*Dinleme ve kayda almaya ilişkin alt veri taşıyıcısına nakledilen tüm kayıtlar, görevlendirilen kolluk birimi personelince Cumhuriyet başsavcılığına teslim edilir.*"

169 Aynı yönde *Ünver/Hakeri*, s. 416; *Hakeri,* s. 30; *Kaymaz,* s. 479; *Meran,* s. 217. Kıyaslayınız *Şahin,* Telekomünikasyon..., s. 1112 (yazara göre, CMK m. 138/2 hükmü, TCK m. 279 açısından özel bir hukuka uygunluk sebebidir).

170 Aynı yönde *Centel/Zafer,* s. 412.

171 *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, s. 710 (ne var ki, aynı eserin 1021. sayfasında, Anayasa m. 38'e dayanarak, aynı soruya bu sefer olumsuz cevap verilmektedir); *Centel/Zafer,* s. 412; *Özbek,* s. 435; *Şen,* Telefon Dinleme, s. 139, 146-147; *Kaymaz,* s. 481; *Turhan,* s. 274; *Meran,* s. 217; aksi görüşte *Erdem,* HPD, s. 107; *Öztürk* (editör), Ceza Muhakemesi, s. 477; *Şahin*, Ceza Muhakemesi, s. 271; *Bayraktar,* s. 97; *Yenisey/Altunç,* s. 1314; *Ünver/Hakeri*, s. 459; *Aytekin İnceoğlu,* s. 123; *Taşkın,* s. 177; *Vatan,* s. 157; *Şahbaz,* s. 165.

172 *Kaymaz,* s. 481. Aksi yönde Yar.CGK, 13.6.2006, 122/162.

173 *Erdem,* HPD, s. 107; *Hakeri,* s. 30; bkz. bu yönde Yar.CGK, 3.7.2007, 23/167. Fakat bkz. *Soyaslan,* s. 276; *Bayraktar,* s. 97.

174 *Ünver/Hakeri*, s. 437; *Taşkın,* s. 175; *Şen,* Telefon Dinleme, s. 138; *Şahin,* Telekomünikasyon..., s. 1111. Yine bkz. Yar.CGK., 3.7.2007, 23/167.

Önleme amaçlı denetimi geçip[175], iki dakikada sonuca varıyorum. Şimdi Türkiye'de şu deniliyor: Efendim, Türkiye'de iletişimin denetimi alanında ciddi bir sorunumuz var. Doğru, fakat sorunun mahiyeti yanlış teşhis edildiği için, siyasal iktidar tarafından yapılacak tedavi de sorunu iyileştirmeyecek. Ne deniliyor? Usulsüz, hâkim kararı olmadan yapılan dinlemelerin cezasını arttıralım. Peki, sorun sadece hâkim kararı olmadan yapılan dinlemeler mi, yoksa hukukilik kisvesi altında,

---

1752559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanun Ek m. 7, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu Ek m. 5, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu m. 6/b ile, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri yasal dayanağa kavuşturulmuştur (geniş bilgi için bkz. *Taşkın,* s. 189 vd.; *Meran,* s. 4 vd.; *Vatan,* s. 113 vd.) Bu konuda bazı sorunlar mevcuttur (bu düzenlemelerin AİHM içtihatlarında ortaya konulan şartlara uygun gözükmediği konusunda bkz. *Özbek,* s. 421). Bir kere, hakimin hangi kriterlere göre karar vereceği konusunda açıklık yoktur (*Hakeri,* s. 31; *Kaymaz,* s. 59); gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Emniyet Genel Müdürü, İstihbarat Dairesi Başkanı, MİT Müsteşarı veya Yardımcısı, Jandarma Genel Komutanı gibi kimselerin yazılı emriyle de tedbire başvurulabilir; toplam süre, uzatmalarla birlikte, 12 ay olmakla beraber, terör suçlarında süre sınırı yoktur. Önleme amaçlı dinlemede de, suç işleneceğine dair soyut şüphe, tahmin yetmez; bulgulara dayalı (basit) şüphe sebepleri olmalıdır ("makul şüphe"nin aranması gerektiği konusunda bkz. *Centel/Zafer,* s. 415). Sadece belirli sayıdaki kişi/kişiler bakımından tedbire karar verilebilir; ülke çapını kapsayacak (ve mahkemenin yer bakımından yetki çevresini aşan) dinleme kararı verilemez (aksi görüşte *Meran,* s. 20. Ülke çapını kapsayacak tedbir kararı verilemeyeceğine dair bkz. Yar. 9.CD., 4.6.2008, 8074/7160, ne var ki, bu kararda, meselenin yer bakımından yetki açısından sonuca bağlanmış olması bir eksikliktir, bkz. *Şen,* Telefon Dinleme, s. 46-47). Tedbirin uygulanmasından sonra, ilgili kişilere tedbirin uygulandığı konusunda bilgi verme yükümlülüğü öngörülmemiştir (*Kaymaz,* s. 61). Bu durumda, kişiler, haklarındaki uygulamadan haberdar olmayacaklarından, hukuka aykırı işlemlere karşı yargısal yollara da başvuramayacaklardır. Önleme amaçlı denetim sonucu elde edilen deliller, bu kanunlarda yazılı amaç dışında kullanılamaz. Fakat, suç işlendiğini öğrenen kolluk görevlilerinin durumu C.Savcılığına bildirmeleri gerektiği gibi, bu durumda adli görevleri de başlamış olmaktadır. Bu nedenle, önleme amaçlı delillere dayalı olarak soruşturma başlatılabileceği savunulmaktadır (TCK m. 279, CMK m. 161/2, bkz. *Şen,* Telefon Dinleme, s. 51; *Taşkın,* s. 228; *Kaymaz,* s. 495). Genel olarak denilebilir ki, istihbari dinleme yoluyla elde edilen delillerin ceza muhakemesinin bütününde kullanılması, kanaatimizce, hukuk devleti ilkesinden kopuşu ifade edeceği gibi, bu yöndeki talepleri de "insan haklarına saygılı" bir devlet anlayışı çerçevesinde kabul etmek mümkün değildir (kaldı ki, bu yola gidilmesi, daha sıkı şartlar arayan CMK hükümlerine başvurmaksızın, önleme amaçlı denetleme yoluyla elde edilen delillerin kullanılmasıyla yetinilmesi sonucunu doğurabilecektir (*Şahin,* Telekomünikasyon..., s. 1097). Öte yandan, uygulamada, istihbari faaliyet sonucu elde edilen bilgilerin, kolluk tarafından "anonim ihbar mektubu" haline getirilerek, soruşturmada delil olarak aynen kullanıldığı iddiaları da kaygı vericidir.

MURAT ÖNOK'UN TEBLİĞİ

fakat kanuni koşullara riayet edilmeden hâkim kararıyla yapılan dinlemeler mi? Türkiye'de, ikincisi de çok ciddi bir sorun. Burada cezaların arttırılması anlamsız, çünkü zaten bu konuda yeterli kuralımız ve yaptırımımız var[176]. Örneğin, bir dolu delil yasağı saydım: CMK 206, 217, 230, 289, Anayasa madde 38, ayrıca hâkimin sorumluluğu da söz konusu olabilir. Usulsüz dinlemeler açısından da, TCK m. 132 ve devamında öngörülen düzenlemeler var. Ama bir yaptırımın caydırıcılığı, öngörülen cezanın soyut ağırlığıyla alakalı değildir; o yaptırımın gerçekten de uygulanacağı yönünde bir kanaatin varlığıyla ilgilidir. Hiç uygulanmayacağını bildiğiniz yaptırımı kimse önemsemez. Benzer değerlendirme delil yasakları açısından da önemli. Şimdi burada örnekler verelim: CMK 137/4'e göre, tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtlar yok edildiği halde[177], en geç onbeş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgilisine yazılı olarak bilgi verir. Siz bir kere bile bilgi verildiğini duydunuz mu? Peki, şunu yapmak çok mu zor Adalet Bakanlığı ya da ilgililer tarafından: tek

176 Buna karşılık, CMK m. 141 vd. hükümlerinde, koruma tedbirleri nedeniyle tazminat konusu düzenlenirken, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamındaki tedbirlere bu çerçevede yer verilmemiştir (*Erdem,* HPD, s. 106; bunun eleştirisi için bkz. *Özbek,* s. 433; *Ünver/Hakeri*, s. 443; *Yokuş Sevük*, s. 117; *Aytekin İnceoğlu,* s. 122). Bu durumda, idari makamların eylemleri dolayısıyla genel tazminat sorumluluğu yolunu işletmek mümkündür (*Hakeri,* s. 28).

177 CMK m. 137/3-4: "(3) *135 inci Maddeye göre verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da aynı Maddenin birinci fıkrasına göre hâkim onayının alınamaması halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl 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 edilir.*

(4) Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma evresinin bitiminden itibaren, en geç onbeş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgilisine yazılı olarak bilgi verir."

Doktrinde (*Centel/Zafer,* s. 412; *Yokuş Sevük*, s. 114; *Taşkın,* s. 142; *Meran,* s. 149), kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi nedeniyle bu belgelerin yok edilmesi gündeme geldiğinde, bunun, söz konusu kararın kesinleşmesinden sonra yapılması gerektiği belirtilmektedir (kıyaslayınız *Ünver/Hakeri*, s. 458-459). Yine, beraat kararı verilmesi durumunda verileri yok etme yükümlülüğüne yer verilmemiş olmasının da bir eksiklik olduğu öne sürülmektedir (*Öztürk* (editör), Ceza Muhakemesi, s. 476; aksi görüşte *Taşkın,* s. 143). Nihayet, tedbiri uygulama koşullarının ortadan kalkmış olması durumunda da tedbirin sona erdirilmesi gerekir (*Yokuş Sevük*, s. 114).

tek soracaksın, kaç tane dinleme yapıldı, kaç kez kayıt imha edildi, kaç kez ilgiliye bilgi verildi[178]? Yüz kez imha ettik, bir kez bilgi verdik derse, ki öyle demek zorunda, çünkü durum böyle, nedenini soracaksınız. Ya da bir hâkime soracaksınız, senden kaç tane dinleme kararı talep edildi? Üç bin mi, kaçını kabul ettin? 2999'unu! O zaman inceleyeceksiniz bu kararların içeriğini. Tüm talepler gerekçesiz olarak kabul edilmişse, gereğini yapacaksınız. Bizde hâkimlerin yaptıkları inceleniyor, ama verdiği kararların hukukiliğine göre değil, sanki siyasal iktidarın amacına hizmet edip etmemesine göre inceleniyor!

Başka bir örnek verelim, çok meşhur bir davaya dair bilgiler soruşturma aşamasında basına sızdırılıyor, bu arada hiç alakasız, örneğin, haber spikerlerinin ailesinin özel hayatına ilişkin saçma sapan iddialar iddianamede var. Dönemin Adalet Bakanı çıkıp diyor ki, bu tür davranışlar hukuka aykırıdır. Aynı kişiye soruşturma izni verilmesi için başvuruluyor, hayır vermiyorum diyor. Hani hukuka aykırıydı, sen söyledin bunu. Yine, bazı açıklamalar var telefon dinlemeleri hakkında, "yasadışı dinlemeyi önlemenin yolu yok. Dinlemeyi önleyebilmenin tek yolu konuşmamak." veya "Dinlenmiş olmayı abartmamalıyız. Yanlış işiniz yoksa dinlenmekten korkmayın" gibi, bunu bizzat iktidar söyledi. Öte yandan, TİB Başkanının bizzat Başbakan tarafından atanılması, Anayasa Mahkemesi tarafından hukuk devleti ilkesine aykırı bulundu[179]; fakat bu kararın gereği yerine getirilmedi henüz. Yargıtay santralinin dinlenildiği iddiaları karşısındaki "dinleyemedik" açıklamaları, TİB'de arama yapılması kararını icra etmeye çalışan yargı görevlisinin fiilen engellenmesi ve engelleyen hakkında değil de, engellenen hakim hakkında soruşturma başlatılması... Yani, şimdi böyle bir ortamda cezayı arttırmak sizce çözüm olur mu?

Sonuçta diyeceğim şu, büyük Profesör Sahir Erman'ın dediği bir şey vardı, Türkiye'de doğmuş olmak ve yaşamak bir

178 Nitekim, doktrinde (*Aytekin İnceoğlu,* s. 126), iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulamadaki sonuçlarına dair bilgilerin veri halinde bulundurulması önerilmektedir.

179 Anayasa Mahkemesi'nin 29.01.2009 tarihli kararı (E. 2005/85, K. 2009/15).

kara yazgı olmamalıdır. Maalesef şu an birçok alanda bu böyle. Peki, ne yapılmalı? Birincisi, basın bu konuda ortak bir tavır göstermeli. Tavır dediğim, sevmediği adam dinlenince ilk haber yapmak, sevdiği adam dinlenince kepazelik, rezalet, hukuk skandalı diye başlık atmak değil. Sevseniz de, sevmeseniz de hukuka aykırılığa maruz kalanı savunmalısınız. Çünkü şunu unutmayın, kötülüğe göz yumarsanız, yılan döner dolaşır sizi de ısırır. Canınız yandığında acı içinde feryat edersiniz imdat diye, ama bir bakarsınız ki, etrafınızdakiler birer birer hukuka aykırı olarak elimine edilirken göz yumduğunuz için, artık size de el uzatacak kimse kalmamıştır. Peki, halkın tavrı ne olmalı[180]? Burada tek vücut bir tavır gösterilmeli. Şimdi bakın, iki ihtimal vardır: ilk ihtimalde, Türkiye'de özel hayatın gizliliği de dahil olmak üzere, temel hak ve özgürlüklerin daha alt düzeyde korunmasını normal karşılarız - ki bunu normal karşılıyor, daha az insan haklarına sahip olmamızı kanıksıyorsak, bunun anlamı, daha az insan olduğumuzu kabul etmektir. Herhalde hiçbirimiz bu iğrenç yakıştırmayı onurumuza yedirmeyiz. İkinci ihtimalde, sürekli mağdur olmayı kabul etmiyorsak, muasır medeniyet seviyesine layık olduğumuzu düşünüyorsak, yapabileceğimiz, faili ve mağdurunun kimliğinden bağımsız olarak, haksızlıklara karşı çıkmaktır[181]. Nasılsa bir şey değişmiyor diye ümitsizliğe kapılmak da doğru değildir; çünkü mücadele edersek bir şeyin değişeceğinin garantisi olamaz ama pes edip, mücadele etmezsek, hiç bir şeyin değişmeyeceği garantidir. Bir ülkede, yaygın da olsa, hukuksuzlukların olması, ümitsizliğe kapılmak için sebep değildir. Fakat, bu hukuksuzlukların kanıksanması, normak olarak algılanmaya başlanması, rasyonelleştirilmesi, bundan duyulan rahatsızlığın azalması ve bunlara karşı mücadele azminin sönmesi... işte bu, ülkenin uçuruma sürüklendiğini gösterir. Bu noktada ben Türkiye Barolar Birliğini ve barolarımızı gerçekten kutlarım.

180 Bundan sonraki kısımda, konuşma bandının çözümü üzerinde bazı değişiklikler yapılmıştır.

181 Şu iki özlü söz konuyu açıklayıcıdır: Beni kötülerin zulmü değil, iyilerin sessizliği korkutuyor - M.L.King; Bir şeyin haklı olduğunu bildiğin halde, o şeyden yana çıkmazsan, korkaksın demektir. – Konfüçyüs.

Çünkü bu konuda en başından itibaren sert, dik bir duruş sergilediler, sert, ama hukuka uygun, bu çok önemli.

İşte bu noktada biz genç arkadaşlara iş düşüyor ve 30 saniyede bunu söyleyeceğim sadece, geriye nasıl bir Türkiye bırakacağız? Bize bırakılan mevcut tabloyu mu çocuklarımıza, torunlarımıza devredeceğiz? Onlara, biz de yapamadık, artık siz inşallah düzeltirsiniz 2200 yılına doğru mu diyeceğiz? Yoksa şu tabloyu düzeltmek için el ele verip her ortamda sesimizi mi yükselteceğiz? Eğer biz hukukçular, bu devraldığımız, benim hiç memnun olmadığım tabloyu aynen devredersek bence rahat ve huzurlu olma hakkımız yoktur, çünkü hukukçuluğa ihanet etmişizdir. Çünkü hukukçuluk, bence, sadece hukuk mesleği aracılığıyla para kazanmak değil, aynı zamanda hukuk için mücadele de etmektir. İnşallah bu mücadeleyi hep beraber yaparız. Ben her şeye rağmen ümitliyim, Türkiye'de daha güzel günler göreceğimize en azından inanmak istiyorum ve beni dikkatle dinlediğiniz için size çok teşekkür ediyorum.

Av. Vedat Ahsen COŞAR- Evet, Murat Hocaya verdiği bilgi ve bu güzel konuşması için çok çok teşekkür ediyoruz. Şimdi Sayın Hamdi Yaver Aktan, tanıyorsunuz, Hamdi Bey Yargıtayımızın 8. Dairesinde üye. Aynı zamanda YARSAV üyesi ve hem avukat, hem de baro dostu. Buyurun Sayın Aktan.

Hamdi Yaver AKTAN
Yargıtay 8. Ceza Dairesi Üyesi

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA İLETİŞİMİN İDARİ VE ADLİ DENETLENMESİ*

I- Adli Dinleme

1- Dinleme Normunun Bulunmadığı Evre

Hukuk sitemizde iletişimin denetlenmesine ya da bir başka fakat daraltılmış ifadeyle telefonların dinlenmesine ilişkin *"norm"* bulunmadığı evrede mülga CMUK.nun 91 ve 92. maddeleri *"kıyasen"* dinlemeyi de kapsayacak biçimde genişletilerek uygulanmıştır.Özellikle CMUK.nun m.91/2'de kullanılan *"sair mersule"* kavramı "genişletici yoruma" tabi tutulmuştur.[1] Hakim kararı bulunması halinde de dinleme tutanakları yargılamada geçerli kabul edilmiştir. *"Mersule"* sözcüğünün *"gönderilen", "yollanılan"*[2] anlamları içermesine ve telefonla yapılan konuşmanın sözkonusu anlamların dışında kalmasına karşın *"sair"* sözcüğüyle birlikte yorumlanması kıyastan ziyade ancak, *"genişletici yorum"* kavramıyla açıklanabilir.Oysa *"kıyas"*

---

* 10 Aralık 2009 tarihinde Türkiye Barolar Birliği'nde düzenlenen İnsan Hakları Günü'nde "İletişim Özgürlüğüne Müdahale" konulu paneldeki konuşmanın gözden geçirilmiş metnidir.

1 Ahmet Gökçen: Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El koyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi, Ankara, 1994, s.188

2 Ejder Yılmaz: Hukuk Sözlüğü, Ankara, 4. Baskı, 1992, s.583

ile "genişletici yorum" ayrı ayrı kavramlardır.[3] Ne varki muhakeme hukukunda özgürlükleri sınırlandıracak, kısıtlamaları genişletecek biçimde yoruma başvurulamayacağı göz ardı edilmiştir. Mülga CMUK.nun 91 ve 92. maddeleri özgürlüklere müdahale niteliğinde bulunmasına karşın, yargı "kıyas" gerçekte teknik ve doğru bir ifadeyle *"genişletici"* yorumla anılan hükümleri özgürlükler aleyhine olacak ölçüde uygulamıştır. Bu olumsuz uygulama *"zihniyet"* olarak halen de sürmekte ve kimi kararlara ya da karşıoylara yansımaktadır.[4] Düzenleme bulunmasa dahi mahkeme kararı koşuluna bağlı olarak tüm iletişimi kapsayacak şekilde denetleme yapılacağını ileri sürmek bu nedenle abartılı bir değerlendirme sayılmamalıdır.

Öte yandan 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun öngördüğü düzenleme, mülga CMUK.nun 91 ve 92. maddelerinin hakim kararıyla ve ancak genişletici yorumla ulaşılabilen sonucu doğrudan Sıkıyönetim Komutanına bırakmaktadır. Gerçekten de Kanunun 3/1-a maddesinin getirdiği düzenleme içinde "*sair mersule"* kavramının bulunması ve anılan kavramın genişletici-yorum yoluyla uygulamanın telefonları da kapsadığı nazara alındığında sıkıyönetim komutanına tanınan yetkinin genişliğinin özel yaşamın gizliliğini ve bu hakkın özünü ortadan kaldırabilecek nitelikte olduğu görülmektedir.[5] Anayasa Mahkemesi ise Sıkıyönetim Kanunu'nun anılan maddesinin özgürlükleri sınırlandırabileceğini kabul etmesine karşın, sıkıyönetim halinin niteliği gereği esasen sınırlama rejimini öngördüğünden anayasaya aykırılık yönünden iptal kararı vermemiştir.[6] Öğretide, sıkıyönetim komutanının yetkisinin idari

3 Ünver-Hakeri/Yener-Hakan: Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, TBB Yayını, Ankara, 2006, s. 241; Centel/Zafer: Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 6. Baskı, İstanbul, s.49-51

4 Bu konuda bu kararla ilgili olarak öğretide yapılan çözümleme için bknz: Ersan Şen: Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı- x Muhbir, Ankara, 2009, 3. Baskı, s.140 vd.

5 Mehmet Yılmaz: Karşılaştırmalı Hukukta Telefon Dinleme-Yayınlanmamış Hukuk Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2007 (Yeditepe Üniversitesi-Sosyal Bilimler Enstitüsü) s.46-47

6 Zeki Vatan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi, İstanbul, 2009, s-85 vd.

nitelikte olduğu ve dolayısıyla ceza soruşturmasında yetkisinin bulunmadığı ileri sürülmekte[7] ise de idari olarak dahi böyle bir yetkinin bulunması hakkın özünün ihlal edileceği gerçeğini ortadan kaldırmaz. Nitekim anayasa hukuku yönünden de sınırlama getirdiğine işaret edilmiştir.[8]

"*Gizli ses kaydı*" nın hukukumuzdaki ilk değerlendirmesi Anayasa Mahkemesi kararıyla olmuştur. Yasama dokunulmazlığının kaldırılmasıyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi[9] haberleşme özgürlüğü, özel yaşamın gizliliği, düzenleme bulunup bulunmadığı ve dolayısıyla da müdahalenin mümkün olup olmadığı yönlerine bakmadan dinlemeye bağlı ses kayıtlarını ispat hukuku açısından tartışmıştır. Yargıtay[10] da konuya "*muhakeme hukuku*" yönünden bakmış ve gizli ses kayıtlarının yeterli delil olamayacağını, yan delillerle desteklenmesi gerektiğini belirterek konuya "*deliller hiyerarşisi*" yaratarak bakmıştır.

Kanuni dayanağı olmadığı halde Türk Yargısının usul hükümlerini, olanaksız olmasına karşın, özgürlükler aleyhine genişletici yoruma tabi tutarak dinlemeleri hakim kararı olması koşuluyla ceza muhakemesinde geçerli delil saymasına ilişkin uygulama, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Türkiye'nin mahkumiyet almasıyla sonuçlanmıştır. Bir bakıma Türk Yargısının yap(a)madığını AİHM yapmış; iç hukukta düzenleme bulunmadığını mevcut hükümlerin de dinlemeye elverişli olmadığını karar bağlamak suretiyle Türk uygulamasında sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Gerçekten de Ağaoğlu/Türkiye Davasında[11] AİHM; hakim kararına bağlı olarak 1991 yılında dinlenen Ağaoğlu'ndan tes-

---

7 Gökçen, age, s.130 vd.; Vatan, age, s.86

8 Fazıl Sağlam: "*Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı*" AÜSBFD.C:XXX, Sayı: 1-4, Mart-Aralık-1975

9 Ay. m. 17/19.8.1971 T. 1971/141 E, 1971/167 (Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı: 11, Ankara, 1974, s.52 vd.)

10 8. CD. 9.6.1999 T. ve 9021/9538 E/K. 9. CD. 26.10.1995. T. 1995/4186 E, 1995/5414 K, ; Yalçın Şahinkaya: Suçsuzluk Karinesi, Ankara, 2008, s.190

11 AİHM-Ağaoğlu/Türkiye Davası -6 Aralık 2005 (Başvuru No: 27310/95)

pit edilen telefon kayıtlarının yargılamada kullanılamayacağını, çünkü iç hukukta *"yazılı hiçbir kanun metninin"* bulunmadığını ve bu haliyle müdahalenin, sözleşmenin 8/2. maddesi uyarınca *"kanunla öngörülme"* koşulunu karşılamadığını ve 8. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bu sonuç karşısında AİHM, müdahalenin, sözleşmenin 8/2. maddesi gereğince ayrıca *"demokratik bir toplum için gereklilik"* oluşturup oluşturmadığını incelemeyi de gerekli görmemiştir.

Ülkemizdeki yargılamaların uzun sürmesi gerçeği karşısında süregelen yargılama dosyalarında da 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1.8.1999 tarihinden önce olması halinde dahi elde edilen bilgilerin AİHM kararı gözetildiğinde delil değeri bulunmamaktadır. Aksine bir uygulamanın AİHM'de mahkumiyetle sonuçlanacağı muhakkaktır.[12]

Üçüncü kişilerin yapacakları dinleme sonucu elde edilecek bilgilerin de kullanılamayacağı kabul edilmelidir.[13] Anayasa Mahkemesi[14] Fazilet Partisi Davasında bu şekilde elde edilen delilleri değerlendirme dışı bırakmıştır.[15]

2- Dinleme Normunun Düzenlendiği Evre

4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 1.8.1999 tarihte yürürlüğe girmesi sonucu iletişi-

---

12 Satık/Türkiye (no.2) Davasında 8.7.2008 (Başvuru no: 60999/00) tarihli kararında AİHM; Satık'ın 1998 yılında telefonlarının usulsüz dinlendiğini ileri sürmüş olmasına karşın, bu yönden Sözleşme'nin ihlal edilmediğine karar vermiştir.
Ancak, dava açan Satık'ın Sözleşmenin 8. maddesi yönünden başvuruda bulunmadığı dikkate alınmalıdır.

13 Hamdi Yaver Aktan: Telefon Dinleme ve Sorumluluk, Cumhuriyet. 4.6.2008; Vatan: age, s, 155; Seydi Kaymaz: Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2009, s.463; Mustafa Taşkın: Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Ankara, 2008, s.84;

14 Ay.M.K. 22.6.2001 T. 1999/2 E, 2001/2 K, R.G.:5.1.2002 Sayı: 24631 (Mükerrer)

15 Anayasa Mahkemesi 16.1.1998 T. 1997/1 Esas ve 1998/1 sayılı siyasi parti kapatma davası kararında ise "*gerek resmi sıfatı olmayan kişiler tarafından ve gerekse televizyon kanallarından temin edilip çözümü yaptırılan*", görüntüleri delil olarak kabul etmiştir. Bu konuda bknz. Vatan, age, s.155.

min tespitine ilişkin normatif düzenleme de Türk hukukunda yürürlüğe girmiştir. Kanun'un 2. maddesi iletişimin dinlenmesini veya tespitini düzenlediği gibi 16. maddesi de sınırlı sayıdaki diğer suçlar için 2. maddenin delil toplamada uygulanabileceğini öngörmüştür. Maddede iletişimin dinlenmesine veya tespitine ilişkin kararlar, ancak kuvvetli belirtilerin varlığı ve başka bir tedbir ile failin belirlenmesi, ele geçirilmesi ve suç delillerinin elde edilmesinin mümkün olmaması hallerinde verilebileceğine ilişkin düzenleme bulunmasına yani bu yöndeki kararların *"en son çare"* olmasına ve dolayısıyla da delil toplamada **ikincil** nitelik arzetmesine karşın uygulamada bu kurallara uyulmadığı görülmüştür. Yargıtay denetiminde de bu yönde bir değerlendirme yapılmadığı, sadece hakim kararı bulunması yeterli kabul edilmiştir. Hatta kararlarda sürelere uyulup uyulmadığı da denetlenmemiştir. Ayrıca dinleme/tespit kararlarına şüphelinin yazılmaması düzenlemeye rağmen eksiklik sayılmamıştır.[16] Çıkar Amaçlı Suç Örgütüyle Mücadele Kanunu'na muhalefet suçundan açılan davada beraat kararı verildikten sonra, dinleme sonucu elde edilmiş delillerin başka bir suçta kullanılıp kullanılamayacağı da genel olarak tartışılmamıştır. Tesadüfi delillerle ilgili 4422 sayılı Kanunda *"iletişimin dinlenmesi sırasında tesadüfen elde edilecek olan delillerin değerlendirilebileceği yönünde bir hükme yer verilmediği"* ni belirtilen bir Ceza Genel Kurulu kararında[17] tesadüfi delillerle ilgili 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 138/2. maddesinin de 1.6.2005 tarihinden sonra uygulanabileceğini belirtmek suretiyle anılan tarihten önce dinleme kararına bağlı olarak tesadüfen elde edilmiş dinleme tutanaklarının kullanılamayacağı kararlaştırılmıştır. Genel Kurul daha önceki tarihli

16 *"Dinleme kararlarında toplam (25) adet telefonun dinlenilmesine ve bu telefonlardan (10) adedi hakkında da dinlemelerin uzatılmasına karar verilmiştir. … (K)ararların hiçbirinde şüpheli ismi mevcut olmadığı gibi telefonların hangi şahıs ya da şahıslar tarafından kullanıldığı da belli değildir. Bu şahıs ya da şahısların özel soruşturma usullerine tabi olup olmadıkları ve dolayısıyla"* dinleme kararı veren *"mahkemenin yetkili olup olmadığı dikkate alınmamıştır."* 8. CD. 23.1.2007 T. 2006/8117 Esas ve 2007/320 sayılı kararına yazılan muhalefet şerhi

17 CGK. 22.1.2008 T. E. 2007/5.MD-101, K, 2008/3

bir başka kararında[18] da tesadüfen elde edilen kanıtın, 4422 sayılı Kanun'un düzenlemesi dikkate alındığında yasadışı kanıt olduğunu ve soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılamayacağına hükmetmiştir.

İstikrarlı kararlar açıklandığı şekilde olmasına karşın 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen bir suçta, suç 4422 sayılı Kanun'un 16. maddesinde yazılı suçların dışında kalması gözetilmeden Genel Kurul[19] bu kez iletişim tespit tutanaklarına kanıt değeri vermiştir. Bu kararda CMK.nun 138/2. maddesi, adeta geçmişe yürüyecek biçimde yorumlanmıştır. Dinleme kararları 2003 ve 2004 yılları içinde verilmesine, rüşvet suçu da 4422 sayılı Kanunun 16. maddesinde sayılmamasına karşın bu suç yönünden verilen karar, görevi kötüye kullanma suçuna dönüşme halinde de elde edilen delillerin kullanılabileceğine karar verilmesi Genel Kurul'un diğer kararlarından sapma olarak görülmelidir. Kararda *"başlangıçta iddia rüşvet suçuna yönelik olup, görevi kötüye kullanma suçunun özel bir biçimi olan rüşvet suçunun da çoğu zaman görevi kötüye kullanma suçuna dönüşmesi olanağı bulunduğundan, nitelik değiştirmesi olanağı bulunan suçlar yönünden de, elde edilen kanıtlar hukuka uygun delil olarak değerlendirilmelidir."* denilmiştir; fakat, dinleme tarihinde rüşvet suçunun dinlemeye elverişli suç olmadığı gözden kaçırılmıştır. Bununla da kalınmamış daha sonraki düzenleme olan CMK. nun 138/2. maddesinde rüşvet suçunun yazılı olduğu belirtilerek anılan madde bir bakıma geçmişe dönük olarak uygulanmıştır.[20] CMK.nun getirdiği yeni düzenleme geçmişe yönelik uygulanırken rüşvet suçunun 135/6. maddede yer aldığını ve iletişimin tespiti suretiyle elde edilen kanıtın 138/2. madde uyarınca, hakkında iletişim tespit kararı bulunmayan kişi yönünden de uygulanabileceği benimsenmek suretiyle kapsam daha da genişletilmiştir.

---

18 CGK. 13.6.2006 T. E. 2006/4.MD-122, K.2006/162

19 CGK. 12.6.2007 T. E.2006/5 MD-154, K.2007/145

20 (16) sayılı nottaki kararın muhalefet şerhinden: *"1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda … suçunun dinlemeye elverişli katalog suç kapsamına alınmış olması da (CMK. 135/6-a-1) önceki usulsüz dinlemeyi yasal hale getirmez. Kanuna karşı hile, kanunla meşru kılınamaz."*

Soruşturmanın başlangıcını haklı kılacak kuvvetli şüphenin bulunması ilkesinin kanuna uygun yorumlanması gerekir. Öncelikle ve ilk bakışta katalog suç olup olmadığına bakılmalıdır; aksi halde kanıt toplamada *"yasaya karşı hile"* yapılmış olacaktır ki hukuk devletinde böyle bir düşüncenin uygulanabilirliği ve geçerliliği bulunmamalıdır.[21] Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu[22] da *" … aksi takdirde dolaylı dinleme olarak tanımlanabilecek fiili bir durumla karşı karşıya kalınır ki, hukuk kurallarının öngörmediği, hatta açıkça yasakladığı bir hususun yasaya karşı hile yöntemiyle aşılması sonucu doğurur"* değerlendirmesini yapmıştır. Ne var ki 4422 sayılı Kanunun 16. maddesinde göçmen kaçakçılığı dinlemeye elverişli suç olmamasına karşın, bu çerçevede yapılan dinleme, Yargıtay[23] tarafından usulsüz olarak görülmemiştir. Bu kararın muhalefet şerhinde 1.6.2006 tarihinden sonra göçmen kaçakçılığının CMK.da (m.135) elverişli hale getirilmiş olması *"kanuna karşı hile, kanunla meşru kılınamaz"* gerekçesiyle karşılanmıştır.

Yargıtay iletişimin tespiti kararlarının dosyada bulundurulmasını[24] mutlaka aramaktadır. Kuşkulu hallerde iletişim tutanaklarını düzenleyenlerin de dinlenmesi gerektiğine karar vermektedir.[25]

İletişimin denetlenmesi kararları sonucu elde edilen tesadüfi delillerle ilgili kararlarda ise istikrar oluşmuş bulunmaktadır. CMK.nun yürürlüğe girmesinden önce tesadüfi delillerle ilgili 138/2. maddesinin öngördüğü düzenleme mülga CMUK.'da bulunmadığından bu şekilde elde edilmiş delilleri yasa dışı olarak niteleyen Yargıtay,[26] tesadüfi elde edilen delilin ilk gö-

21 Benzer bir muhalefet şerhi için bknz. 8.CD.27.12.2006 T. E.2005/2843, K. 2006/9610.

22 Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 29.6.2004 T. 2004/96 sayılı kararı (Güncel Hukuk Dergisi, 10.10.2004, s.24)

23 (16) sayılı nottaki karar

24 8.CD. 17.2.2009 T. 2007/9811 E, 2009/2227 K; 17.3.2009 T. ve 831/4016 E/K.

25 10.CD.7.3.2007 T. 15941/2654 E/K

26 (17) sayılı nottaki karar; ve ayrıca 1.CD, 5.2.2009 T. 8373/1507, 6.2.2009 T. E. 2008/8783, 2009/437 K.

rüşmeden sonra cumhuriyet savcılığına gönderilmesi gerektiğine de işaret etmektedir.[27] Yine Yargıtay yeni bir kararında[28] 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220/7. madde ve fıkrasında düzenlenen örgüte üye olmamakla birlikte, kurulmuş örgüte bilerek ve isteyerek yardım etme suçunun dinlemeye elverişli suçlardan olmadığını belirterek elde edilen ve tesadüfi olmayan delillerin kullanılamayacağına karar vermiştir. Suçla doğrudan ilgisi bulunmayan sanıklar arasındaki konuşmaların tespit edilmesi halinde iletişimin kayıtlarının suçun kanıtlanmasına yeterli olamayacağı, elde edilen kanıtlara göre suç nitelemesi yapılması gerektiği belirtilmiştir.[29]

Sanıkların üzerine atılı suçu işlediklerine ilişkin, içeriği maddi bulgularla desteklenmeyen iletişim kayıtlarının cezalandırılmaları için yeterli olamayacağına işaret eden 8. Ceza Dairesi[30] bu durumda beraat kararı verilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Gerçekten de kimi suçlarda, sözgelimi silah ya da uyuşturucu kaçakçılığı suçlarında elde maddi kanıt bulunmadığı takdirde yani kaçakçılığa ilişkin silahın ya da uyuşturucu maddenin gerçekten silah veya uyuşturucu madde olup olmadığı tespit edilmeden mahkumiyet kararı verilemeyeceği muhakeme hukukunun kurallarındandır; iddianın kanıtlanması ancak silahın veya uyuşturucu maddenin ele geçirilmesi ve inceleme yapılmasıyla mümkün olabilecektir. Tersine bir olasılıkta yani silah ya da uyuşturucunun elde edilememesi halinde sadece iletişim tutanaklarına ve bu tutanaklardaki bilgilere göre mahkumiyet kararı verilebilmesi olanaksızdır. İletişim tutanaklarının maddi delillerle desteklenmesi bu nedenle gereklidir. İletişimin dinlenmesi sonucu elde edilen kayıtların belirti niteliğinde[31] olduğu ve tek başlarına ispat gücüne sahip olmadıkları, kayıtlardaki bilgiler için ek araştırma yapılması ve ay-

27 CCK. 3.7.2007 T. E. 2007/5.MD-23, 2007/167 K.

28 8.CD. 27.2.2009 T. E. 2007/2418, 2009/3936 K.

29 8.CD. 15.9.2008 T. 12115/9513 E/K

30 22.1.2009 T. E. 2008/13862, 2009/479 K.

31 Dinlemelerin ***"belirti"*** delili olduğuna ilişkin ilk karar: 8.CD.12.5.2009 T. 417/6705 E/K

rıca delillendirme gerektiğinin öğretide[32] ifade edilmiş olması karşısında maddi delilin mutlaka bulunması gereken suçlarda, sadece iletişim kayıtlarına dayanılamayacağına ilişkin Yargıtay içtihatının isabetli olduğu rahatlıkla ifade edilebilir.

Öğretide isabetle belirtildiği üzere[33] *"bir şüpheli veya sanık hakkında alınmış bulunan iletişiminin denetlenmesi kararı sadece o kişinin iletişiminin denetlenmesine imkan verir."* Denetlenen kişinin konuştuğu kişi ya da kişilerin de aynı soruşturma veya kovuşturmada dinlenmesi gerekirse ilk konuşmanın dışındaki konuşmalar için karar alınmalıdır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararlarına yazılan muhalefet şerhlerinde[34] Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası hükmü uyarınca yarar dengesi ve mağdur hakları gözetilerek, tesadüfen elde edilen delillerin değerlendirilmesi gerektiğine işaret edilmiştir. Bilindiği üzere Sözleşmeler[35] hak ve özgürlükler yönünden asgari düzenlemeler getirirler; kuşkusuz ki anayasalar da aynı anlayışla düzenlenirler.[36] İç hukukta Sözleşme hükümlerinden daha geniş hak ve özgürlükler getirilebilir. Bu halde kuşkusuz ki iç hukuktaki lehe düzenleme uygulanacaktır. AİHS.'nin 8. maddesinin öngördüğü sınırlamaların iç hukuk tarafından azaltılmasının sanık hakları yönünden

---

32 Taşkın, age, s.169; Feridun Yenisey- Sinan Altunç: "*İletişimin Denetlenmesi*" Sulhil Dönmezer Armağanı, Cilt: II, Ankara, 2008, s.1308. 2001 Tasarısının 108/3. maddesinde iletişimin denetlenmesine ilişkin kayıtların "*sanığın ikrarına ilişkin delil olarak değerlendirilemez.*" hükmünün CMK.daki düzenlemeye alınmamasıyla ilgili Hakeri, bunun nedeninin 108/3. maddenin gerekçesine katılmamak olmayıp düzenlemenin doğal sonucu olmasını göstermektedir. (Hakan Hakeri: "*Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması*" hakanhakeri.com. erişim tarihi 11.5.2009.

33 Cumhur Şahin: "*Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi- Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme-*" Bilişim Hukuku Konferansı (9-10 Ekim 2008) Yargıtay Başkanlığı yayını içinde, s.131

34 Ör.(17) sayılı nottaki kararın muhalefet şerhi

35 AİHS.'nin Adil Yargılanma Hakkı başlıklı 6. maddesinin 3. fıkrası "*her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir.*" şeklinde başlamaktadır.

36 Anayasanın 4709 sayılı kanunla değişik 40/2 madde- fıkrası "*Devlet, işlemlerinde, İlgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.*" hükmünü içermesine karşın, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 291. maddesinin 1. fıkrası başvurunun şeklini de düzenlemek suretiyle hakkın kapsamını genişletmiştir.

Anayasa'ya aykırılığı düşünülmemelidir. İç hukuka göre, lehe hükümler getirmesi halinde Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca Sözleşmelerin lehe hükümleri uygulanır ve sanık hakları yönünden dikkate alınır.

II- İstihbari Dinleme

İletişimin kolluk tarafından önleme (istihbari-idari) amaçlı denetimi 3.7.2005 tarih ve 5397 sayılı Kanunla düzenlenmiş ve bu konuda polis, jandarma ve Milli İstihbarat Teşkilatına yetki verilmiştir.[37] İdari dinlemenin adli dinlemeye göre daha geniş olarak uygulanamayacağı[38] savunulmuş ise de, uygulama, nerede ise sınırsız bir boyuta ulaşmıştır. Yargıtay'a gelen bir kararda, Jandarma Genel Komutanlığına tüm ülke çapında ve herkesi kapsayacak ölçüde yetki verildiği görülmektedir. Yargıtay 9. Ceza Dairesi[39] *"demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyetinde yaşayan insanlar şüpheli görülerek ülke genelini kapsayacak şekilde yetki verilemeyeceğini"* ve ayrıca mahkemenin de ancak kendi yargı çevresi için karar vermesi gerektiğini belirterek verilen kararı bozmuştur. İdari dinleme kararının tüm ülkeyi kapsayacak biçimde verilemeyeceği karardan anlaşılmaktadır. Ancak, özel yetkili mahkemenin kendi yargı çevresi içinde ve şüpheliler yönünden karar verilebileceği şeklindeki düzenlemelere karşın *"şüpheliler"* dışlanarak karar verilmiş olması karşısında karar yeterli güvenceyi sağlayamamaktadır. Gerçekten de karar içeriğinden özel yetkili mahkemenin yargı çevresiyle sınırlı karar verebileceği görülmektedir. *"Yargı çevresi"*, ancak *"şüpheliler"* ile birlikte kararda belirtilmesi halinde karar düzenlemelere uygun düşecektir.[40] Bu eleştirilere karşın karar, yeterli güvenceyi sağlayamamakta ise de ileri ve hukuka uygun bir adım olarak değerlendirilmelidir. Jandarma Genel Komutanlığı lehine verilen mahkeme kararını kanun yararına

37 R.G. 23.7.2005. Sayı 25884

38 Handan Yokuş Sevük: *" Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler"* TBB Dergisi, Sayı: 67, Ankara 2006, TBB. Dergisi Sayı: 67, 2006, s. 54-55

39 9.CD. 4.6.2008 T. 8074/7160 E/K.

40 Ayrıntılı eleştiriler için bknz. Şen, age, s. 47 vd.; Kaymaz, age, s.59 vd.

bozulması istemiyle Yargıtay'a getiren Adalet Bakanlığının, diğer istihbarat birimlerine verildiği kamuoyuna yansıyan kararlar için, Yargıtay'dan talepte bulunmaması da ilginçtir!..

III- İletişimin Denetlenmesi ve Sorumluluk

1- Hakim Kararına Bağlı Dinlemeler

İletişimin denetlenmesi kararının hukuka uygun olması için suç işlediğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin kararda gösterilmesi zorunlu ve gerekli olmakla birlikte yeterli değildir. Kurucu unsurlarından olan"*başka suretle delil elde edilmesi imkanı*"nın bulunmadığının da araştırılması gerekmektedir. Bu iki kurucu koşulun gerçekleşmediği halde iletişimin denetlenmesine karar verilmesinde, kararın hukuka uygunluğundan söz edebilmek imkanı yoktur. Bu durumda tedbirden elde edilerek bilgilerin hükümde kullanılması Demokratik Hukuk Devleti ilkesiyle bağdaşmaz. [41]

Denetlemeye konu suçun yasada düzenlenmiş bulunması ve anılan kurucu koşulların bulunması halinde, bilgilerin, hükümde mutlak ve denetimsiz olarak kullanılabileceği düşünülmemelidir. Denetlemeden elde edilen bilgilerin kurucu koşullara uygun biçimde verilip verilmediği Yargıtay tarafından denetlenmek durumundadır. Kurucu unsurların yanında öngörülen biçimsel unsurların da kararda bulunması zorunludur. Koşulların tümünün bulunması halinde, Yargıtay tarafından kurucu unsurların takdirinde isabetsizlik olduğunun saptanmasında sorumluluk gelmeyeceği söylenebilir. Takdirin isabetsizliği cezai sorumluluk getirmeyebilir. Ancak, yasadan yazılı suç dışında yapılan bir soruşturma ile ilgili olmasına karşın dinleme talep edilmesi ve verilmesi durumunda yasanın tanımadığı/vermediği bir yetkinin kullanılması söz konusu olacağından görev sorumluluğu kabul edilmelidir.[42]

---

41 Yenisey-Altunç: agm.s.1308

42 (16) sayılı nottaki kararın muhalefet şerhinden: "*Usulsüz dinleme talep eden, bu talebe katılan ve nihayet bu kararları veren" cumhuriyet savcısı ve yargıçlar hakkında yasal işlemler yapılmak üzere suç duyurusu yapılması gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun karına katılmıyorum.*"

Gerçekten de katalog kapsamı dışındaki bir suç ile ilgili olarak iletişimin denetlemesi kararı verilmesi olmayan bir yetkinin kullanılması anlamına gelmektedir. Bu halde ceza hukukunun kurallarının gerektirdiği yaptırımın uygulanmasının yanı sıra HUMK.nun 573. maddesinin düzenlediği medeni sorumluluk ilgili yargıçla birlikte devlet yönünden de kabul edilmelidir.[43] Ayrıca suç, şüpheli/sanık belirtilmeden sadece telefon numaraları yazılmak suretiyle verilen kararlardan ötürü de görev sorumluluğu doğacaktır.

Katalog kapsamı dışındaki suçlarla ilgili iletişimin denetlenmesi kararı verilemeyeceği gibi disiplin soruşturmasında ya da medeni yargılamada[44] dinleme kararı alınması yoluna gidilemez. Yetkinin bulunmadığı durumlarda takdir de olamayacağından görevlilerin cezai ve medeni sorumlulukları söz konusu olacaktır. Diğer taraftan CMK.nun 141 ve devamı maddelerinde iletişimin denetlenmesi ile ilgili devletin sorumluluğunun düzenlenmemiş olması genel hükümlere göre dava açılamayacak anlamına da gelmemelidir.

Bir suç soruşturması veya kovuşturmasında başvurulan iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu suç teşkil etmeyen ve soruşturma ile ilgisi bulunmayan konuşmaların gereksiz olarak adli evraka yazılarak ya da soruşturma ile ilgisi bulunsa dahi gizlilik kurallarına özen gösterilmeyerek aleniyet kazanmasına neden olunması hallerinde görevlilerin cezai ve medeni sorumluluk ile karşılaşmaları gerektiği tartışmasızdır.[45]

---

43 Kaymaz.age, s.405.

44 Mehmet Akif Tutumlu: Hukuk Mahkemesinde Telefon Kayıtlarının Denetlenmesi, Radikal Gazetesi, 13.5.2008.

45 AİHM. 2003 yılında verdiği Craxi v. İtalya Kararında "*Özel hayata giren konuların Sözleşmenin 8. maddesini ihlal edecek şekilde kamuya açıldığını belirlemiş, bunun yanında özel hayatın gizliliği kapsamında bilgiler içeren çözümlemelerin devletin kaydı altına girdikten sonra muhafazasında, devlet yeterli güvenliği sağlayamamış olmasını 8. maddenin ihlalini tespit ettiği kararına gerekçe yapmış*" (ve) *bilgilerin basına sızması konusunda etkin soruşturma yapılmadığını "görevliler hakkında yaptırım uygulanmadığını belirtmiştir.*" (Atakan Çoksezen: "*İletişimin denetlenmesi*" turkhukuksitesi.com. erişim tarihi 3.9.2008, Gökçer Tahincioğlu: "*AİHM'nin Craxi Kararı Türkiye'yi yoracak*" Milliyet Gazetesi, 2.9.2008

Kimi zaman kararlarda[46] sadece telefon numaraları yazılmasına ve bu tür kararların TİB tarafından geri çevrilmesi gerekmekte ise de uygulamada dinleme yapıldığı görülmektedir. Bu olasılıkta elindeki yetkisini kullanarak dinleme istemini yerine getiren TİB de sorumlu tutulmalıdır. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Görev ve Yetkileri Hakkındaki Yönetmelik[47] hükümlerine göre (m. 17/c) CMK. 135. maddesi uyarınca verilen kararların yönetmelik hükümleri ile diğer ilgili mevzuata göre uygun olup olmadığını incelemek ve gerektiğinde yetkili mercilere başvurmakla TİB görevli bulunmaktadır. Yetkisi bulunduğu ve görevli kılındığı halde gereğini yerine getirmeyenin cezai sorumluluğunun yanı sıra medeni sorumluluğun bulunduğunun kabulü hukuk devletinin gereğidir.

Öte yandan sadece telefon numarası yazılan kararlarda dinlenilmek istenilen kişi belli olmadığından ve özel soruşturma usulü kapsamında bulunan kişinin de dinlenmesi söz konusu olabilecektir. Bu durumda soruşturmada yetki sorunu ortaya çıkacaktır. Kuşkusuz ki dinlemeler de geçersiz olacaktır. Zabıtadan gelen yazıyı Cumhuriyet Savcısı görüş belirtmeden, daha doğru bir ifade ile talepte bulunmadan *"havale"* ile mahkemeye göndermiş ise iletişimin denetlenmesi kararı verilemeyeceğinden[48] karar verilmesi durumunda da usulsüz karardan, talep yokluğuna karşın verilen karardan yargıç sorumlu tutulmalıdır.

Kanunların verdiği yetki ve takdir verilen sınırlar içinde kullanılmalıdır. Ceza Genel Kurulu'nun kararında[49] isabetle açıklandığı üzere *"yargı mensupları, bağımsızlık, tarafsızlık, tutarlılık, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyakat koşullarına sahip olmalıdırlar. Hakim ve Cumhuriyet Savcıları kendilerine verilen görev ve tanınan yetkileri, ulusal hukuk normları ile evrensel anlamda kendilerini bağladığından kuşku bulunmayan "Bangalor Yargı Etiği İlkeleri" ve "Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları"*,

46 Ör. 16 sayılı nottaki muhalefet şerhi.
47 R.G 10.11.2005, Sayı 25989
48 8.CD. 21.12.2000 T. 27613/21500 E/K.
49 CGK. 20.11.2007 T. 5-83/244 E/K.

"Budapeşte İlkeleri" kurallarına tabi olarak yerine getirmelidirler. Hakim ve Savcıların hukuka veya etik kurallara aykırı davranışlarının, kişilerin mağduriyetine yol açması veya kanunun zararına neden olması ya da kişilere haksız bir kazanç sağlaması… görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur."

2- Hakim Kararı Olmadan Yapılan Dinlemeler

Hakim veya acele hallerde sonradan hakim onayı alınmak koşuluyla cumhuriyet savcısının kararı olmadan dinleme yapılması yasal düzenlemelere aykırı düşmektedir. Haberleşme özgürlüğünün ve özel yaşamın gizliliğinin güvencesi Anayasadır. Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının ikinci kısmında *"Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar"* düzenlenmiştir. (m.132 vd.) Bu suçların faili herkes olabilir; ayrıca, medeni sorumluluktan da kurtulamazlar. Kanunsuz dinleme, izleme, görüntü alma vb. hareketlerin tazminat hukuku kuralları gereği sorumluluk gerektirdiği Yargıtay'ın yerleşik kararlarında görülmektedir.[50]

III- Hakimler ve Savcıların Dinlenme(me)si

Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun (HSK) yakalama ve sorgu usulü başlıklı 88. maddesinin "*ağır ceza mahkemesinin görevini giren suçüstü halleri dışında suç işlediği ileri sürülen hakim ve savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz, sorguya çekilemez*" şeklindeki düzenlemesi hakim ve savcılar için bir güvence kuralıdır. Gerek yürürlükten kaldırılan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) ve gerekse Ceza Muhakemesi Kananunun (CMK) koruma tedbirlerine ilişkin genel düzenlemesine istisna oluşturan HSK.nun anılan maddesinin gerekçesinde de "*bu madde ilgililerin yaptıkları görevin niteliği yönünden getirilmiş bir teminattır*." ibaresi bulunmaktadır. Yakalama tedbiri yönünden özel kanunun, genel kanundan ayrılması ve daha korumacı bir düzenleme getirmesinin doğal sonucu sorgu usulünün de ayrık ve güvenceli olmasını zorunlu kılmaktadır.

50 Ali Sezgin: "*Hukuka Aykırı Şekilde Kayda Alınan Telefon Görüşmeleri ile Gizli Çekimlerin Yayımlanması Nedeniyle Tazminat Davaları ile ilgili Yargı Kararları*" Terazi Aylık Hukuk Dergisi, s: 26 Ekim 2008; Bu konuda ayrıca bknz: Seydi Kaymaz, age, s.395 vd., Şen, age, 135 vd, Vatan age, 178

Bu düzenleme ve düzenlemenin sonucu Anayasa'dan kaynaklanmaktadır. Anayasa'nın, hakimler ve savcılar hakkındaki, soruşturmalar dahil, tüm işlemlerin mahkemelerin bağımsızlığı ve teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceğini öngörmüş (m.140/3) olması karşısında özel yasanın üst norma uygun olarak genel kanun hükmüne nazaran istisnai hüküm getirmesi normlar hiyerarşisi gereğidir. Genel usul kanununa göre sınırlayıcı hüküm getiren HSK.nun 88. ve diğer maddeleri genişletilemez. Anılan Kanunun ve Tüzüğünün hiçbir maddesinde haberleşmenin tespiti ve dinlenmesi tedbirine başvurulması düzenlenmemiştir. CMK.nun 135. ve devamı maddelerindeki tedbirler istisnai niteliktedir.

Hakimler ve Savcılar hakkındaki özel kanunda, genel kanundaki (CMUK/CMK) genel hükümler (ör. yakalama) dahi sınırlayıcı biçimde uygulanabilecek ölçüde ise *ikincil* nitelikteki hükümlere başvurulmasının olanaksızlığı açıktır. Özel Kanunda ve Tüzükte hüküm bulunmamasına karşın Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde (m-98/ç) düzenleme yapılması ve işlemin buna dayandırılması, yapılanın anayasaya, kanuna ve hatta tüzüğe aykırılığını ortadan kaldırmaz. Genel kanuna göre daha güvence getiren özel kanundaki sınırlayıcı hükümlere ve bunun dayanağı anayasal hükme rağmen Yönetmeliğe dayanılması olanaksızdır.

Düzenleme bulunmayan yani CMUK.nun yürürlükte bulunduğu evrede, genel soruşturmalarda dahi başvurulamayan yöntem, özel ve sınırlayıcı bir kanunun uygulamasında hiçbir şekilde dikkate alınamaz. CMUK.nun yürürlüğü, temyize ilişkin hükümleri dışında CMK.nun yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihinde sona ermiştir.

Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun bir kısım maddelerinde geçen CMUK ibaresi CMK olarak değiştirilmiştir. CMK.nun yürürlüğe girmesinden sonra 5435 sayılı kanunla HSK.nun 88. maddesinde, maddenin içeriğini etkilemeyen, maddeyi sınırlayıcı ve güvenceli olmaktan çıkarmayan değişiklik yapılmıştır. Bu da göstermektedir ki; CMK.ndaki *ikincil* özellikli 135 ve devamı maddelerindeki tedbirler sonradan yapılan düzenlemelerle dahi

HSK.na alınmamıştır. Öte yandan CMUK ibaresinin CMK olarak değiştirilmesi de soruşturma ve kovuşturma usullerinde bir değişiklik getirmemektedir. Ayrıca önceki genel kanun (CMUK) evresinde genel kurallara bile ayrık ve güvenceli hüküm getiren 88. madde, sonraki genel kanunun (CMK) yürürlüğe girmesinden sonra bu kanunun *ikincil* nitelikteki hükümlerinin uygulanmasına elverişli olmadığı gibi böyle bir yorum da yapılamaz. Kaldı ki normatif düzenleme böyle bir yorumu da olanaksız kılmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki 5230 sayılı Kanun'un yollamalar başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrası *"mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na yapılan yollamalar, Ceza Muhakemesi Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır."* şeklindedir. Özel Kanunun 88. maddesinin sınırlayıcı ve güvenceli olduğu kabul edilmese dahi –ki bu mümkün değil– CMUK'da hüküm bulunmadığı için iletişimin denetlenmesinin olanaksız olması karşısında yollamalar'a dayanılarak hakimler ve savcıların iletişimleri denetlenemez. Yürürlük Kanununun düzenlemesi toptancı bir yollama olmayıp önceki genel kanunun karşılığını oluşturan hükümlerinin sonraki genel kanunda bulunan hükümleri ile sınırlıdır. Açıkçası, CMUK.nda iletişimin denetlenmesi tedbiri düzenlenmediği için Yürürlük Kanununa göre CMK.nun öngördüğü iletişimin denetlenmesi yollamalar kapsamında değildir.[51]

Normatif düzenlemeler böyle olmasına karşın hakimler ve savcılar hakkında dinleme/denetleme kararları verildiği kamuoyuna yansıyan bilgi ve hatta belgelerden anlaşılmakta. Hakim kararına bağlı olduğu için sorumluluk getirmeyeceğinin düşünülmesi bile olanaksız. Esasen bu bağlamda düşünülmesi gerekenin ise bu yönde izin veren, istemde bulunan, karar veren ve dinleyen makamlarla ilgili medeni ve cezai sorumluluk olduğudur.

---

51 Bu görüşümüz 28.12.2009 tarih ve Esas No 2009/5240 sayılı Danıştay 5. Daire Kararı ile de doğrulanmıştır. Anılan kararla Adalet Bakanlığı Tettiş Kurulu Yönetmeliği'nin 98. maddesinin 1. fıkrasında (ç) bendinin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.

HAMDİ YAVER AKTAN'IN TEBLİĞİ

Av. Vedat Ahsen COŞAR- Evet, ben de hem kendi adıma, hem de izninizle sizler adına değerli konuşmacılara teşekkür ediyorum. Ayrıca sabrınız için, ilginiz için de sizlere teşekkür ediyorum. İyi akşamlar diliyorum, hoşça kalın.