

PAPER DETAILS

TITLE: CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA İLETİSİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİ VE AIHM
YAKLASIMI

AUTHORS: Recep Dogan

PAGES: 121-163

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/4314766>

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİ VE AİHM YAKLAŞIMI

*The Interception of Communications in Criminal Procedure Law and the ECHR's
Case Law*

Doç. Dr. Recep DOĞAN*

Öz: Bu makalede, suçların soruşturulması ve kovuşturulması amacıyla Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135-138. maddelerinde bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiş olan iletişimin denetlenmesi tedbiri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesinde yer alan özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında ele alınıp tartışılacaktır. Bu bağlamda, öncelikle iletişim kavramının içeriği, tedbirin kapsam ve amacı, tedbirin uygulanabilme şartları, tedbirin türleri, tedbir kapsamındaki kişiler, yetkili merci ve tedbirin süresi açıklanacaktır. İletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen içeriğin delil değeri, tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiler ve müdafiiyle yapılan iletişimin denetlenmesi, tesadüfen elde edilen delillerin akıbeti tartışılacaktır. Konuya ilişkin tartışılmalı hususlar ve uygulamada yaşanan tereddütler, Yargıtay, Anayasa Mahkemesi kararları ve doktrinde yer alan görüşler doğrultusunda tartışılarak önerilerde bulunulacaktır. Ardından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin iletişimin denetlenmesi konusundaki temel içtihatları ve verdiği kararların kapsamlı bir analizi yapılacak, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabilmesi için aranan asgari şartlar açıklanacaktır. Nihayetinde, AİHM kararlarında ortaya konan içtihatlar ve ilkeler ışığında, Türkiye'de mevcut mevzuatın AİHM içtihatları ile uyumlu olup olmadığı ve ihlal kararına konu olabilecek hususlar açıklanacaktır. **Anahtar Kelimeler:** İletişimin denetlenmesi tedbiri, telefon dinleme, AİHM kararları.

Abstract: In the light of Article 8 of the European Convention on Human Rights which protects right to respect for private and family life, this article discusses the interception of communications set out and defined in sections 135-138 of the Turkish Criminal Procedure Act. The scope of the interception, people liable to intercept warrants, the nature of the offences which might give rise to such a warrant and the authorization procedure will be explained. The conditions and types of interception defined by the Act, the provisions on duration, renewal and cancellation of intercept warrants; the procedure for examining, using and storing the data will be outlined. The processing of intercept material, the destruction of intercept material, and the problems arising from the different interpretations of the relevant provisions will be addressed in accordance with rulings of the Appeal Court, Constitutional Court and comments of the other commentators. Then, the article will review well-established case law of the European Court of Human Rights (ECHR) concerning interception of communications. After explaining case law and the approach of the ECHR, the article will explain whether the Turkish provisions concerning interception of communications and their implementations are compatible with the ECHR's case law. **Keywords:** Interception of communications, phone tapping, ECHR's case law.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, recep.dogan@deu.edu.tr
ORCID: 0000-0002-7739-3071
Makale Geliş Tarihi: 21.08.2024, Makale Kabul Tarihi: 01.09.2024

GİRİŞ

Önceleri devlet tekelinde olan posta, telgraf ve telefon hizmetlerinden ibaret telekomünikasyon ya da iletişim hizmetlerinin özelleştirilmesi, ardından çeşitlenmesi, şifreli cep telefonlarının ve iletişim ağlarının giderek yaygınlaşması, tüm ticari ilişkilerin küresel ölçekte ve elektronik ortamda baş döndürücü bir hızda gerçekleşmesi, suç işlenmesinin önlenmesi ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla yürütülen iletişimin denetlenmesi faaliyetlerinde de çeşitlenmeye ve ayrıntılı düzenlemelerin yürürlüğe konmasına neden olmuştur.

Nitekim, başlangıçta, telefon hatlarına paralel hat çekip dinleme yapmaktan ibaret olan iletişim denetlenmesi faaliyetlerinin¹ de teknolojiye ayak uydurması gerekmiştir. Aksi bir durumun, başta terör suçları ve uyuşturucu madde ticareti olmak üzere uluslararası nitelikli suçların, iletişim dünyasının yarattığı özgürlük ortamında işlenmesine uygun bir ortam hazırlayacağı ve dolayısıyla kamu düzeninin ve mili güvenliğin bozulmasına sebebiyet vereceği açıktır.²

Bununla beraber, devletin kamu güvenliğini sağlama, bireylerin de özel hayatlarına ve kişisel hak ve özgürlüklerine orantısız biçimde müdahale edilmediğini bilerek, izlendikleri ya da takip edildikleri korkusu olmaksızın günlük hayatın alışlagelmiş faaliyetlerini yerine getirmesi noktasında bir dengenin de gözetilmesi gerekmektedir.³

Dolayısıyla bu makalede, suçların soruşturulması ve kovuşturulması amacıyla Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 135 ve devamı maddelerinde bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiş olan iletişimin denetlenmesi tedbiri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin⁴ (AİHS)

¹ Yunus Heper, "Telefon Dinleme Mevzuatımız Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Uygun mu?", 8 (1), 2011, Cankaya University Journal of Law, ss. 51-76.

² Peter Shields, "The Escalation of Telecommunications Surveillance, 14 (3), 2002, Peace Review, ss.325-330, s.325-326; Hakan Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Nisan kitabevi, Eskişehir, 2023, s.279-280.

³ Dan Ritchie, "Is it possible to define 'privacies' within the law? Reflections on the 'securitisation' debate and the interception of communications", 23:1-2, 2009, International Review of Law, Computers & Technology, ss. 25-34, s.26; Feyzan Özbay, "Terörle Mücadelede Devletin Gözetlemesi Karşısında Bireyin Özel Hayatının Gizliliğinin Korunması Hakkının Karşılaştırmalı Bir Değerlendirmesi (Birleşik Krallık Ve Türkiye)", C. LXXV, S.1, 2017, İÜHFM, ss. 115-158; Hakan A. Yavuz, "Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", S. 60, 2005, TBB Dergisi, ss.235-262, s.242.

⁴ İnsan haklarının evrensel bir niteliğe sahip olduğu, sadece Avrupa'ya özgü bir kavram olmadığı gerçeği karşısında, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşme'nin Türkçe'ye "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)" yerine "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS)" şeklinde, Sözleşme hükümlerinin taraf devletlerce uygulanıp uygulanmadığını denetlemek üzere kurulan mahkemenin ise Türkçe'ye "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)" yerine "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM)" şeklinde aktarılması gerektiği, yaygın kullanımın yanlış olduğu düşüncesi paylaşılmakla beraber, söz konusu terimlerin literatürdeki yaygın kullanım şekli bu makalede de tercih edilmiştir.

8.maddesinde yer alan özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirilip ele alınacaktır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu gibi suç ve ceza içeren özel kanunlarda yer alan iletişimin denetlenmesi tedbiri ile istihbarat ve önleme⁵ amaçlı iletişim denetlenmesi tedbirleri makalenin kapsamının dışındadır. Bu bağlamda, iletişimin denetlenmesi tedbiri Ceza Muhakemesi Kanunu'na ve ilgili Yönetmelik hükümlerine göre tartışılacak olup konuya ilişkin tartışmalı hususlar ve uygulamada yaşanan tereddütler Yargıtay kararlarından ve Anayasa Mahkemesi kararlarından örnekler vermek suretiyle açıklanacaktır. Nihayetinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) iletişimin denetlenmesi konusundaki temel içtihatları ve verdiği kararların kapsamlı bir analizi yapılacak, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabilmesi için aranan asgari şartlar açıklanarak, Türkiye'de mevcut mevzuatın AİHM içtihatları ile uyumlu olup olmadığı ve ihlal kararına konu olabilecek hususlar tartışılacaktır.

I.TEDBİRİN KAPSAM VE AMACI

CMK'nın 135. maddesinde iletişimin denetlenmesi kapsamında birden fazla tedbirin aynı madde içerisinde düzenlediği görülmektedir. Bu tedbirlerden birincisi şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi şeklindedir (CMK m.135/1). İkinci tedbir, şüpheli veya sanığın kullanmakta olduğu mobil telefonun yerinin tespit edilmesidir (CMK m. 135/5). Üçüncü tedbir ise şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespit edilmesidir (CMK m.135/6). Bu tedbirler kapsamında, iletişiminin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi delil elde etme amacıyla yapılabilir. İkinci tedbir olan şüpheli veya sanığın kullanmakta olduğu mobil telefonun yerinin tespit edilmesinin (CMK m. 135/5) tek amacı şüpheli veya sanığın yerinin belirlenerek, yakalanabilmesidir. Nihayetinde, üçüncü tedbir olan şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespit edilmesinde (CMK m.135/6) amaç, iletişimin içeriğine müdahale edilmeksizin arama, aranma gibi bilgilerin elde edilmesidir.⁶

İletişimin denetlenmesi, haberleşme özgürlüğüne ve özel hayatın dokunulmazlığına karşı bir sınırlama içerdiğinden, konunun AİHS'in 8.maddesi kapsamında yer alan özel ve aile hayatına saygı hakkı ile Anayasa'nın özel hayatın gizliliğine ilişkin 20. maddesi ve haberleşme hürriyetine ilişkin 22. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre, AİHS'in 8. maddesi kapsamında haberleşme hakkına yapılacak bir müdahale, milli güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla

⁵ Mesut Pınarbaşı, "Türk Hukukunda Önleyici Maksatlı İletişimin Denetlenmesi Tedbirinin Değerlendirilmesi", 3 (2), Kasım 2014, Güvenlik Bilimleri Dergisi, s.41-65.

⁶ Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023, s. 380.

demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve kanunla öngörülmüş olması koşuluyla söz konusu olabilmektedir.⁷

Bu hükme paralel olarak Anayasa'nın 20. maddesinde "özel hayatın gizliliği" başlığı altında herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiştir. "Haberleşme hürriyeti" başlıklı 22. maddesinde ise herkesin haberleşme hürriyetine sahip olduğu millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşmenin engellenemeyeceği ve gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiştir.

AIHS'in 8., Anayasa'nın 20. ve 22. maddeleri doğrultusunda, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim, istihbarat, suç işlenmesinin önlenmesi veya işlenmiş olan suçların soruşturma ve kovuşturmasında delil elde edilmesi amacıyla denetlenenir.⁸ Bunlardan suçların soruşturulması ve kovuşturulması amacıyla iletişimin denetlenmesi CMK'nın 135 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş iken önleme ve istihbarat amacıyla iletişimin denetlenmesi 2559 sayılı Polis ve Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun EK. 7. maddesinde, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu'nun EK. 5. maddesinde ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6.maddesinde düzenlenmiştir. Bu farklılık sebebiyle, doktrinde CMK'da düzenlenen adli nitelikteki iletişimin denetlenmesinin bir "*koruma tedbiri*" olduğu, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinin ise "*delile götürün vasıta*" olarak nitelendirilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁹

Özelen ve özel alanın tanımlanması öteden beri akademik tartışmaların konusu olmakla beraber, CMK iletişimin denetlenmesine imkân vererek Anayasaya ile korunan özel alana müdahaleyi mümkün kılmıştır.¹⁰ Bu bağlamda, bir suçun soruşturulması ve kovuşturulması kapsamında CMK'nın 135. maddesinde belirtilen usul dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz (CMK m. 135/9). Nitekim Yargıtay'a göre, istihbarat amaçlı yapılan

⁷ https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (s.e.t. 21.08.2024).

⁸ Cumhur Şahin / Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 11. Bası, Seçkin, Ankara, 2020, s. 377; Veysel Candan Canoğlu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Koruma Tedbirleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 56-57.

⁹ Ahmet Gökçen / Murat Balcı / M. Emin Alşahin vd., Ceza Muhakemesi Hukuku II, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.165; Mustafa Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.450. Bununla beraber, Centel ve Zafere göre, iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamına giren tüm tedbirler, daha ziyade koruma tedbiri niteliğinde olmayıp delile ulaşmak için başvuru bir araştırma vasıtasıdır. Nur Centel / Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Bası. Beta, İstanbul, 2022, s. 495.

¹⁰ Yener Ünver / Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 440.

iletişimin tespiti ve dinlenilmesi sonucunda ulaşılan bulgular ceza yargılamasında delil olarak kullanılamaz. Ancak ceza soruşturmasının başlatılmasına dayanak oluşturabilir.¹¹

II. İLETİŞİM KAVRAMI

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Koruma Tedbirleri" başlıklı Dördüncü Kısımın Beşinci Bölümü, "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi" başlığını taşımakta olup konuya ilişkin 135. madde "İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması" başlığını içermektedir. Dolayısıyla CMK'nın "telekomünikasyon" ve "iletişim" kavramlarını birbirinin yerine kullandığı görülmektedir. Oysa aynı konunun farklı deyimlerle ifade edilmesi yerinde olmadığı gibi iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında yukarda açıklandığı üzere, 135. maddenin içeriğinde yer alan tedbirler iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması dışında, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, mobil telefonun yerinin belirlenmesi tedbirlerini de kapsamaktadır.¹² Dolayısıyla tedbire ilişkin madde başlığı ile içeriği birbiriyle örtüşmemektedir.¹³

Telekomünikasyon, "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve Esaslar İle [Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının]¹⁴ Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin" (Yönetmelik)¹⁵ 3.maddesinde "*Her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması*" şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla, telekomünikasyon tanımından hareketle, iletişimin denetlenmesi, kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla kişiler arasında işaret, sembol, ses, görüntü ya da elektrik sinyaline

¹¹ Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 380; Özen, s. 454; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2011/ 9-93 ve K:2011/95 T:17.05. 2011, (www.corpus.com.tr), Ünver / Hakeri, s. 476.

¹² Centel / Zafer, s. 493; Özbek / Doğan / Bacaksız s. 379-380; Özen, s.451.

¹³ Tedbirlerin içeriğini açıklamak üzere 14.02.2007 tarih ve 26434 sayılı Resmi Gazete' de "Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik" yayımlanmıştır. Ancak söz konusu Yönetmelik, Danıştay 10. Dava Dairesi'nin 09.03.2017 tarih ve E: 2012/1001, K:2017/1361 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

¹⁴ 17.08.2016 tarih ve 671 sayılı KHK'nin 22. maddesi uyarınca Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı kapatılmış olup bu kuruma yapılan atıfların Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığı'na yapılmış sayılması gerektiği ifade edilmiştir. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığı'nın iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında görev ve sorumluluklarına ilişkin olarak bkz. Mehmet Fatih Gürkan, "Düzenleyici Ve Denetleyici Kurum Olarak Bilgi Teknolojileri Ve İletişim Kurumu (Btk)", C. 4, S.2, 2013, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.333-356.

¹⁵ RG, 10.11.2005, S. 25989.

dönüştürülebilen veri yoluyla gerçekleşen iletişimin, iletişim sistemlerine ya da veri nakil/iletim araçlarına girilerek bilgi edinilmesini ve bu bilgilerin değerlendirilmesini kapsamaktadır. Bu itibarla, klasik posta ve telgraf¹⁶ dışındaki, şüpheli veya sanığın sabit telefon görüşmeleri, uluslararası görüşmeleri, GSM görüşmeleri, uydu görüşmeleri, WhatsApp görüşmeleri, internet aracılığıyla yaptığı her türlü görüşmeler, elektronik posta iletişimiyle, faks ve benzeri araçlarla yapılan iletişim madde kapsamındadır.¹⁷ Bununla beraber iletişim ve ileti kavramları arasında ayırım yapan, haberleşmeye ilişkin herhangi bir verinin dosyalanıp kaydedilmeden önceki aşamasını CMK'nın 135 ve 138. maddeleri kapsamında değerlendiren, dosyalandıktan sonra ise artık bu verinin CMK'nın 134. maddesi kapsamında "bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma" hükümlerine tabi olacağını belirten görüşler bulunmaktadır.¹⁸ Yine SMS mesajlarının CMK'da düzenlenmediği, dolayısıyla CMK 135 ve devamı maddeleri kapsamında olamayacağı¹⁹ ve elektronik posta yoluyla yapılan iletişimin de 135. madde kapsamında yer almadığı iddia edilmektedir.²⁰

III. TEDBİRİN UYGULANABİLME ŞARTLARI VE TEDBİR KAPSAMINDAKİ KİŞİLER

A. TEDBİRİN ŞARTLARI

1. Soruşturma veya Kovuşturmanın Bulunması

CMK'nın 135. maddesi gereğince tedbire müracaat edilebilmesi için öncelikle bir suç dolayısıyla yürütülen soruşturma veya kovuşturmanın bulunması gerekir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun en son kararlarına göre, Cumhuriyet Savcılığına veya Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları ile görev yapan adli kolluğa ihbar veya şikâyetle bulunulması hâlinde soruşturma başlamış olacaktır.²¹ Dolayısıyla bundan önceki süreçte adli

¹⁶ Feridun Yenisey /Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023, s. 480.

¹⁷ Gökçen / Balcı /Alşahin vd, s. 167; Ünver / Hakeri, s. 441; Bahri Öztürk / Behiye Eker Kazancı / Sesim Soyer Güleç, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 4. Bası, Seçkin, Ankara, 2021, s.276.

¹⁸ Ersan Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı X Muhabir, 5 Bası, Ankara, 2011, s.85.

¹⁹ Şen, s.85

²⁰ Asuman Aytekin İncoğlu, "Türk Hukukunda Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Uğur Alacakaptan'a Armağan", C1. 2008, Legal kitabevi, ss. 103-126, s.106 vd.

²¹ "CMK'nın 2. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde soruşturmanın "Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre" olarak tanımlanması, aynı Kanun'un 158. maddesinde suça ilişkin ihbarın Cumhuriyet Savcılığı veya kolluk makamlarına yapılabileceğinin belirtilmesi, suç üstü hâli gibi durumlarda kolluğa gerekli tedbirleri almaya olanak veren düzenlemelerin mevcut olması, anılan Kanun'un 160. maddesindeki suç

kolluk görevi bulunmayan idari makamlar tarafından yapılan idari incelemelerde örneğin, Gelir idaresi Başkanlığı tarafından yapılan vergi incelemeleri kapsamında,²² Adalet Müfettişi tarafından yapılan disiplin incelemelerinde²³ iletişimin denetlenmesi yoluna gidilemez. Tedbire işlenmiş veya işlenmekte olan bir suçun delillerine ulaşmak için başvurulur. Teşebbüs hali de suçun özel bir görünüş biçimi olduğundan bu hal için de tedbire başvurulabilir. Ancak katalog suçların hazırlık hareketlerine başlanmış olması tedbire başvurmayı haklı kılmaz. Çünkü kanunda açıkça düzenlenmeyen hallerde hazırlık hareketleri cezalandırılmaz.²⁴

2. Kuvvetli Şüphe Sebeplerinin Varlığı

Tedbirin uygulanabilmesi için “suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı” gerekmektedir. CMK’nın 135. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “somut delillere dayanan” ibaresi madde metnine 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunun 12.maddesiyle eklenmiştir. Söz konusu değişikliğin gerekçesinde ise tatmin edici bir ifade yer almamaktadır.²⁵ Bu değişiklik öncesinde Yargıtay, CMK’nın 135. maddesinde aranan şüphe derecesini kuvvetli şüpheye varmayan, ancak somut olgu ve olaylarla desteklenen müşahhas bir olgu haline gelmiş basit şüphe olarak kabul etmekteydi.²⁶ Değişiklikten sonra maddenin yorumuna

haberini alan Cumhuriyet savcısının işin gerçeğini araştırmaya başlayacağı şeklindeki hükmün soruşturmanın başlangıç anını gösteren bir hüküm değil Cumhuriyet savcısının soruşturma yapma veya yaptırma yükümlülüğü ve konumunu ifade eden bir düzenleme olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, Cumhuriyet Savcılığına veya Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları ile görev yapan adli kolluğa ihbar veya şikâyetle bulunulması hâlinde de soruşturma başlamış olacaktır.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2019/8-388, K: 2020/332, T: 30.6.2020, (www.corpus.com.tr).

²² Yenisey / Nuhoglu, s. 475.

²³ Hasan Erdoğan Kararı, AYM, Yüce Divan, E: 2011/1, K: 2012/1, K.T. 19.12. 2012, s.156-157; <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar/yuce-divan/>, (s.e.t.21.08.2024), Yenisey / Nuhoglu s.491.

²⁴ Nur Centel, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Cilt I, 2010, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.161-192, s.168; Centel / Zafer, s.494; Yavuz, s.244.

²⁵ <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D24/Y4/T2/WebOnergeMetni/58f075d6-885c-43bf-9655-2cf2143d3558.pdf>

²⁶ “... Doktrinde ve uygulamada kabul edildiği üzere, kuvvetli şüpheden kasıt, Alman doktrininde benimsendiği üzere, iletişimin denetlenmesi kararının verilebilmesi için çok basit bir suç şüphesinin varlığı yeterli ise de, suç işlendiğine ilişkin belirtilerin kuvvetli olması gerekir. Buradaki amaç keyfiligi önlemek, somut olgulara dayanan kuvvetli belirtilerin varlığını öngörmek, fakat kişi hakkında şüphenin henüz yoğunlaşmamış olması durumunda da, iletişimin denetlenmesi kararının verilebilmesini sağlamaktır. Telefon dinleme en son çare olduğu için bu kadar kuvvetli bir şüphenin varlığı aransa idi, zaten bütün deliller elde olunacağı için telefon dinleme yolu gereksiz kalacaktı. Bu nedenle iletişimin dinlenmesi kararı basit şüphe ile verilir. Bu şekilde basit şüphe kuvvetli belirtilere bağlı

ilişkin değişik görüşler ileri sürülmüş ise de²⁷ “somut delillere dayanan kuvvetli şüphe” deyimi, sanığın mahkûm edilmesi konusunda yüksek bir olasılık bulunduğu biçiminde anlaşılmamalıdır. Bu durumda tedbire başvurmak, aşağıda açıklanacağı üzere orantılılık ilkesi bakımından uygun olmayacaktır.²⁸

Yine madde metninden geçen “somut delillere dayanan” ibaresi malumun ilanı²⁹ veya kendi içerisinde çelişen bir ifade olarak gözükmektedir. Çünkü, sanık hakkında büyük bir ihtimalle mahkumiyetine yetecek yoğunlukta delile ulaşılmışsa artık bu tedbire başvurulmasına gerek kalmamış demektir.³⁰ Bizim de katıldığımız görüşe göre, söz konusu değişiklik ile kanun koyucu tedbirin kötüye kullanılmasını ve basit bir şüphe ile yetinilmesini önlemeyi amaçlamış, tedbirin sadece katalog suçlar bakımından kabul edilmesi ve tedbirin özel hayatın gizliliğine ve haberleşme hürriyetine ağır bir müdahalede bulunması sebebiyle, tedbirin uygulanabilmesi için şüphenin basit bir başlangıç şüphesinden daha yoğun ama yeterli ya da kuvvetli şüphe derecesine ulaşması zorunluluğu olmayan bir şüphe derecesinde olması şartını aramıştır.³¹

Bu nedenle madde metninde geçen “somut delillere dayanan” deyimi de “suçun işlendiğine dair somut olgulara dayanma” şeklinde anlaşılmalıdır. Örneğin uyuşturucu naklinde kullandığı tespit edilen kamyonun önünde durduğu evin telefonu diğer somut emarelerle destekleniyorsa dinlenmelidir.³²

3. Başka Suretle Delil Elde Edilmesi İmkânının Bulunmaması

Temel hak ve özgürlüklere ağır bir müdahale oluşturduğundan, iletişimin denetlenmesi tedbirine orantılılık ilkesi gereği son çare olarak başvurulmalı, başka türlü delil elde etme olanağı var ise önce bu yöntemler denenmelidir. Bu bağlamda, başka suretle delil elde etme olanağının bulunmaması koşulu tedbirler arasında bir öncelik ve sonralık ilişkisini ifade etmekte olup temel hak ve özgürlüklere en az müdahale içeren tedbirin tercih edilmesi gerekmektedir.³³ Nitekim tedbirin uygulanabilmesi için klasik tedbirler denilen arama, ifade alma, elkoyma ve benzeri tedbirlerin “*olayın araştırılması veya şüphelinin bulunduğu yerin tespit edilmesi bakımından başarı umudu ortaya koymaması veya böyle bir umut gözükse bile, gösterilecek*

müşahhas bir olgu haline getirilmiştir. Dedikodular test edilmemiş söylentiler veya tahminler dinleme kararı verilmesi için yeterli değildir.” Yargıtay 5. CD, E: 2009/1, K:2009/5, T: 05.06.2009, (www.corpus.com.tr).

²⁷ Bkz, Özen, s. 457-458.

²⁸ Öztürk / Kazancı / Güleç, s.284.

²⁹ Özen, s.458.

³⁰ Öztürk / Kazancı / Güleç, s.284.

³¹ Centel / Zafer, s.498-499, Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 384.

³² Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 384.

³³ Centel / Zafer s.499; Özen, s. 458; Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 384; Öztürk / Kazancı / Güleç, s.286-287; Yavuz, s. 247.

gayretin, elde edilecek sonuca oranla çok ağır bedel ödemeyi gerektirmesi”³⁴ şarttır. Buna rağmen, iletişimin denetlenmesi tedbirine son çare olarak başvurulması ilkesi uygulamada genellikle göz ardı edilmektedir. İletişimin denetlenmesi arama ve elkoyma tedbirlerine göre kronolojik olarak önce uygulanmakta, önce iletişim denetlenerek örneğin uyuşturucunun muhtemel yeri (konut-taşıt) tespit edilmekte, sonra arama ve elkoyma tedbirine başvurulmaktadır. Böylece iletişimin denetlenmesi soruşturmanın kronolojik olarak ilk ve kimi zaman neredeyse tek delil elde etme yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁵

4. Katalog Suç Kapsamında Yer Alma

CMK’nın 135/8. maddesi gereğince, dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirine sadece Kanunda sayılan katalog suçlar bakımından başvurulabilir.³⁶ Kanunda sayılan katalog suçlar dışında

³⁴ Yenisey / Nuhoglu, s.477.

³⁵ Cumhur Şahin, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi-Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, C. XI, S.1-2, 2007, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.1095-1112.

³⁶ CMK madde 135/8:

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) ile organ veya doku ticareti (madde 91),
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. Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (madde 148, 149) ile nitelikli dolandırıcılık (madde 158),
7. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
8. Parada sahtecilik (madde 197),
9. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220, fıkra üç),
10. Fuhuş (madde 227),
11. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),
12. Tefecilik (madde 241),
13. Rüşvet (madde 252),
14. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),
15. Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (madde 302),
16. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),
17. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları,

dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirine suç ve ceza içeren özel kanunlarda yer alan belli suç tipleri için başvurulabilmektedir.³⁷ Mobil telefonun yerinin tespiti ile iletişimin tespiti ise bütün suçlarla ilgili olarak alınabilecek bir karardır.³⁸

Bu bağlamda, soruşturmanın başlangıcında katalog suçlar kapsamında yer alan bir eylemin, sonradan bu kapsamda olmadığı anlaşıldığında iletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen delillerin kullanılıp kullanılamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Suç vasfının değişmesi halinde iletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen delillerin akıbeti konusunda birçok düşünce ileri sürülmüştür.³⁹ Bu konuda, Kanunun lafzına ve ruhuna, bilahare aktarılabilecek AİHM içtihatlarına, gerekse Anayasa'ya uygun olan yaklaşım, suç vasfının değişmesi ve yeni suçun katalog suçlar arasında yer almaması halinde tedbire derhal son verilmesi gerektiğidir. Dönüşen yeni suç katalog kapsamında olsa bile, tedbire devam edilebilmesi için gerekli tüm koşulların bulunup bulunmadığı tekrar araştırılmalı ve bu konuda yeni bir karar verilmelidir.⁴⁰ Ancak, tedbir kararının alınması sırasında suçun katalog suç kapsamında yer aldığı düşüncesine neden olacak haklı sebeplerin bulunması ve kanundaki tüm koşulların karşılanması durumunda, alınan bir tedbir kararı sonucunda elde edilen delillerin, sonradan suç vasfının değişmesi ve eylemin katalog suç kapsamında bulunmayan başka bir suçta dönüşmesi halinde, hukuka aykırı sayılmaması

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları,

c) Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar,

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68 ve 74. maddelerinde tanımlanan suçlar.

³⁷ CMK'nın 135/8. maddesinde sayılan katalog suçlar dışında kalan suçlar için iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması, suç ve ceza içeren özel kanunlarda belli suç tipleri için mümkün olabilmektedir. Ancak bu özel kanunlar da Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesindeki usulün takip edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Nitekim, 31.03. 2011 tarihli ve 6222 sayılı "Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun" un 11. maddesinde tanımlanan "şike ve teşvik primi" fiili kapsamında, kanunun 23. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinin üçüncü fıkrasında tanımlanan "zimmet" suçlarında kanunun 166/b maddesi gereğince, CMK'nın 135. maddesinin uygulanması mümkündür. Yine 2313 sayılı "Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun" un 23. maddesi gereğince "esrar elde etmek için kenevir ekmek" suçu ile 7258 sayılı "Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunlarının Düzenlenmesi Hakkında Kanun" un 5/1-a, b, c ve ç bentlerinde belirtilen suçlar (bahis suçları) ile TCK'nın 228/3 ve 4. fıkralarında belirtilen suçlar için tedbirin uygulanması mümkündür.

³⁸ Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 382.

³⁹ Ünver / Hakeri, s.446-451.

⁴⁰ Aynı yönde, Özen, s. 456.

gerekir.⁴¹ Nitekim Yargıtay, rüşvet suçunun her zaman görevi kötüye kullanma suçuna dönüşebilmesi ihtimalinde olduğu gibi, her zaman birbirine dönüşme ihtimali olan yakın suçlar bakımından, katalog suç olan rüşvet suçundan hareketle verilen bir denetleme kararı sonucunda elde edilen delilin, suçun sonradan görevi kötüye kullanma suçuna dönüşmesi halinde, hukuka uygun olduğunu ve görevi kötüye kullanma suçunun ispatında kullanılabileceğini kabul etmektedir.⁴²

B. TEDBİR KAPSAMINDAKİ KİŞİLER

İletişimin denetlenmesi tedbirine esas itibarıyla bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada delil elde etme amacıyla başvurulacağından, tedbirin de muhatabı esas itibarıyla şüpheli veya sanıktır. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinde olduğu gibi, belli bir zaman diliminde belli bir istasyonda iletişim kuran herkesin sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi mümkün olduğundan, tedbirden üçüncü kişilerin etkilenmesi olasıdır.⁴³ Yine CMK dışındaki kanunlardan kaynaklanan önleme ve istihbarat amacıyla iletişimin denetlenmesi tedbirinde, üçüncü kişiler tedbirden etkilenebilmektedir. Örneğin, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'na eklenen "Kayıp çocukların araştırılması" başlıklı 13/A maddesi gereğince, kaybolan çocukların bulunması amacıyla, polis, sulh ceza hâkiminin veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki idare amirinin yazılı veya sonradan yazılı hale getirilmek üzere sözlü emri ile kayıp çocuğa ait veya başkasına ait olmakla birlikte kayıp çocuk tarafından kullanılan araçlarla yapılan iletişimi denetleyebilir ve sinyal bilgilerini değerlendirebilir.

Denetlenecek iletişimin belirli hale getirilmesini sağlamak ve muhatabı dışında başka kimseler ile yapılacak iletişimin denetlenmesini önlemek üzere, CMK'nın 135.maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarında düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre, talepte bulunulurken hakkında tedbir kararı verilecek hattın veya iletişim aracının sahibini ve biliniyorsa kullanıcıyı gösterir belge veya rapor talebe eklenmelidir. Yine verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilmelidir.

⁴¹ Seydi Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2011, s. 454-455.

⁴² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2006/154, K: 2007/145, T: 12.06. 2007; Yargıtay 5. CD, E: 2010/1192, K:2012/11385, T:14.11.2012, (www.corpus.com.tr). Ayrıca bkz. Seçkin Koçer "İletişimin Denetlenmesi Tedbirinde Tesadüfen Elde Edilen Deliller", S.65, 2020, Adalet Dergisi, ss.441-462, s.454.

⁴³ Şahin / Göktürk, s. 381; Şahin, s.1099.

Dolayısıyla iletişimin denetlenmesine ilişkin kararda kimlik bilgileri yerine birtakım kod isimlere yer verilmesi kanuna aykırıdır ve haberleşme özgürlüğünün ihlali niteliğindedir.⁴⁴

IV. TEDBİRİN TÜRLERİ VE YETKİLİ MERCİ

A. TEDBİRİN TÜRLERİ

1. İletişimin Dinlenmesi ve Kayda Alınması

İletişimin dinlenmesi, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan görüşmeler açısından geçerlidir. İletişimin kayda alınması ise telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan görüşmelerdeki ses veya görüntüler açısından söz konusu olduğu gibi, elektronik posta yoluyla yapılan iletişimin içeriği hakkında da uygulanabilir.⁴⁵ Ancak kayda alma olmaksızın iletişimin dinlenmesi tek başına bir anlam ifade etmemektedir. Çıplak kulakla yapılan ses dinlemesi iletişimin dinlenmesi kapsamında olmadığı⁴⁶ gibi dinleme sonucu elde edilen bilgilerin delil değeri taşıyabilmesi için kayda alınması zorunludur.⁴⁷ Kaydın da teknik araçlar ile gerçekleşmesi gerekir. İlgilinin duyduğunu yazması veya şekil çizmesi teknik araçlarla olmadığı için iletişimin kayda alınması kapsamına girmez.⁴⁸

İletişimin bizzat mağdur tarafından kayıt altına alınması durumunda, bu kayıtların akıbetinin ne olacağı tartışmalıdır. Bu hususta, değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bu bağlamda, başka türlü delil elde etme ve yetkili makamlara başvurma olanağının bulunmadığı ani gelişen olaylarda ya da hakaret veya tehdit gibi suçlarda, karşı tarafın rızası olmaksızın iletişimin kaydedilmesi halinde, bu tür iletişim kayıtlarının yapılmasının meşru savunma ya da meşru savunma benzeri hukuka uygunluk nedeni olduğu ve ceza soruşturma ve kovuşturmasında kullanılabileceği Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir.⁴⁹ Ancak bu durumun meşru savunmadan çok hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi gerektiğini belirten yazarlar olduğu gibi⁵⁰ bu durumun hakarete veya tehdide uğrayan mağdurun kendi iletişimini kaydetmesi sebebiyle TCK'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen mağdurun rızası⁵¹ hukuka uygun

⁴⁴ Yasemin Çongar ve diğerleri Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/7054, K.T. 06.01.2015, para. 63-65, RG, 09.05.2015, S.29350 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/7054>), (s.e.t.21.08.2024).

⁴⁵ Şahin / Göktürk, s.380.

⁴⁶ Yenisey / Nuhoğlu, s. 480.

⁴⁷ Karakehya, s.281.

⁴⁸ Yenisey / Nuhoğlu, s. 481.

⁴⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2010/5-187, K: 2011/131, T: 21.06.2011, (Özen, s. 452; Ünver / Hakeri, s.443).

⁵⁰ Özen, s. 452-453.

⁵¹ Ünver / Hakeri, s. 444.

nedeni kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır.⁵²

Kanaatimizce, “meşru savunma benzeri” şeklinde nitelendirmeler ya da ifadeler kullanılarak yeni hukuka uygunluk sebepleri yaratılması kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eder. Yine ani gelişen olaylarda ya da hakaret veya tehdit gibi suçlarda, karşı tarafın rızası olmaksızın iletişimin bizzat mağdur tarafından kaydedilmesi halinde, mağdur kendisine yönelik bir saldırıyı önlemek amacıyla hareket etmemekte, yaptığı kayıt işlemi de saldırıyı önleyecek nitelikte bulunmamaktadır. Dolayısıyla mağdur tarafından yapılan bu kayıta meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin uygulanması söz konusu olamaz. Yine, haberleşme özgürlüğü tek başına mağdur tarafından kullanılabilen bir özgürlük değildir. Haberleşen tarafların ortak özgürlüğüdür.⁵³ Dolayısıyla mağdurun üzerinde tek başına tasarrufta bulunabileceği bir hak ve özgürlük söz konusu olmadığı için, bu tür kayıtların yapılmasının hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni kapsamında da değerlendirilmesi mümkün gözükmemektedir. Mağdur tarafından yapılan bu kaydın delil toplama amacına yönelik olması ve hakarete veya tehdide uğrayan mağdurun kendisinin de taraf olduğu iletişimi bizzat kaydetmesi sebebiyle, bu durumun TCK’nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen mağdurun rızası hukuka uygun nedeni kapsamında değerlendirilmesi daha uygun olacaktır.

Aşağıda ayrıntıları ile açıklanacağı üzere hâkim tarafından alınan veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hâkim tarafından sonradan onaylanan iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması kararları, tedbirin uygulanmasında görevli idari makam olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığı’nın (BTK) belirlediği şekilde, Cumhuriyet savcısı tarafından işlemleri yerine getirmek üzere görevlendirilen kolluk görevlilerinin aidiyet numarası ile birlikte, elektronik ortamda BTK’ya gönderilir. Dolayısıyla, kararlar işletmecilere gönderilmez veya kolluk mensubu ilgili servis sağlayıcısına gidip orada dinleme yapmaz. Söz konusu karar hakkında BTK tarafından telekomünikasyon hizmeti veren operatöre veya servis sağlayıcısına bildirimde bulunulur. Karar, telekomünikasyon hizmeti veren ilgili kurum görevlileri ve Başkanlık tarafından istihdam edilen iletişim ve teknik uzmanların gözetim ve nezaretinde kolluk görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır (CMK m.137/1, Yönetmelik m.14). İletişimin denetlenmesi kararlarının icra edilmesini koordine etmek ve Yönetmelikte belirtilen diğer işlemleri yapmak üzere, ilgili kolluk biriminin (Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı) BTK’da bir temsilcisi bulundurulur (Yönetmelik, m.16).

⁵² Daha ayrıntılı bir tartışma için bkz. İsa Başbüyük, “İletişim Sırasında Elde Edilen Gizli Ses Kayıtlarının Ceza Muhakemesinde Delil Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu”, C.19, S.1, 2017, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.161-204.

⁵³ Centel / Zafer, s. 499.

2. Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi

Yönetmeliğin 3/p maddesinde sinyal bilgisinin “*Bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi*”, ifade ettiği belirtilmektedir. Bu bağlamda, telefon detay kayıtları, fatura bilgileri esas olmak üzere, arayan, aranan, kullanılan cihaz ve yer bilgileri, sinyal bilgilerin değerlendirilmesi tedbir kapsamında değerlendirilecek bilgiler arasında yer almaktadır. Bu tedbirde, kişiler arasındaki iletişim, iletişimin içeriğine müdahale edilmeksizin izlenmektedir.⁵⁴ Tedbirde görüşmelerin içeriği dışında kalan sinyal bilgileri ile şüpheli veya sanık takip edilerek, aynı güzergâhtan aynı zaman dilimi içerisinde geçmiş olan kişilerin geriye dönük olarak incelenmesi suretiyle bazı bilgilere ulaşılmaya çalışılmaktadır.⁵⁵

Ancak CMK’nın 135/1 maddesi gereğince tedbirin hukuka uygun bir tedbir sayılabilmesi için ortada bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma veya kovuşturmanın bulunması, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması, nihayetinde kararın, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla alınması gerekmektedir.

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbir şüpheli veya sanık iletişim halinde iken uygulanabilmektedir. Dolayısıyla tedbir ile yapılacak işlem geleceğe yöneliktir.⁵⁶ Yine CMK’nın 135/8 maddesine göre, tedbire ancak kanunda sayılan katalog suçlar bakımından başvurulabilir. Tedbir kararı en çok iki ay için verilebilir. Bu süre, bir ay daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim yukarıdaki süreler ek olarak her defasında bir aydan fazla olmamak ve toplam üç ayı geçmemek üzere sürenin uzatılmasına karar verebilir (CMK m.135/4).

3. Mobil Telefonun Yerinin Tespiti

CMK’nın 135/5 maddesi gereğince, “*Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok iki ay için yapılabilir; bu süre, bir ay daha uzatılabilir*”. Dolayısıyla mobil telefonun yerinin tespiti işlemi katalog suç olup olmadığına bakılmaksızın bütün suçlarla ilgili alınabilecek bir karardır. Tedbir en fazla 3 aylığına uygulanabilir ve süre mahkeme, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilen karar ile başlamaktadır.⁵⁷

⁵⁴ Handan Yokuş Sevük, “Postada El Koyma Ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, S. 69, 2007, TBB Dergisi, ss.97-124, s.109.

⁵⁵ Şahin / Göktürk s. 382.

⁵⁶ Canoğlu, s.68.

⁵⁷ Canoğlu, s. 103.

Tedbire başvurulması için mobil telefonun güncel ve aktif bir iletişim faaliyetinde bulunması şart olmadığı⁵⁸ gibi telefonun şüpheliye ait olması, şüpheli tarafından kullanılıyor ve kullanılmış olması da gerekli değildir. Önemli olan yeri tespit edilmeye çalışılan mobil telefon aracılığıyla şüpheli veya sanığa ulaşılmasının mümkün olmasıdır.⁵⁹ Hüküm şüpheli veya sanığın etrafında bulunan herkesin telefonunun yerinin tespitine imkân tanımaktadır. Dolayısıyla orantılılık ilkesi gereğince herhangi bir kimsenin değil, şüpheli veya sanıkla irtibatı ortaya konabilen kişilerin mobil telefonunun yerinin tespitine imkân kılacak, alakasız üçüncü kişilerin ise tedbire mazur kalması ihtimalini önleyecek bir ifadenin Kanunda yer alması gerekir.⁶⁰

4. İletişimin tespiti

Yönetmeliğin 3/i maddesine göre, iletişimin tespiti, “*iletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri*” ifade eder. Bu nedenle, iletişimin tespitinde sadece hakkında karar verilen telefon vb. iletişim vasıtasıyla yapılan veya bu vasıtanın aranması suretiyle yapılan görüşmeler dinlenip kayda alınabilir. Ortam dinlemesi yapılamaz. Ortam dinlemesi için CMK’nın 140. maddesinde yer alan teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanması gerekir.

Dolayısıyla yalnızca şüpheli veya sanık sıfatı bulunan kişilere ait iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgileri, iletişimin tespiti tedbir kararının kapsamında yer alır.⁶¹ 135. madde kapsamında, iletişimin tespiti tedbirinin uygulanabilmesi için iletişimin güncel ve aktüel olması gerektiği, iletişim bitmiş veya sona ermiş ise bu tür iletişimlerin ise CMK’nın 160. ve devam eden maddeleri kapsamında yer alması gerektiği ifade edilmektedir. Aynı düşünceden hareketle SMS veya kısa mesaj yoluyla yapılan iletişimde de iletişim sona ermiş ve sonradan delil toplanıyorsa, konunun CMK 160 vd. maddeleri gereğince ele alınması gerektiği belirtilmektedir.⁶²

İletişimin tespiti tedbirine ilişkin olarak CMK’da herhangi bir süre öngörülmemiştir. Bununla beraber tedbirin uygulanabileceği kişiler bakımından Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 15.11.2011 tarihli kararında, belli bir baz istasyonundan belirli gün ve saatler arasında görüşme yapan kişilerin aranan ve arayan olarak dökümlerine ait bilgiler ile görüşme yapan kimselerin açık adres ve kimlik bilgilerinin çıkarılması durumunda, bahse konu kişilerin baz istasyonundan hizmet alan üçüncü kişi olmaları ve bu

⁵⁸ Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 380.

⁵⁹ Centel / Zafer, s.507. 25.05.2005 tarihli ve 5353 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 17. maddesiyle; CMK’nın 135/5 maddesinde geçen şüphelinin “*kullanmakta olduğu*” ve “*kullanılan*” ibareleri madde metninden çıkarılmıştır.

⁶⁰ Ünver / Hakeri, s. 461.

⁶¹ Ünver/ Hakeri, s. 458.

⁶² Ünver / Hakeri, s.459, aynı yönde bkz. Öztürk / Kazancı / Güleç, s.297.

kişilerin şüpheli veya sanık sıfatına sahip olmamaları sebebiyle üçüncü kişiler hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulamayacağı ifade edilmiştir.⁶³

Müşteki ve mağdurlar hakkında ise, Cumhuriyet savcısı'nın CMK'nın 160 ve 161. maddesinde düzenlenen genel soruşturma yetkisi kapsamında, şüphelinin kimliğinin tespiti için müşteki ya da mağdur hakkında iletişimin tespiti tedbirine başvurabileceğini Yargıtay, kabul etmekte idi.⁶⁴ Ancak, tedbirin uygulanmasında görevli idari makam olan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı ve ardından kurulan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığı nezdinde yaşanan tereddütler sebebiyle HSK Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın görüşü doğrultusunda, şüphelinin kimliğinin tespiti için Cumhuriyet savcısı'nın CMK'nın 160 ve 161. maddesinde düzenlenen genel soruşturma yetkisi kapsamında müşteki ya da mağdur hakkında iletişimin tespiti tedbirine karar verilebilmesi için müştekinin açık rızasının bulunması gerektiği uygulamada artık kabul edilmektedir.⁶⁵ Ünver ve Hakeri tarafından ifade edilen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, CMK'nın 135. maddesinde düzenlenen iletişimin denetlenmesi tedbirinin özel şartları bir yana bırakılarak, ilgili kimsenin rızasının fiili hukuka uygun hale getireceği düşüncesinden hareketle CMK'nın 160 ve 161. maddesi uyarınca yapılacak sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi müdahalesinin hukuka uygun sayılması söz konusu olamaz. Bu bağlamda, ancak geriye doğru gidilerek bir tespit yapılması durumunda, mağdur veya şikâyetçinin rızasıyla CMK'nın 160 ve 161. maddesi uyarınca sinyal bilgilerinin tespiti ve değerlendirilmesi söz konusu olabilir.⁶⁶

B. YETKİLİ MERCİ

İletişimin denetlenmesi kapsamında tüm tedbirler için hâkim güvencesi getirilmiştir. (CMK, m. 135/1, 5, 6). Buna göre iletişimin denetlenmesi kapsamında tedbirler hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla alınacaktır. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunacak ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verecektir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde, tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılacak ve elde edilen deliller kullanılamayacaktır.

⁶³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2011/6-140, K: 2011 /222, T: 15.11. 2011(Gökçen / Balcı /Alşahin vd., s.176).

⁶⁴ Yargıtay 4. CD, E: 2006/2879, K: 2006/6168, T: 28.03.2006 (Gökçen / Balcı / Alşahin vd., s.177); Canoğlu, s.80.Yine Yargıtay 13. Ceza Dairesi'ne göre, kimlerin şüpheli olduğunu belirlemek amacıyla bir baz istasyonunun kapsama alanındaki bütün görüşmelerin ayrıntılarını içeren "baz sorgusu" niteliğindeki talepler mevzuat hükümlerine aykırılık oluşturacaktır (Yargıtay 13. CD, E: 2011/19838, K:2012/22352, T: 31. 10. 2012, Şahin / Göktürk, s.386).

⁶⁵ Yargıtay 13. CD, E: 2011/19838, K:2012/22352, T: 31. 10. 2012 (Şahin / Göktürk, s.386). Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın 26.02. 2015 tarih ve 48626063/59 sayılı görüş yazısı. (Gökçen / Balcı / Alşahin vd., s.177-178). Ayrıca bkz. Yenisey / Nuhoglu, s. 484.

⁶⁶ Ünver / Hakeri, s.443-444.

İletişimin dinlenilmesi ve kayda alınması tedbirine hâkim tarafından karar verilmesi veya Cumhuriyet savcısının bu konudaki kararının hâkim tarafından onaylanması halinde, kayıtların incelenmesi için ayrıca hâkim kararına gerek bulunmamaktadır.⁶⁷ Yetkili hâkim, talepte bulunan savcının bulunduğu yer bakımından yetkili sulh ceza hâkimidir. Kovuşturma aşamasında ise yetkili mahkeme davaya bakan mahkemedir. Dolayısıyla tüm Türkiye genelinde icra edilmek üzere verilen iletişimin dinlenilmesi ve kayda alınması kararları hukuka aykırıdır.⁶⁸

Burada tartışılması gereken bir başka husus şüpheli veya sanığın rızasının bulunması halinde halen hâkim kararı alınmasının zorunlu olup olmadığıdır. Yukarıda tartıştığımız ve CMK'nın 160 ve 161. maddesi kapsamında hukuka uygun bulunan müşteki veya mağdurun rızasıyla yapılan iletişimin denetlenmesinden farklı olarak, burada rızanın sanığın veya şüphelinin özgür iradesine dayalı olup olmadığının belirsiz olmasının yanında, gizli nitelikte olması gereken denetlemenin şüphelinin veya sanığın rızası ile nasıl gizli kalacağı ve uygulanacağı da belirsizdir.⁶⁹ Bu nedenle, şüpheli veya sanığın rızasının varlığı, şüpheli veya sanığa kanun yoluyla tanınan güvencenin kaldırılmasını gerektirmez.⁷⁰ Haberleşme özgürlüğü tek başına kullanılabilen bir özgürlük değildir. Haberleşen tarafların ortak özgürlüğüdür. Dolayısıyla şüpheli veya sanığın rızasının varlığı karar alınması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.⁷¹

İletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında alınan karar gereğince tutulan kayıtlar, Cumhuriyet Savcılığınca görevlendirilen kişiler tarafından çözülerek metin hâline getirilir, yabancı dildeki kayıtlar ise tercüman aracılığı ile Türkçe'ye çevrilir (CMK m.137/2).

Kayıtların çözümlenmesi sırasında kolluğun kayıtları yorumlama yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, kolluğun suçla ilgili olduğunu düşündüğü kısımları büyük harflerle veya koyu yazı karakteriyle tutanağa geçirmesi ya da konuşma içeriğine ilişkin olarak kullanılan jargon hakkında açıklama ve yorum yapması halinde bu durum Cumhuriyet savcısının ve hâkimin delil değerlendirme yetkisine müdahale teşkil edecektir.⁷²

⁶⁷ Ünver / Hakeri s. 462.

⁶⁸ Yargıtay 9. CD, E: 2008/874, K: 2008/22381, T: 04.06. 2008, (Ünver / Hakeri s. 462). Ayrıca bkz. *Mustafa Sezgin Tanrıkulu v. Turkey*, (no. 27473/06), 18 July 2017.

⁶⁹ Öztürk / Kazancı / Güleç, s.290.

⁷⁰ Canoğlu, s.78-79; Özbek / Doğan / Bacaksız, s.389; Özen, s.461-462; Öztürk / Kazancı / Güleç, s.290.

⁷¹ Centel / Zafer, s. 499.

⁷² Öztürk / Kazancı / Güleç, s.305.

V. DENETLEME YASAKLARI VE TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER

A. TANIKLIKTAN ÇEKİNME HAKKI OLAN KİŞİLER VE MÜDAFİYLE YAPILAN İLETİŞİM

CMK'nın 135/3 maddesine göre, şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir. Görüldüğü üzere yasaklanan husus sadece kayda alma olup şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişiminin dinlenmesi mümkündür. Dinleme yapılmaksızın şüpheli veya sanığın iletişimde bulunduğu kişinin tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasında olup olmadığının tespit edilemeyeceği gerekçe gösterilerek kanun koyucunun böyle bir düzenlemeye gittiği düşünülebilir. Ancak bu durumun anlaşılması halinde, dinlemeye hemen son verilmesi gerekirken, kanun koyucu dinlemeye devam edilebileceğini ancak kaydın yapılamayacağını belirtmektedir. Bu yönüyle, kayıt yapılmadan dinlemeye devam edilmesi madde hükmünü işlevsiz bırakmaktadır.⁷³ Neticede tanıklıktan çekinme hakkı bulunan ve yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya zorlanamayacak bir kimsenin, bu haklarını dinlemeye devam ederek işlevsiz kılan bir düzenlemenin kanunda yer almasının bir izahatı bulunmamaktadır. Yine sanık hakları bakımından kıyas mümkün olduğundan, tanıklıktan çekinebilecek kimseler için getirilen kayıt yasağının, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve sinyal bilgilerin değerlendirilmesi hakkında da geçerli olduğu düşünülmelidir.⁷⁴ Dolayısıyla, hakkında tedbir kararı bulunan kişiyle aynı suçu işleme şüphesi altında bulunmaması şartıyla, şüpheli ve tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki WhatsApp yazışmalarının tespit edilememesi, incelenememesi gerekir. Akrabalık ilişkisinin sonradan anlaşılması halinde de CMK'nın 135/3 maddesinin kıyasen uygulanması suretiyle yazışmalara ilişkin örnekler ve belgeler derhal yok edilmelidir.

Bununla beraber, bu hükmün uygulanabilmesi için tanıklıktan çekinebilecek kişinin hakkında dinleme kararı bulunan kişiyle aynı suçu işleme şüphesi altında bulunmaması gerekir.⁷⁵ Yargıtay'a göre, tanıklıktan çekinebilecek kimselerin suça karıştıkları önceden başka deliller ile belirlenebilmiş ise ve bu kişiler hakkında da iletişimin tespiti ve kayda alınması kararı verilmiş ise bu kayıtların delil olarak kullanılması mümkündür.⁷⁶ Çünkü bu durumda, tanıklıktan çekinebilecek söz konusu üçüncü kişiler öncelikli olarak sanık veya şüpheli konumunda bulunduklarından, durumları CMK'nın 135/3 maddesi kapsamında değerlendirilemez. Aksi yorumda, tanıklıktan çekinme hakkı olan kimselerin aynı suçu birlikte işlemeleri halinde, bu durumun kanun koyucu tarafından

⁷³ Şahin / Göktürk, s.389; Ünver / Hakeri, s. 465-466.

⁷⁴ Yenisey / Nuhoglu, s.485-486.

⁷⁵ Centel/Zafer, s.502; Özen, s.466.

⁷⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2011/5- 137, K:2013/58, T:19.02. 2013 (Gökçen / Balcı / Alşahin vd. s.182; Şahin / Göktürk, s.389).

himaye edildiği sonucu ortaya çıkar ki, bu durum kabul edilemez.⁷⁷ Nitekim Anayasa Mahkemesi dosyada sanık konumunda bulunan yakın akrabalar arasında geçen görüşmenin, mahkeme kararıyla dinlenmesi ve kayda alınmasını ve ardından delil olarak değerlendirilmesini, dinleme yapılan her bir akrabanın suçlu olması gerçeği karşısında hukuka uygun bulmuştur.⁷⁸

Yine CMK'nın 136. maddesine göre “*Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135. madde hükmü uygulanamaz.*” Şüpheliye isnat edilen suç nedeniyle avukatın/müdafinin telefonlarının dinlenilmesi, bilahare ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere AİHM tarafından Sözleşmenin 8. maddesine aykırı bulunmuştur.⁷⁹ Burada CMK bakımından üzerinde durulması gereken husus, müdafinin kendisinin aynı soruşturma veya kovuşturmada şüpheli veya sanık olmaması gerektiğidir. Yani müdafinin kendisinin de suçlandığı bir soruşturma ya da suç sebebiyle hakkında CMK'nın 135. maddesinin uygulanması mümkündür.⁸⁰ Aksi takdirde, müdafinin kendisine bir suç isnadı yapılmamışsa, kendisi ile müdafisi olduğu şüpheli veya sanık arasında müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçlarıyla gerçekleşen iletişim denetlenemez.

Görüldüğü üzere 136. madde gereğince müdafi ile şüpheli veya sanık arasında mobil telefon üzerinden gerçekleşen iletişim hakkında 135. madde hükümlerinin uygulanması mümkün bulunmaktadır. Ancak bazı yazarlar tarafından da belirtildiği üzere, 136. madde bakımından önemli olan husus telekomünikasyon aracının türü değil, bu araçların kullanıldığı yerdir.⁸¹ Bu nedenle, müdafinin bürosu, konutu veya yerleşim yerinde gerçekleştirilmek koşuluyla, müdafi ile sanık veya şüpheli arasında mobil telefon üzerinden gerçekleşen görüşmelerin denetlenememesi gerekir. Bununla beraber, telekomünikasyon aracının kullanıldığı yere bakılmaksızın şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin mobil telefonu ile şüpheli ve sanıkla yaptığı görüşmenin denetlenememesi hükmün konuluş amacı ve silahların eşitliği ilkesine daha uygun bir yaklaşım olacaktır. Yine müdafinin bürosu, konutu veya yerleşim yerinde bulunmayan, örneğin karavanında, yazlığında, bağ evinde ya da arabasında bulunan telekomünikasyon araçlarıyla gerçekleşen iletişimin denetlenmesini de madde mümkün kılmaktadır.⁸² Oysa yukarıda belirtildiği üzere, silahların eşitliği ilkesi

⁷⁷ Koçer, s. 447; Şahin/Göktürk, s.389.

⁷⁸ Abdul Cemal Kırçuvaloğlu Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/13205, K. T. 15.04. 2015, para. 30, RG, 20.06.2015, S. 29392, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/13205>, (s.e.t. 21.08. 2024), Şahin / Göktürk s. 389.

⁷⁹ *Kopp v. Switzerland* (no.23224/94), (13/1997/797/1000), 25 March 1998; *R.E. v. The United Kingdom* (no. 62498/11), 27 October 2015; Canoğlu s. 118; Ünver / Hakeri, s.466.

⁸⁰ Canoğlu, s.117; Centel / Zafer, s.503; Özen, s.472.

⁸¹ Gökçen / Balcı / Alşahin vd., s.184

⁸² Aynı yönde bkz. Cem Şenol, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Müdafinin İletişiminin Denetlenmesi”, C.19, S.2, 2013, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss.1667-1692, s.1682.

gereğince savunma görevini yürüten müdafinin müvekkili olan şüpheli veya sanıkla olan iletişiminin, müdafinin kendisinin de aynı veya bağlantılı başka bir soruşturma ya da kovuşturmada sanık veya şüpheli olmadığı sürece dinlenememesi gerekir. Bu nedenle, şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafî hakkında 135. madde hükmünün uygulanamayacağına dair bir ibarenin CMK'nın 136. maddesine eklenmesinde fayda bulunmaktadır.⁸³

B. TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan delillerin ele geçirilmesi halinde bu delillerin akıbeti CMK'nın 138. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre: *“Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135. maddenin sekizinci fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.”*

Maddenin lafzına göre usulüne uygun alınmış iletişimin denetlenmesi kararının icrası sırasında yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan, ancak bir başka suçun işlendiği şüphesini uyandıran delillere tesadüf edilmesi halinde, tesadüfen elde edilen delile ilişkin suçun katalog suçlardan biri olması ve durumun derhal Cumhuriyet Savcılığına bildirilmesi halinde, bu delilin başka bir suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada kullanılması mümkün olacak, aksi takdirde mümkün olmayacaktır.

Bu bağlamda doktrinde ileri sürülen görüşlere bakıldığında,⁸⁴ bir görüşe göre, iletişimin denetlenmesi kararı hangi suç için verildiyse tedbirin icrası o suç için söz konusu olur. İşlendiği düşünülen yeni suça ilişkin tesadüfen elde deliller, yeni bir karar alınmadığı sürece hukuka aykırı olması sebebiyle delil olarak değerlendirilemez.⁸⁵

Bir başka görüş ise durumun derhal Cumhuriyet Savcılığına bildirilip bildirilmediğinden yola çıkmakta, durumun tespit edildikten çok daha sonra ya da denetim süresinin bitiminde Cumhuriyet Savcılığına bildirilmesi halinde elde edilen delilin hukuka aykırı olacağını ifade etmektedir.⁸⁶

Nihayet bir başka görüş ise iletişimin denetlenmesi kararının icrası sırasında, şüpheli veya sanığın bir başka katalog suçu daha işlediğine dair bilgilere tesadüf edilirse, bu yeni katalog suç bakımından iletişimin denetlenmesine devam edilemeyeceğini, koşulların bulunması halinde, tesadüfen elde edilen delil kapsamında işlendiğinden şüphe edilen yeni

⁸³ Aynı yönde, bkz. Canoğlu, s. 118.

⁸⁴ Başbüyük, s.166-173; M. Süheyl Karakaya, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri Esnasında Elde Edilen Tesadüfi Deliller”, C.21, Özel S., 2019, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, ss. 1491-1525.

⁸⁵ Necati Meran, İletişim Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Takibin Hukuki Boyutu, Seçkin, Ankara 2013, s. 269.

⁸⁶ Kaymaz, s.492.

katalog suç için ayrı ve yeni bir denetim kararının alınması gerektiğini ileri sürmektedir.⁸⁷

Kanaatimizce tesadüfen elde edilen delillere ilişkin CMK'nın 138. maddesinin ikinci fıkrası, bazı yazarların belirttiğinin aksine "iletişimin denetlenmesinde hâkim kararı şartının aranmasının bir defaya mahsus istisnasını"⁸⁸ oluşturmamaktadır. Çünkü ortada usulüne göre alınmış bir hâkim kararı vardır. Yine kanaatimizce de bir delilin ispat aracı olarak kullanılamamasından kaynaklanan "*sınırlama yasağı*" ile hukuka aykırı olarak elde edilmesinden kaynaklanan "*delil yasağı*" aynı şey değildir.⁸⁹ Dolayısıyla, usulüne uygun alınmış bir iletişimin denetlenmesi kararının icrası sırasında, başka bir katalog suçun işlendiğini gösteren ve tesadüfen elde edilen delilin, tesadüf edildiği dinlemeden hemen sonra Cumhuriyet Savcılığına bildirilmemesi halinde o delil hukuka aykırı elde edilmiş sayılamaz. Ancak başka bir soruşturma ya da kovuşturmada da ispat aracı olarak kullanılamaz.⁹⁰ TCK'nın 279. maddesi gereğince kamu görevlisi olan kolluk görevlilerinin durumu Cumhuriyet Savcılığına intikali zorunlu olup Cumhuriyet Savcılığının da bu bulguyu yeni bir soruşturma başlatılmasına dayanak olarak kabul etmesi gerekir. Görüldüğü üzere iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen delilin, katalogda suçlardan birine ilişkin olup olmadığına ilişkin değerlendirme Cumhuriyet savcısı yerine kolluk görevlisi tarafından yapılmaktadır. Oysa elde edilen delilin katalog kapsamında yer alan bir suçla ilgili olup olmadığının değerlendirilmesi mutlak suretle Cumhuriyet savcısı tarafından yapılmalıdır. Dolayısıyla böyle bir düzenlemenin hukuk devleti ilkesine uygun olduğu söylenemez.⁹¹

Yargıtay, delilin ilk elde edildiği dinlemenin hemen ardından Cumhuriyet Savcılığına bildirilmesi gerektiğini, aksi takdirde delilin yasa dışı elde edilmiş sayılacağı belirtmektedir.⁹² Bununla beraber, yine Yargıtay'a göre, süresinde bildirilmek ve katalog suçlara ilişkin olmak kaydıyla, tesadüfen elde edilen yeni delilin başka soruşturma ve kovuşturmada kullanılabilmesi mümkündür.⁹³ Bu durumda, işlendiği şüphesi oluşan yeni katalog suçun mutlaka aynı şüpheli veya sanık tarafından işlenmesi gerekmemektedir.⁹⁴

⁸⁷ Mustafa Taşkın, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, 3 Baskı, Seçkin, Ankara, 2011, s.187.

⁸⁸ Koçer, s.446; Şahin, s.1111; Şahin / Göktürk, s.391.

⁸⁹ Ünver / Hakeri, s. 470-471.

⁹⁰ Centel ve Zafer'e göre, tesadüfen elde edilen delil, katalog suçlardan birine ilişkin değil ise bu delilin soruşturma başlatmaya yeterli sayılması mümkündür. Ancak bu hususun kovuşturma aşamasında delil olarak değerlendirilmesi mümkün değildir, Centel / Zafer s. 505.

⁹¹ Koçer, s.460.

⁹² Yargıtay 16.CD, E: 2016/2223, K: 2016/2948, T: 31. 03. 2016 (Şahin / Göktürk, s. 392).

⁹³ Yargıtay 5. CD, E: 2021/5889, K: 2022/10165, T: 08.09.2022 (Canoğlu, s.131).

⁹⁴ "Sanıklardan N'nin suç işlemek için örgüt kurmak ve resmi belgede sahtecilik suçlarından iletişiminin tespitine karar verildiği, diğer sanık hakkında iletişimin tespitine ilişkin karar bulunmamakla birlikte Dairemizce de benimsenen Yargıtay

Tesadüfen elde edilen delilin katalog suça ilişkin bulunmaması halinde örneğin suç işlemek için örgüt kurma suçundan (TCK m.220) yapılan soruşturmada hırsızlık ve iş yeri dokunulmazlığı suçunun da işlendiği yönünde delile tesadüf edilmesi halinde, bu delilin muhafazasının mümkün olmadığı ve yok edilmesi gerektiği Doktrin ve Yargıtay tarafından kabul edilmektedir.⁹⁵ Bu durumda, kanun koyucunun katalog suçlar yönünden bilinçli bir tercihte bulunduğu, katalog olmayan suçlar yönünden tesadüfen elde edilen delillerin yok edilmesini öngördüğü ileri sürülmektedir. Ancak, katalog suça ilişkin olmayan ve tesadüfen elde edilen delilin hükme esas teşkil etmemesi ve ispat aracı olarak kullanılamaması durumu, bu hususun başlangıç şüphesine esas teşkil edemeyeceği şeklinde geniş yorumlanmamalıdır.⁹⁶ Çünkü yukarda izah ettiğimiz üzere, tesadüfen elde edilen delile esas teşkil eden bir yargı kararı aslında vardır. Burada katalog suçlar dışında bir suçun işlendiği konusunun Cumhuriyet Savcılığına bildirilmesinden amaç, Cumhuriyet Savcılığının dikkatini çekmek, araştırmaya sevk etmek, şüpheden haberdar etmektir.⁹⁷ Dolayısıyla tesadüfen elde edilen katalog suç dışında bir suçun işlendiği şüphesini uyandıran delillerin de Cumhuriyet Savcılığı'na iletilmesi Cumhuriyet Savcılığının bu delili başlangıç şüphesine esas alması ve soruşturma açarak, delil durumuna göre, soruşturma sürecini sonuçlandırması mümkün olmalıdır. Bununla beraber, bu yaklaşımımızın, işlendiği şüphesi oluşan ve katalog suça ilişkin olmayan yeni suçun, aynı şüpheli veya sanık tarafından işlendiğinin iddia edilmesi halinde geçerli olacağı bilinmelidir. Dolayısıyla, bu tür tesadüfen elde edilen delillerin, asıl denetleme kararına konu olmayan üçüncü kişiler için başlangıç şüphesine esas teşkil etmesi, hak ihlallerine sebebiyet vereceğinden, üçüncü kişiler hakkında elde edilen bu tür delillerin savcı denetiminde yok edilmesi, insan haklarına ve hukuk devleti ilkesine daha uygun bir yaklaşım olacaktır.⁹⁸

Ceza Genel Kurulunun 12.06.2007 gün ve 2006/5.MD-154/145 sayılı kararında belirtildiği üzere 5271 sayılı CMK'nın 135/8. fıkrasında yer alan suçlar yönünden iletişimin tespiti suretiyle elde edilen delillerin CMK'nın 138/2. maddesi uyarınca hakkında iletişimin tespiti kararı bulunmayan görüşmelerin diğer tarafı olan kişiler için de yasal delil olarak kabul edileceğinden, diğer sanık hakkında CMK'nın 138/2. maddesine göre elde edilen delillerin yasal delil niteliğinde bulunduğu..." Yargıtay 5. CD, E: 2014/1488, K: 2014/2295, T: 04.03. 2014 (Ünver / Hakeri, s.471-472).

⁹⁵ Canoğlu, s. 131; Yargıtay 2. CD, E: 2022/11707, K: 2022/20662, T: 08.12. 2022 (Özbek / Doğan / Bacaksız, s.395).

⁹⁶ Tesadüfen elde edilen delillerin katalog suçlar dışındaki suçlar için başlangıç şüphesine dahi esas teşkil edemeyeceğine dair görüş için bkz. Öztürk / Kazancı / Güleç s.311-312.

⁹⁷ Karakaya, s.1502.

⁹⁸ Aynı yönde bkz. Karakaya, s.1507, 1521.

VI. ELDE EDİLEN İÇERİĞİN DELİL DEĞERİ VE BİLGİLERİN YOK EDİLMESİ

A. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ YOLUYLA ELDE EDİLEN İÇERİĞİN DELİL DEĞERİ

İletişimin denetlenmesi tedbiri yoluyla edilen bulguların belirti delili sayılması gerektiği ifade edilmektedir.⁹⁹ Yargıtay uygulamasına göre, şüpheli telefonda açıkça suçunu itiraf etse bile bunu destekler nitelikte başkaca delil elde edilmez ise söz konusu kanıtlar vicdani kanaatin oluşumu bakımından yeterli sayılmaz.¹⁰⁰ Dolayısıyla iletişimin denetlenmesi tedbiri yoluyla elde edilen bulguların hüküm verirken doğrudan kullanılacak delil niteliğine nadiren sahip olduğu, ancak dinlemeyi yapan memurun duyduğu konuşmanın aynı zamanda tanığı olması sebebiyle, bu memurun dinlenmesi suretiyle elde edilen bilgilerin tanık delili olarak doğrudan delil ve ispat aracı olarak kullanılacağı belirtilmektedir.¹⁰¹ Buna rağmen, konuşmayı doğrudan herhangi bir vasıta olmaksızın dinleyen ya da duyanın tanıklığı ile iletişimin dinlenilmesi ve kayda alınması suretiyle dinleyen memurun tanıklığı arasında fark olduğu, bu tür bir vasıtanın tanıklığın delil değerini olumsuz etkilediği ve delil değerinin düşük olduğu belirtilmektedir.¹⁰²

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi yoluyla elde edilen veriler ise açık veya kapalı elektrik devreleri biçiminde ortaya çıkan ve gözle görülemeyen ve elle tutulamayan veriler olduğundan, bunların da bilirkişi incelemesi yoluyla anlamlandırılması gerekir. Ortaya çıkan veri bir kimsenin hangi saatlerde nerede olduğuna dair dolaylı olarak fikir veren verilerdir. Bunlar doğrudan ispat aracı olarak kullanılamasa da şüphe sebebi olarak kullanılabilir. Mobil telefonun yerinin tespitinde ise amaç sadece şüpheli veya sanığı yakalamak olduğundan, bu amaç dışında başka bir hususun ispatında delil olarak kullanılabilme olanağı bulunmamaktadır.¹⁰³ İletişimin denetlenmesi yolu ile elde edilen bilgilerin delil değeri ve bunların yargılamada sunulmasına ilişkin olarak Federal Alman Yargıtay'ının bant delilinin duruşmada ya seslendirilerek "*keşif usulü ile*", veya muhtevası hakkındaki tutanağın duruşmada "*belge okunması suretiyle*" ikame edilmesine karar verdiği bilinmektedir.¹⁰⁴

Ünver ve Hakeri'ye göre, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sonucunda elde edilen içeriğin delil sayılmayıp belirti ya da emare sayılmasının hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Bu yazarlara göre,

⁹⁹ Canoğlu, s.120; Centel, s.187; Centel / Zafer, s.495-496; Karakehya, s.283-284; Özbek / Doğan / Bacaksız, s.398; Özen; s. 480; Öztürk / Kazancı / Güleç, s.312-313; Yenisey / Nuhoglu, 498-499.

¹⁰⁰ Yargıtay 9. CD, E: 2011/6292, K: 2011/12593, T: 19.07. 2011 (Ünver / Hakeri, s.472; Karakehya, s. 284). Yargıtay 10.CD, E: 2007/11806, K:12471, T: 02.11. 2007 (Karakehya, s. 284).

¹⁰¹ Canoğlu, s.127; Yenisey / Nuhoglu, s.498-499.

¹⁰² Canoğlu, s. 127.

¹⁰³ Yenisey / Nuhoglu, s.499.

¹⁰⁴ Yenisey / Nuhoglu, s.500.

öğretide aslında tartışılan husus denetim sonucunda elde edilen içeriğin ispat gücüdür ve “*delil olma*” ile “*ispat gücünü*” birbirine karıştırmamak gerekir.¹⁰⁵ Bu yazarlara göre, iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen içeriğin olayın öncesi ve sonrasına dair tüm yönleri yansıtmaması, sadece belli bir kesitle ilgili olarak iletişimde bulunan kimselerin kuşkulu açıklamalarını yansıtmaması sebebiyle, bir vakıayı tek başına ispat edebilme gücünün bu içeriğe atfedilmesi mümkün değildir. Ancak temsil ettikleri olay bakımından bu içerikler ispat gücünü haizdir ve bunun için ayrıca bir başka delil veya emare ile desteklenmelerine ihtiyaç yoktur.¹⁰⁶ Yine bu yazarlara göre, iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen içeriğin delil sayılması halinde, susma hakkının ihlal edilmiş sayılacağı yönündeki görüş tutarlı olmayıp bu kapsamda yapılan işlem bir suç nedeniyle ilgili kişilerin beyanlarından yola çıkılarak doğrudan veya dolaylı delil elde edilmesidir.¹⁰⁷ Kanaatimizce, iletişimin denetlenmesi sonucunda elde edilen içeriğin delil sayılmayıp belirti ya da emare sayılması yönündeki yaklaşım, başka türlü delil elde etme olanağının bulunmadığı ve vakıanın başka türlü ispat edilemediği hallerde maddi gerçeğe ulaşılmayı engelleyecek ve hak ihlallerine sebebiyet verecek bir niteliğe sahip olup somut olayın özelliklerine göre bu yaklaşımın esnetilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, kanaatimizce iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen bulguların ispat gücüne ilişkin kesin kurallar koymak ve mahkûmiyet için somut diğer delillerin varlığının gerekli olduğuna dair kategorik değerlendirmelerde bulunmak yerine, her suçun özelliğine ve unsurlarına göre kayıtların tek başına ispata yeterli olup olmadığını değerlendirmek daha yerinde bir yaklaşım olacaktır.¹⁰⁸ Örneğin cinsel saldırı suçunda iletişim denetlenmesi yoluyla elde edilen bulgular cinsel ilişkinin var olup olmadığı konusunda ispat aracı olarak kullanılamasa da ilişkinin rızai mi yoksa zorla olup olmadığı konusunda ispat aracı olarak kullanılabilir.¹⁰⁹

B. BİLGİLERİN İMHA EDİLMESİ

CMK'nın 137/3 maddesine göre, 135. madde gereğince iletişimin denetlenmesine ilişkin olarak verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da aynı maddenin birinci fıkrasına göre hâkim onayının alınamaması halinde, tedbirin uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl son verilecektir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilecektir. Beraat kararı verilmesi durumunda ise tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar, hâkim denetimi altında aynı usulle yok edilecektir.

¹⁰⁵ Ünver / Hakeri, s. 474.

¹⁰⁶ Ünver / Hakeri, s. 474.

¹⁰⁷ Ünver / Hakeri, s.473- 474.

¹⁰⁸ Bkz aynı yönde Karakehya, s.284.

¹⁰⁹ Yargıtay 5. CD, K: 2008/4651, T: 20.05.2008 (Yenisay / Nuhoglu, s.498).

Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma veya kovuşturma evresinin bitiminden itibaren, en geç onbeş gün içinde, Cumhuriyet başsavcılığı veya mahkeme, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgilisine yazılı olarak bilgi verecektir (CMK m. 137/4).

Kayıtların ya da iletişim içeriklerinin yok edilmesine ilişkin CMK'nın 137. maddesinin, iletişimin tespiti ve dinlenmesi açısından düzenleme getirdiği, sinyal bilgisinin değerlendirilmesine ilişkin açık bir hükmün maddede yer almadığı görülmektedir. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin tedbirin sonradan kanuna eklenmesi sebebiyle böyle bir ayrımın olduğu belirtilmektedir. Ancak CMK'nın 137. maddesinin üçüncü fıkrasının başında "135. maddeye göre verilen karar" dan söz edildiği için sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi yoluyla elde edilen bilgilerin de 137. madde kapsamına girmesi mümkün gözükmemektedir.¹¹⁰

Bununla beraber, 137. madde gereğince kayıtların yok edilmesi için beraat kararının kesinleşmesini beklemeye de gerek bulunmamaktadır. Bu bağlamda, başka deliller ile iddialar desteklenmediği sürece, karara karşı istinaf yoluna gidilmesi halinde yok edilen delillere istinaf mahkemesinin ulaşma olanağı bulunmadığından, istinaf mahkemesinin beraat kararı vermekten başka seçeneği olamayacaktır. Yine kovuşturmayla yer olmadığına karar verilmesi üzerine kayıt tutanaklarının yok edilmesi, bu tutanakların ve kayıtların itiraz davasında değerlendirilebilmesini ortadan kaldırmakta, başka bir deyişle, itiraz davası konusuz kalabilmektedir.¹¹¹ Bu nedenle, içeriklerin yok edilebilmesi için kanuna gerek beraat gerekse kovuşturmayla yer olmadığı kararlarının kesinleşmesi gerektiği yönünde hüküm konmalıdır.¹¹²

AİHM'in özellikle şüpheli hakkında soruşturma veya kovuşturmayla yer olmadığına karar verilmesi ya da sanığın beraat etmesi halinde tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi gerektiğine dair açık kanuni düzenleme yapılması, kolluğun ve yargı makamlarının bu konudaki yetkisinin sınırlarının açık bir şekilde düzenlenmesi, aksi durumun AİHS'in 8. maddesinin ihlali anlamına geleceğine dair *Kruslin*¹¹³ kararı göz önüne alındığında mevcut 137. maddenin daha açık düzenlenmesi gerekmektedir.

VII. İLETİŞİMİN DENETLENMESİNE İLİŞKİN AİHM KARARLARI

AİHS'in "Özel ve aile hayatına saygı hakkı" başlıklı 8. maddesine göre herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine (*correspondence*) saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, haberleşme hakkına idarenin müdahalesi, demokratik bir toplumda milli güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın, ahlakın veya başkalarının hak ve

¹¹⁰ Şahin / Göktürk, s. 391.

¹¹¹ Centel / Zafer, s.504.

¹¹² Canoğlu, s.137; Centel / Zafer, s.504; Yenisey / Nuhoglu, s. 503.

¹¹³ *Kruslin v. France* (no.11801/85), §§ 35-36, 24 April 1990.

özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması ve müdahalenin ancak kanunla öngörülmüş durumunda söz konusu olabilir.

Bu bağlamda, AİHM, AİHS'in 8. maddesi kapsamına giren iletişimin denetlenmesi tedbiri ve iletişim kavramının kapsamı konusundaki ilk değerlendirmelerini Almanya'ya karşı verilen *Klass ve diğerleri*¹¹⁴ kararında yapmıştır.¹¹⁵ Mahkeme, öncelikle, AİHS'in 8. maddesinde açıkça belirtilmemiş olsa bile telefon görüşmelerinin, özel hayat (*private life*) ve haberleşme (*correspondence*) kavramlarının kapsamına girdiğini¹¹⁶ belirtmiştir. Ancak, demokratik toplumların son derece gelişmiş casusluk faaliyetleri ve terörizm tarafından tehdit edildiğine dikkat çeken Mahkeme, bunun sonucunda devletlerin bu gibi tehditlerle mücadele edebilmek için kendi yetki sınırları içerisinde faaliyet gösteren bölücü unsurları gizli bir şekilde izleme görevini üstlenebileceğini belirtmiştir. Ardından, Mahkeme, polis devletinin bir göstergesi olarak algılanabilecek posta veya telekomünikasyon yoluyla yapılacak iletişimin denetlenmesine izin veren düzenlemelerin, milli güvenliğin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi gibi istisnai durumlarda ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde mümkün olabileceğini ifade etmiştir.¹¹⁷

Mahkemeye göre, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasına ilişkin olarak hangi sistem benimsenirse benimsensin, kötüye kullanmalara karşı yeterli ve etkili güvencelerin sağlanması,¹¹⁸ tedbir sona erdiğinde tedbirin amacını tehlikeye düşürmeyecek şekilde tedbire maruz kalanların durumdan haberdar edilmesi¹¹⁹ gerekmektedir. Yine Mahkemeye göre, bir kimsenin özel hayatına ve haberleşme hakkına müdahale edildiğini iddia edebilmesi için, tedbirin kendisi hakkında doğrudan doğruya uygulanması gerekli değildir. Belli koşullarda, davacıya fiilen uygulanmamış olsa da, özel hayata ve haberleşme hakkına müdahale ettiği düşünülen normun bizatihi varlığı, başka bir deyişle, davacıya bu normun uygulanma ihtimali ya da riski 8. maddenin ihlali için yeterlidir.¹²⁰

Bu kararın ardından Mahkeme, İngiltere hakkında verdiği *Malone*¹²¹ kararında sınırlamanın kanunla öngörülmüş olması koşulundan ne anlaşılması gerektiğine açıklık getirmiştir. *Malone* kararına ilişkin olayda, antika satıcısı olan *James Malone* hakkında hırsızlık suçundan elde edilen malı

¹¹⁴ *Klass and Others v. Germany* (no.5029/71), 6 September 1978.

¹¹⁵ Bu makale kapsamında aktarılan AİHM kararları, AİHM veri bankası (<https://hudoc.echr.coe.int>) üzerinden İngilizce olarak temin edilmiştir. İngilizce orijinaline uygun olarak kararların künyesi için "*Applicant v.*" formatı kullanılmıştır. Bu makalede tartışılmayan ve AİHM veri bankasında yer alan diğer kesinleşmemiş kararlar için bkz. Factsheet, Personal data protection, November 2023, https://prd-echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Data_ENG (s.e.t.21.08.2024).

¹¹⁶ *Klass and Others v. Germany*, § 41. Ayrıca bakınız *Halford v. the United Kingdom*, (no.20605/92) *Reports* 1997-III, p. 1016, § 44, 25 June 1997.

¹¹⁷ *Klass and Others v. Germany*, §§ 42, 48.

¹¹⁸ *Klass and Others v. Germany*, § 50.

¹¹⁹ *Klass and Others v. Germany*, § 58.

¹²⁰ *Klass and Others v. Germany*, § 34.

¹²¹ *Malone v. The United Kingdom* (no. 8691/79), 2 August 1984.

elinde bulundurmak ve satılmasına aracılık etmek suçundan dava açılmıştır. Yargılamada sunulan delillerden, *Malon*'un yaptığı telefon görüşmelerinin içeriğinin kaydedildiğine dair notların soruşturmayı yürüten polislerden birinin not defterinde yer aldığı anlaşılmış, bununla beraber *James Malon*'u arayan ve *Malone* tarafından aranan numaralar ile görüşme sürelerinin de uzun bir süreden beri kaydedildiği (*metering*/iletişimin tespiti) iddia edilmiştir.¹²² Gerek iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması, gerekse iletişimin tespiti tedbirinin İngiltere'de hukuksal zemine kavuşmasını sağlayan, *the British Telecommunications Act*'ın yürürlüğe girdiği 1981 yılından önce, 1977 yılında meydana gelen bu olayda, İngiltere'de posta ve telgraf yoluyla yapılan iletişimin içeriğinin denetlenmesine izin veren Kanun (*the Post Office Act 1953, the Post Office Act 1969, the Telegraph Act 1863*) mevcut iken, telefon görüşmelerinin denetlenmesine açık bir şekilde izin veren bir kanun hükmü bulunmamaktaydı. Telefon içeriklerinin de telgraf içerikleri gibi kablo ve tel üzerinden aktarılan sinyaller üzerinden sağlandığı gerekçe gösterilerek, telefon üzerinden yapılan iletişimin denetlenmesi ve kayda alınması kıyas yolu ile gerçekleşmekte idi.¹²³

İngiltere'de uygulamanın kıyas yoluyla gerçekleşmesinden hareketle, Mahkeme, öncelikle sınırlamanın kanunla öngörülmüş olması kuralının şekil olarak sadece milli hukukta bir kanuni düzenleme yapılması ile karşılanamayacağını, kanunun içeriğinin ve niteliğinin de önemli olduğunu vurgulamıştır. Bu nedenle, Mahkeme, kanunla öngörülen kuralın aynı zamanda AIHS'in önsözünde de yer alan hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkesine de uygun olması gerektiğini belirtmiştir. Ardından, dinlemenin gizli yapılması sebebiyle bu tedbirin kötüye kullanılma riskini her zaman barındırdığını, buna karşı önlemlerin de milli hukukta alınması gerektiğini ifade etmiştir.¹²⁴ Bu bağlamda, Mahkeme, idari makamların gizli yürüttüğü, kötüye kullanılması mümkün olan, özel hayata ve haberleşme hakkına müdahale etme riskini barındıran telefon dinlemeye ilişkin kuralların, tedbirin, hangi şart ve koşullarda uygulanabileceğinin vatandaşlar tarafından önceden öngörülmesine imkân verecek açıklıkta olması gerektiğini belirtmiştir.¹²⁵ Ancak söz konusu öngörme, tedbirin muhtemel uygulanma zamanını önceden öngörme ve böylece hukuk kuralını ihlal etmekten kaçınma şeklinde anlaşılmamalıdır.¹²⁶

Bu veriler ışığında AIHM, olayın yaşandığı 1977 yılında telefonların dinlenilmesi ve kayda alınmasına ilişkin kanuni bir düzenlemenin

¹²² *Malone v. The United Kingdom*, §§ 12-18

¹²³ *Malone v. The United Kingdom*, §§ 19-30

¹²⁴ *Malone v. The United Kingdom*, § 67.

¹²⁵ *Malone v. The United Kingdom*, § 67. Ayrıca bkz. *Halford v. the United Kingdom*, § 49. AIHM daha sonraki kararlarında makul sayılabilecek açıklık ve öngörülebilirlik kavramına ilişkin olarak, tedbir kararının uygulanabileceği suçların tam ve ayrıntılı bir listesinin kanunda yer almasının gerekli olmadığını, ancak tedbir kapsamına giren suçlar hakkında yeterli bir bilginin kanunda yer alması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. *Kennedy v. The United Kingdom* (no.26839/05), § 159, 18 May 2010; *R.E. v. The United Kingdom* (no. 62498/11), § 132, 27 October 2015.

¹²⁶ *Malone v. The United Kingdom*, § 67.

İngiltere’de bulunmadığını, mevcut düzenlemelerin muğlak ve farklı yorumlara açık olduğunu,¹²⁷ iletişimin dinlenilmesi ve kayda alınması konusunda kanunda yer alan düzenleme ile kanunda yer almayıp idari makamların takdirine bırakılan düzenlemelerin sınırları konusunda makul sayılabilecek bir açıklığın (*reasonable certainty*) bulunmadığını ifade etmiştir. Bu belirsizlik ve muğlaklık karşısında, Mahkeme, İngiltere ve Galler’de telefonların dinlenilmesine ve kayda alınmasına ilişkin olay tarihinde uygulanan mevzuatın kanunla öngörülmüş olma kuralını karşılamadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre, uygulanan kuralın idari makamlara verilen takdir hakkının kapsamı ve bunun usulü konusunda makul sayılabilecek bir açıklık içermemesi sebebiyle, demokratik bir toplumda vatandaşların haklarının korunması için sağlanması gereken asgari korumayı da sağlaması mümkün değildir.¹²⁸

*Malone*¹²⁹ kararını takip eden ve Fransa’ya karşı verilen *Kruslin*,¹³⁰ ve *Huvig*¹³¹ kararlarında da, AİHM iletişimin denetlenmesi tedbirinin kanunla öngörülmüş olması hususunu tartışmış ve *Malone* kararındaki gerekçelerini benimsemiştir. Mahkemenin *Kruslin* kararında yaptığı değerlendirmeye göre, 1982 yılında Fransız mevzuatı, iletişimin denetlenmesi tedbirinin çeşitli şekillerde kötüye kullanılmasını önleyecek yeterli koruma mekanizmasına sahip değildir. Örneğin, tedbire maruz kalabilecek kişiler ile tedbirin uygulanabileceği suçlar hiçbir yerde tanımlanmamıştır. Tedbirin azami süresi konusunda tedbir kararını veren hâkimi sınırlayıcı bir hüküm de bulunmamaktadır.¹³² Aynı şekilde, dinlenen telefon kaydının sürekli olmasını sağlayacak bir usul olmadığı gibi, kaydın nasıl tutanak altına alınıp yazılı hale getirileceği de belli değildir. Mahkemeye sunulan kayıtların orijinal kayıtlar olup olmadığı hususunda alınacak önlemler ile orijinal kayıtların süre ve sayısını doğrulama imkânından yoksun hâkime ve savunma makamına kayıtların denetim ve inceleme için nasıl sunulacağı ve bu konuda alınabilecek önlemler de belirlenmemiştir.¹³³ Nihayetinde, hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilen şüpheli ya da yargılama sonrası mahkemece hakkında beraat kararı verilen sanığa ilişkin dinleme kayıtlarının nasıl yok edileceğine veya silineceğine ilişkin bir usulün de dava tarihinde Fransız mevzuatında olmadığı gözlenmiştir. Bu verilere göre, Fransa’daki uygulamanın düzenleyici kontrol mekanizmasına sahip olmadığını belirten Mahkeme,¹³⁴ olay tarihinde yazılı ya da yazılı olmayan Fransız hukukunun tedbirin kapsamı, tedbiri uygulayacak idari makamların takdir yetkisinin sınırları konusunda, makul bir açıklık (*reasonable clarity*) içermediğini, davacı *Jean Kruslin*’in haklarının korunması için demokratik bir toplumda hukuk devleti kurallarına göre sağlanması gereken asgari

¹²⁷ *Malone v. The United Kingdom*, § 79.

¹²⁸ *Malone v. The United Kingdom*, §§ 79-80, 87.

¹²⁹ *Malone v. The United Kingdom*, § 79

¹³⁰ *Kruslin v. France* (no.11801/85), §§ 35-36, 24 April 1990.

¹³¹ *Huvig v. France* (no.11105/84), §§ 34-35, 24 April 1990.

¹³² *Kruslin v. France*, § 35.

¹³³ *Kruslin v. France*, § 35.

¹³⁴ *Kruslin v. France*, § 35.

korumanın sağlanmadığını, bu nedenle, Fransız mevzuatının *Malone* kararında da açıklandığı üzere kanunla düzenlenme koşulunu yerine getirmedeğini ve AİHS'in 8. maddesini ihlal ettiğini belirtmiştir.¹³⁵

A. AVUKATIN/MÜDAFİNİN TELEFONLARININ DİNLENİLMESİ

*Kopp*¹³⁶ kararında, Mahkeme avukatların vekil/müdafî sıfatıyla iletişimin denetlenmesi tedbirinden muaf tutulmasıyla ilgili görüşünü dile getirmiştir. Söz konu karara konu olayda, *Hans W. Kopp* avukat olup İsviçre Federal Polis ve Adalet Teşkilatı'nın Başkanı¹³⁷ olan *Elisabeth Kopp* ile evlidir. Kara para aklama ve devlet sırlarını açığa vurma faaliyetine girdiğinden şüphelenen *Elisabeth Kopp*'un telefonları iletişimin denetlenmesi tedbirine tabi tutulmuştur. Ancak söz konusu tedbir kararında *Elisabeth Kopp*'a devlet görevi sebebiyle tahsis edilen gizli hattın yanında, eşi *Hans W. Kopp*'a ait kişisel telefon hattı ve avukatlık ofisine ait telefon hattı da dâhil olmak üzere toplam 13 hattın dinlenmesine izin verilmiştir. Tedbir kararında *Hans W. Kopp*'un telefonlarının, şüpheli değil, üçüncü şahıs sıfatıyla (*third party*) dinleneceği belirtilmiştir.¹³⁸ *Elisabeth Kopp*'un soruşturmada aklanması üzerine, *Hans W. Kopp*'a yürütülen soruşturmada kendisinin ve avukatlık ofisinin telefonunun dinlendiği, ancak avukat sıfatıyla yürüttüğü faaliyetlerin tedbir kapsamında dinlenmediği ve kayda alınmadığı, ayrıca tüm dinleme kayıtlarının yok edildiği hususunda bir mektup gönderilmiştir.¹³⁹ Bunun üzerine durum AİHM'e intikal etmiştir.

AİHM konuya ilişkin olarak öncelikle, avukatlık bürosu veya hukuk ofisi gibi ticari niteliğe sahip kuruluşların yaptığı telefon görüşmelerinin de Sözleşmenin 8. maddesinin birinci fıkrası anlamında özel hayat (*private life*) ve haberleşme (*correspondence*) kavramlarının kapsamına girdiğini belirtmiştir.¹⁴⁰ Ardından *Hans W. Kopp*'un taraf olduğu telefon görüşmelerine ilişkin kayıtların soruşturma makamlarına sunulmamasının ve sonradan yok edilmesinin önemli olmadığını, telefon görüşmelerinin dinlenmesi ve kayda alınmasının bizzat kendisinin 8. madde tarafından korunan haklara müdahale sayılması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁴¹ *Halford*¹⁴² kararındaki gerekçelerine dikkat çeken Mahkeme, bu kararda da belirtildiği üzere, gizli telefon dinleme tedbirine ilişkin kuralların, tedbirin, hangi şart ve koşullarda

¹³⁵ *Kruslin v. France*, § 36.

¹³⁶ *Kopp v. Switzerland* (no.23224/94), (13/1997/797/1000), 25 March 1998.

¹³⁷ The head of the Federal Department of Justice and Police.

¹³⁸ *Kopp v. Switzerland*, §§ 6-18.

¹³⁹ *Kopp v. Switzerland*, § 25.

¹⁴⁰ *Kopp v. Switzerland*, § 50. Ayrıca bkz. *Halford v. the United Kingdom*, § 44.

¹⁴¹ *Kopp v. Switzerland*, §§ 51-53; *Halford v. The United Kingdom*, § 48; *Malone v. The United Kingdom*, § 64;

¹⁴² *Halford v. The United Kingdom*, § 49. Aynı yönde bkz. *Malone v. The United Kingdom*, § 67.

uygulanabileceğinin vatandaşlar tarafından önceden öngörülmesine imkân verecek açıklıkta olması gerektirir.¹⁴³

Son olarak İsviçre devletinin avukatların iletişimin denetlenmesi tedbirinden muaf tutulmasına ilişkin kuralın, vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan avukat/müdafi/vekil sıfatıyla yürütülen işlerde geçerli olabileceği iddiasına karşılık olarak, AİHM, İsviçre hukukunun avukat-müvekkil arasında yürütülen bir işlemin hangi hal ve koşullarda vekalet ilişkisinin kapsamında kalacağına, hangi hal ve koşullarda ise vekalet ilişkisinin dışında tutulacağına ilişkin sınırları açık bir biçimde belirlemediğini ifade etmiştir.¹⁴⁴

Bu belirsizlik karşısında Mahkeme, olay tarihinde yazılı ya da yazılı olmayan İsviçre hukukunun tedbirin kapsamı konusunda yeterli bir açıklık (*sufficient clarity*) içermediğine, davacı *Hans W. Kopp*'a avukat sıfatıyla haklarının korunması için demokratik hukuk devleti kurallarına göre sağlanması gereken asgari korumanın sağlanmadığına, telefon dinlemeye ilişkin düzenlemenin nitelik (*quality*) olarak hukuk devleti kurallarıyla bağdaşmadığına ve AİHS'in 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁴⁵

Avukatın vekil veya müdafi sıfatıyla müvekkili ya da şüpheli ile yaptığı görüşmelerin kaydedilip kaydedilemeyeceğine ilişkin benzer bir diğer karar AİHM tarafından İngiltere'ye karşı *R.E* ¹⁴⁶ kararında verilmiştir. AİHM bu kararında öncelikle müdafi ile şüpheli arasında kollukta geçen görüşmelerin gizli bir şekilde kaydının avukat ile müvekkili arasında geçen iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması durumu ile benzerlik gösterdiğini belirtmiştir.¹⁴⁷ Davaya konu olayda, Kuzey İrlanda'da avukatların müvekkilleriyle kollukta yaptığı görüşmelerin gizlice kaydedildiğinin ortaya çıkması üzerine, 15 Mart 2009 tarihinde psikolojik sorunları bulunan ve bir polis memurunun öldürülmesine karıştığı için gözaltına alınan 20 yaşındaki bir gencin avukatı, müvekkili ile yapacağı görüşmenin kayıt altına alınmayacağını garantisinin verilmesini polisten istemiş, polis görüşmenin kayıt edilip edilmeyeceği konusunda bir garanti veremeyeceğini belirtmiş, bunun üzerine olay AİHM'e intikal etmiştir.¹⁴⁸

AİHM bu davaya ilişkin olarak müdafi ile şüpheli arasında kollukta geçen görüşmelerin gizli bir şekilde kaydının avukat ile müvekkili arasında geçen iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması ile benzerlik gösterdiğini ve Sözleşmenin 8. maddesinin kişiler arasındaki tüm haberleşmenin gizliliğini ve mahremiyetini koruma altına aldığını belirtmiştir. Ancak Mahkemeye göre, avukat-müvekkil ilişkisi söz konusu olduğunda, bu mahremiyete daha fazla bir koruma sağlanması gerekmektedir. Aksi takdirde, avukat ve müvekkili arasındaki görüş alışverişinin gizli kalacağının garanti edilmemesi halinde, avukatların, avukat veya müdafi sıfatıyla müvekkillerini gereği gibi

¹⁴³ *Kopp v. Switzerland*, § 64.

¹⁴⁴ *Kopp v. Switzerland*, § 73.

¹⁴⁵ *Kopp v. Switzerland*, § 75.

¹⁴⁶ *R.E. v. The United Kingdom* (no. 62498/11), 27 October 2015.

¹⁴⁷ *R.E. v. The United Kingdom*, § 131.

¹⁴⁸ *R.E. v. The United Kingdom*, §§ 5-23.

koruması mümkün olamayacaktır. Bu nedenle, Mahkeme avukatların hukuki danışmanlık yapmak veya tavsiye vermek amacıyla müvekkilleriyle yaptıkları görüşmenin kaydedilmesinin, bir kimsenin özel hayatına ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına yapılmış oldukça ileri boyutta bir müdahale olduğunu belirtmiştir.¹⁴⁹ Mahkeme, Kuzey İrlanda'da İngiltere'nin milli güvenlik gerekçesiyle uyguladığı bu tür uygulamalara ilişkin mevzuatın, davacının şüpheli sıfatıyla müdafisiyle kollukta yaptığı ve mahrem kalması gereken görüşmelere gerekli korumayı sağlamadığını ve Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir.¹⁵⁰

B. İSTİHBARAT VE ÖNLEME AMAÇLI DİNLEMELER

İstihbarat ve önleme amaçlı dinlemeler ve bunlara dayanılarak tutulan arşiv kayıtları ve fişler (*card index*) kapsamında AİHM tutumunu İsviçre'ye karşı verilen *Amann*¹⁵¹ kararında açıklamıştır. Bu karara konu olayda, İsviçre vatandaşı olan *Hermann Amann* İsviçre'ye tüy dökücü epilasyon cihazları ithal etmekte ve dergilere verdiği ilan yoluyla bu ürünleri satmaktadır. *Hermann Amann* 12 Ekim 1981 tarihinde eski Sovyetler Birliği'nin Bern Büyükelçiliğinde görevli bir kadın tarafından aranır ve kadın "*Perma Tweez*" adlı epilasyon cihazını sipariş eder. Görüşme İsviçre Federal Cumhuriyet Savcılığı Bürosu (*Bundesanwaltshaft*) tarafından dinlenir ve Zürih Kantonu'nda bulunan istihbarat birimlerinden *Hermann Amann* ve sattığı ürünler hakkında araştırma yapılması istenir. İstihbarat birimleri *Herman Amann*'in 1973 yılından beri ticaret siciline kayıtlı olduğunu spreylere (*aerosols*) işiyle uğraştığını, sipariş edilen "*Perma Tweez*" adlı cihazın da pille çalışan bir epilasyon cihazı olduğunu belirten bir rapor düzenler. Bu ve rapordaki diğer bilgiler, İsviçre Federal Cumhuriyet Savcılığı Bürosu tarafından milli güvenlik gerekçesiyle tutulan arşiv kart ve fişlerine (*national security card index*) kaydedilir. 1990 yılına gelindiğinde birçok kimse İsviçre devletinin istihbarat amaçlı arşiv ve fişleme kayıtları tuttuğunu öğrenir ve Ombudsmanlar aracılığıyla haklarında arşiv kaydı ve fişi tutulup tutulmadığını, tutulmuşsa örneğinin gönderilmesini ister. *Hermann Amann* da hakkında varsa düzenlenen fişin gönderilmesini ister. Ombudsman tarafından gönderilen (1153:0) 614 numaralı fişte, bazı bilgilerin çıkarıldığını gören *Hermann Amann*, çıkarılan bilgilerin de kendisiyle paylaşılmasını ister. Bunun reddedilmesi üzerine dosya AİHM'e intikal eder.¹⁵² Dosyanın AİHM'e intikalinden önce, yürütülen idari soruşturma sonucunda Federal Polisin on yıllar boyunca herhangi bir mahkeme kararına dayanmaksızın bir polis uygulaması olarak (*police politique*), dinlediği telefon görüşmelerine dayalı birçok kişi hakkında arşiv fiş ve kartı (*card index*) tuttuğu ve bunun yasal bir zemininin olmadığı ortaya çıkar.¹⁵³

¹⁴⁹ *R.E. v. The United Kingdom*, § 131.

¹⁵⁰ *R.E. v. The United Kingdom*, §§ 140-143.

¹⁵¹ *Amann v. Switzerland* (no. 27798/95), 16 February 2000.

¹⁵² *Amann v. Switzerland*, §§ 7-15.

¹⁵³ *Amann v. Switzerland*, § 47.

AIHM'de yapılan yargılamada, İsviçre makamları kaydın Federal Ceza Usul Kanunu'nun (*the Federal Criminal Procedure Act –FCPA*) 66-72. maddelerine göre tutulduğunu iddia eder. AIHM, bu davada öncelikle yukarıda aktarılan *Kopp* kararına atıf yaparak, *Hermann Amann*'nın telefon görüşmesinin dinlenmesi ve kayda alınmasının bizatihi kendisinin 8. madde tarafından korunan haklara bir müdahale olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtir.¹⁵⁴ AIHM, ardından, İsviçre Federal Ceza Usul Kanunu'nun 66. maddesinin, bu maddede sayılan suçları işlediğinden şüphe edilen ya da bu suçları işlediği gerekçesiyle hakkında kovuşturma başlatılan kişiler ile bu kişilerden bilgi veya talimat aldığı ya da bu kişilere bilgi veya talimat ulaştırdığı varsayılan üçüncü kişilerin (*third parties*) iletişiminin denetlenmesine izin verdiğini, Ceza Usul Kanunu'nun şüpheli veya sanık tarafından tesadüf eseri (*fortuitously*) aranan kişilere ait konuşmaların akıbetini detaylı olarak düzenlemediğini, tesadüfi olarak dinlemeye takılan ya da sanık veya şüpheli ile görüşmesi gereken kişilerin (*necessary participants*) görüşmelerinin kaydedilmemesi için bir önlem öngörmediğini ifade eder.¹⁵⁵

Yine AIHM, İsviçre Konfederasyonu'nun iç ve dış güvenliğini ilgilendiren konularda Cumhuriyet Savcılıklarının polisten ilgili kişileri takip etmesini (*surveillance*) ve bilgi vermesini isteyen düzenlemenin,¹⁵⁶ takip tedbirine maruz kalabilecek kişilerin kapsamı, tedbirin hangi şart ve koşullarda verileceği, takibin hangi yöntem ile yapılacağı ve takip tedbirine ilişkin usul kuralları hakkında açık bir düzenleme içermediğini, bu nedenle söz konusu kuralın yeterli derecede açık (*sufficiently clear*) olduğunun kabul edilemeyeceğini belirtir.¹⁵⁷ Bu bilgiler ışığında, AIHM, *Hermann Amann*'nın yaptığı telefon görüşmesinin dinlenmesi ve kayda alınmasına ilişkin olarak, İsviçre hukukunun tedbirin kapsamı, tedbiri uygulayacak idari makamların takdir yetkisinin sınırları konusunda yeterli bir açıklık (*sufficient clarity*) içermediğine ve AIHS'in 8. maddesini ihlal ettiğine karar verir.¹⁵⁸

İstihbarat amaçlı arşiv fiş ve kaydının tutulması konusunda ise AIHM, bu tür kayıtların özel hayata müdahale niteliği taşıdığını,¹⁵⁹ takip konusunda savcılıklara verilen yetkiye dayanılarak polis tarafından bu kayıtların tutulduğunu, yukarıda belirtilen gerekçelerle bu düzenlemenin yeterli açıklığa sahip olmadığını, dolayısıyla takibe veya telefon dinlemesine dayalı bu tür bir arşiv fiş ve kaydının da Sözleşmenin 8. maddesi bağlamında hukuka uygun yapılmış bir uygulama olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.¹⁶⁰ Tutulan arşiv kayıt ve fişlerinin muhafazasına ve saklanmasıyla ilişkin olarak da Mahkeme, kaydın tutulmasına izin veren milli bir düzenlemenin olmadığını İsviçre Makamları tarafından da kabul

¹⁵⁴ *Kopp v. Switzerland*, § 53; *Amann v. Switzerland*, § 45.

¹⁵⁵ *Amann v. Switzerland*, § 61.

¹⁵⁶ *Article 1 of the Federal Council's Decree of 29 April 1958 on the Police Service of the Federal Public Prosecutor's Office.*

¹⁵⁷ *Amann v. Switzerland*, § 58.

¹⁵⁸ *Amann v. Switzerland*, § 62.

¹⁵⁹ *Amann v. Switzerland*, §§ 66-67.

¹⁶⁰ *Amann v. Switzerland*, §§ 76-77.

edildiğini, dolayısıyla gerek arşiv fiş ve kaydı tutulmasının ve bunun muhafazasının mevcut şartlarda Sözleşmeye uygun bulunamayacağını, İsviçre hukukunun istihbarat amaçlı arşiv fişi ve kaydı tutma bağlamında tedbirin kapsamı, tedbiri uygulayacak idari makamların takdir yetkisinin sınırları konusunda makul bir açıklık (*reasonable clarity*) içermediğini belirterek, düzenlemenin AİHS'in 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁶¹

C. ÖZEL ÇAĞRI MERKEZLERİ ARACILIĞIYLA YAPILAN İLETİŞİM

AİHM tarafından İngiltere'ye karşı verilen *Taylor-Sabori*¹⁶² kararında Mahkeme özel çağrı merkezleri tarafından sağlanan çağrı cihazlarıyla yapılan iletişimde, çağrı cihazlarına gönderilen mesajların iletişim kavramının kapsamına girip girmediği ve bu mesajların suçların soruşturulması ve kovuşturulması amacıyla denetlenip denetlenemeyeceği hususunu tartışmıştır.

1995 yılında meydana gelen olayda İngiltere'ye Amsterdam üzerinden uyuşturucu madde ithal etmek suçundan hakkında soruşturma yürütülen *Sean Marc Taylor-Sabori*'nin uyuşturucu madde ticaretinde kullandığı ve özel çağrı merkezi tarafından sağlanan çağrı cihazı polis tarafından kopyalanmıştır. Kopyalanan çağrı cihazına gelen mesajlar takip edilmiş ve *Taylor-Sabori* tutuklanmıştır. *Taylor-Sabori*'nin avukatları elde edilen delillerin çoğunun çağrı cihazına gelen mesajlardan polis tarafından üretildiğini, 1985 tarihli İletişimin Dinlenmesi ve Kayıt Altına Alınması Hakkında Kanun'un 2. maddesi¹⁶³ gereğince çağrı cihazına gelen mesajların kaydı için mahkeme kararı alınması gerektiğini, bu yönde alınmış bir karar bulunmadığını ve delillerin hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir.¹⁶⁴ Mahkeme 1985 tarihli Kanunun kamuya ait *British Telecom* üzerinden sağlanan iletişim için mahkeme kararı öngördüğünü, özel çağrı merkezleri aracılığıyla yapılan iletişimin denetlenmesi için mahkeme kararına ihtiyaç olmadığını gerekçe göstererek *Taylor-Sabori*'yi suçlu bulmuş, İngiliz Temyiz Mahkemesi (*The Court of Appeal*) de aynı gerekçelerle davada kullanılan delillerin hukuka uygun olduğunu belirterek temyiz talebini reddetmiştir.¹⁶⁵

Konunun AİHM'e intikali üzerine yukarıda aktarılan *Malone*¹⁶⁶ kararı ile aynı yönde verilen *Halford*¹⁶⁷ ve *Khan*¹⁶⁸ kararlarına atıf yapan Mahkeme, iletişimin denetlenmesi konusunda, milli hukukta denetlemeye izin veren kanuni bir düzenlemenin olmasının yeterli olmadığını, bu kanunun içerik

¹⁶¹ *Amann v. Switzerland*, §§ 78-80.

¹⁶² *Taylor-Sabori v. The United Kingdom* (no. 47114/99), 22 October 2002.

¹⁶³ *The section 2 of the Interception of Communications Act 1985.*

¹⁶⁴ *Taylor-Sabori v. The United Kingdom*, §§ 8-11

¹⁶⁵ *Taylor-Sabori v. The United Kingdom*, §§ 11-13.

¹⁶⁶ *Malone v. The United Kingdom*, § 67.

¹⁶⁷ *Halford v. The United Kingdom*, § 49.

¹⁶⁸ *Khan v. The United Kingdom*, (no. 35394/97), § 26, 12 May 2000.

olarak hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkesiyle de uyumlu olmasının zorunlu olduğunu, tedbirin kötüye kullanılmasını önleyecek önlemlerin milli hukukta alınması gerektiğini, ayrıca kanunun, tedbirin, hangi şart ve koşullarda uygulanabileceğinin vatandaşlar tarafından önceden öngörülmesine imkân verecek açıklıkta olması gerektiğini belirtmiştir.¹⁶⁹ İngiltere’de özel çağrı merkezlerince sağlanan çağrı cihazları aracılığıyla yapılan iletişimin denetlenmesine imkân veren kanuni bir düzenlemenin bulunmaması sebebiyle tedbirin kanunla öngörülmesi koşulu bulunmadığını belirten AİHM, çağrı cihazına gelen mesajların kopyalanmasının Sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁷⁰

D. CEZAEVİNDE BULUNAN TUTUKLU VEYA HÜKÜMLÜLERİN İLETİŞİMİNİN DENETLENMESİ

Cezaevinde bulunan tutuklu veya hükümlülerin ziyaret saatlerinde yakınlarıyla ziyaretçi salonlarında bulunan telefon aracılığıyla gerçekleştirdiği iletişimin denetlenip denetlenemeyeceği konusunda AİHM değerlendirmesini Fransa’ya karşı verdiği *Wisse* kararında yapmıştır.¹⁷¹ Bu karara konu olayda silahlı soygun suçundan tutuklu bulunan iki tutuklunun cezaevinde ziyaretçi salonlarında bulunan telefon aracılığıyla ziyaretçileriyle yaptıkları görüşmeler mahkeme kararıyla dinlenmiş ve kaydedilmiştir. AİHM, Fransız hukukunun tutuklu veya hükümlülerin özel hayatına müdahale edilip edilemeyeceği ve cezaevinde yaptıkları görüşmelerin kaydına ilişkin olarak tedbirin kapsamı, tedbiri uygulayacak idari makamların takdir yetkisinin sınırları konusunda yeterli bir açıklık (*sufficient clarity*) içermediğini belirtmiştir. Yapılan müdahalenin, Sözleşme ile belirlenen meşru amaçlarla yapılan bir müdahale olmadığını belirten AİHM, demokratik bir toplumda hukuk devleti kurallarına göre sağlanması gereken asgari korumadan hükümlü ve tutukluların mahrum bırakıldığını ve dolayısıyla Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir.¹⁷² Mahkemeye göre, tutuklu ve hükümlülerin ziyaretçi salonlarında gerçekleştirdiği görüşmelerin cezaevinin güvenliğini sağlama dışında başka bir amaçla sürekli ve sistematik olarak dinlenmesi ve kaydedilmesi, ziyaret hakkının varlık ve meşruiyet sebebi (*raison d’être*) olan hükümlü ve tutukluların aileleriyle mahremiyet kurallarına uygun olarak görüşme ve özel hayatlarını belli bir dereceye kadar devam ettirme amacına, başlı başına aykırılık teşkil etmektedir.¹⁷³

E. TEDBİRİN ÖLÇÜLÜ OLMASI

AİHM, iletişimin dinlenmesi ve kaydedilmesi tedbirinin ölçülü olup olmadığı ve son çare olarak uygulanıp uygulanmadığı hususunun nasıl

¹⁶⁹ *Taylor-Sabori v. The United Kingdom*, § 18.

¹⁷⁰ *Taylor-Sabori v. The United Kingdom*, § 19.

¹⁷¹ *Wisse v. France* (no. 71611/01), 20 December 2005.

¹⁷² *Wisse v. France*, § 34.

¹⁷³ *Wisse v. France*, § 29.

denetleneneğini ise Hırvatistan'a karşı verdiği *Dragojević*¹⁷⁴ kararında açıklamıştır. Söz konusu karara konu olayda, Latin Amerika Ülkelerinden Avrupa'ya uyuşturucu getirmek suçunu işlediğinden şüphelenilen *Ante Dragojević* hakkında Zagreb Mahkemesi'nce 4 kez çeşitli aralıklarla tedbir kararı verilmiştir. AIHM, bu davada öncelikle iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbirinin gizli gerçekleşmesi sebebiyle, bu tedbirin hukuka uygunluğunun ilgililer tarafından denetlenmesinin mümkün olmadığını, bu nedenle idari makamlara veya yargı organlarına dinleme konusunda tanınan takdir yetkisinin, bu makamlarca üstün körü terimlerle veya pervasız bir biçimde ifade edilerek kullanılmasını (*in terms of an unfettered power*), hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağdaştıramadığını belirtmiştir.¹⁷⁵

Mahkeme, tedbirin gerekli olup olmadığına ve süresine karar vermek konusunda taraf devletlerin takdir hakkı olduğunu, ancak bu takdir hakkının AIHM'in denetimine tabi olduğunu belirtmiştir. AIHM, tedbir talebinin yapılmasında, kararın verilmesinde, uygulanmasında, itiraz ve kanun yollarında ve diğer tüm süreçte müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı kuralının uygulanıp uygulanmadığını ve demokratik bir toplumun değerlerinin tüm süreçte samimi bir biçimde gözetilip gözetilmediğini denetleyeceğini belirtmiştir.¹⁷⁶ Bu bağlamda AIHM, Zagreb Mahkemesi'nin çeşitli aralıklarla 4 kez tedbir kararı verirken, kararını esas itibariyle Hırvatistan Cumhuriyet Savcılığının soruşturmanın dinleme tedbiri olmaksızın başka koruma tedbirleriyle yürütülemeyeceği ya da yürütülmesinin çok güç olacağı değerlendirmesine dayandığını tespit ettiğini belirtmiştir. Ardından AIHM, Zagreb Mahkemesi'nin bu değerlendirmesini gerekçelendirmediğini, herhangi bir detay vermediğini, somut olayda hangi koşul veya şartların suç işlendiği konusunda makul bir şüphenin oluşmasına sebebiyet verdiğini açıklamadığını, ya da soruşturmanın temel hak ve özgürlüklere daha az müdahale içeren diğer bir yöntem veya tedbirle neden yürütülemeyeceğine dair açıklama getirmediğini belirtmiştir.¹⁷⁷

Dolayısıyla tedbir talebinin yapılmasında, kararın verilmesinde, uygulanmasında, itiraz ve kanun yollarında ve diğer tüm süreçte davacının iletişiminin dinlenmesi ve kayda alınmasının hukuka uygunluk şartını taşıdığını gösteren delillerin sunulmadığını, sunulan delillerin de davacının özel hayatına ve haberleşmesine müdahale edilmeye devam edilmesinin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ispata yeterli olmadığını belirterek Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁷⁸

AIHM kararlarına bakıldığında, iletişimin denetlenmesi tedbirinin sistematik bir biçimde devlet politikası olarak uygulandığı ve tedbirin kötüye kullanılmasını önleyecek önlemlerin milli hukukta yeterince alınmadığı ülkenin Rusya Federasyonu olduğu görülmektedir. Nitekim ayrıntıları

¹⁷⁴ *Dragojević v. Croatia* (no.68955/11), 15 January 2015

¹⁷⁵ *Dragojević v. Croatia*, § 82.

¹⁷⁶ *Dragojević v. Croatia*, § 84.

¹⁷⁷ *Dragojević v. Croatia* § 95.

¹⁷⁸ *Dragojević v. Croatia* §§ 101-102.

AİHM'in, *Roman Zakharov*¹⁷⁹ kararında belirtildiği üzere Rusya Federasyonu mevzuatında karar tarihinde tüm mobil telefon operatörlerinin hat sahibinin rızası ve herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın, istihbarat ve milli güvenlik birimlerinin (*the Federal Security Service*) dilediği zaman telefon yoluyla yapılan iletişimi dinlemesine ve kaydetmesine imkân veren uygulamaları cep telefonlarına zorunlu olarak yüklemesini gerektiren bir düzenleme bulunmaktadır.¹⁸⁰

Yine söz konusu mevzuata göre, zorunlu olarak yüklenen uygulama kullanılarak telefonunun dinlendiğini iddia eden ve bu uygulamaya son verilmesini isteyen kimse, bunu ispatlayacak bilgi ve belgeleri sunmalıdır. Dolayısıyla mevzuat, ispat yükünü hattın sahibine yüklemektedir. Rus mevzuatı iletişimin denetlenmesi tedbirine maruz kalan ilgiliye bildirimde bulunulmasını gerekli görmediğinden, bu konuda herhangi bir bilgiye ulaşma olanağından yoksun bir kimsenin telefonunun fiili olarak dinlendiğini ispatlaması neredeyse imkânsızdır. Bu nedenle, itiraz mekanizması etkili bir başvuru yolu sunmamaktadır.¹⁸¹

Bu bilgiler ışığında AİHM, Rus makamlarının, uygulamanın yüklenmesinin dinlemenin yapıldığı anlamına gelmeyeceği ve dinlemelerin yargının gözetim ve denetimi altında yapıldığı savunmasını inandırıcı bulmamıştır.¹⁸² Polisin ve istihbarat birimlerinin tüm cep telefonları için doğrudan dinleme yapmaya imkân veren teknolojik olanaklara sahip olduğunu belirten Mahkeme, Rus mevzuatının keyfilğe ve kötüye kullanmaya karşı yeterli korumayı sağlamadığını ifade etmiştir. Mahkeme, özellikle iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbirine, idarenin hangi şart ve koşullarda başvuracağına ilişkin yeterli bir açıklığın mevzuatta olmadığını, tedbire son verilmesine ilişkin düzenlemelerin keyfi dinlemeleri engelleyecek nitelikte olmadığını, mevcut mevzuatın soruşturma konusuyla ilgili olsun ya da olmasın tüm kayıtların saklanması izin verdiğini belirtmiştir. Özellikle kayıtların yargılama sonrası hangi hallerde saklanacağına veya yok edileceğine dair bir açıklığın mevzuatta bulunmadığını belirten Mahkeme, usul kurallarının tedbirin demokratik bir toplumda gerekli olduğu sürece uygulanacağını garanti eden bir yapıya sahip olmadığını, ilgililerin dinlemeye ilişkin bilgilere ulaşma olanağından yoksun bulunması sebebiyle iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbirine itiraz konusunda etkili bir başvuru yöntemi bulunmadığını ifade etmiştir.¹⁸³ Bu nedenle, Mahkeme, mevcut Rus mevzuatının hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kurallarına uygun olma niteliği taşımadığına, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğu sürece uygulanacağı kriterinin karşılanamadığına, bu nedenle AİHS'in 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁸⁴

¹⁷⁹ *Roman Zakharov v. Russia* (no.47143/06), 4 December 2015.

¹⁸⁰ *Roman Zakharov v. Russia*, §§ 8-11

¹⁸¹ *Roman Zakharov v. Russia*, § 296.

¹⁸² *Roman Zakharov v. Russia*, § 303.

¹⁸³ *Roman Zakharov v. Russia*, § 302.

¹⁸⁴ *Roman Zakharov v. Russia*, §§ 304-305.

AIHM iletişimin dinlenmesi tedbirinin ölçülü olup olmadığı konusunda Türkiye'ye ilişkin değerlendirmesini ise *Mustafa Sezgin Tanrikulu*¹⁸⁵ kararında yapmıştır. Karara konu olayda, Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi 6 Mayıs 2005 tarihli kararıyla, dava tarihindeki 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 2, 4, 11 ve 16. maddelerine dayanarak uluslararası bağlantıları bulunan terör şüphelilerini tespit etmek, tutuklamak, delil toplamak ve önceden istihbarat toplayarak suçu engellemek amacıyla SMS, MMS, GPRS ve faks yoluyla gerçekleşen iletişim de dahil olmak üzere yurtiçi yurt dışı tüm elektronik iletişimi izlemek ve incelemek için MİT'e yetki vermiştir. Durumun 2 Haziran 2005 tarihli Hürriyet Gazetesi'nde ortaya çıkması üzerine olay tarihinde Diyarbakır Barosu Başkanı olan Mustafa Sezgin Tanrikulu, izini talep eden ve uygulayan MİT görevlileri, izni talep eden Cumhuriyet Savcısı ve kararı veren hâkim hakkında suç işledikleri gerekçesiyle suç duyurusunda bulunmuş, suç duyurusunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiş, karara karşı yapılan itiraz Ağır Ceza Mahkemesince reddedilmiş, MİT görevlileri hakkında yargılama izni verilmemiştir. Bunun üzerine olay AIHM'e taşınmıştır.¹⁸⁶

Mustafa Sezgin Tanrikulu kararında AIHM öncelikle yukarda aktardığımız *Klass ve diğerleri*¹⁸⁷ kararına atıfta bulunarak tedbir kararının muhatabının, isim, adres, telefon numarası veya diğer bilgiler ile belirli hale getirilmesi gerektiğini, Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesinin Türkiye Cumhuriyeti'ndeki herkesin iletişiminin dinlenmesine izin verdiğini, kararda belirli bir isim, adres, telefon numarası veya diğer bir bilginin yer almadığını, bu haliyle kararın 4422 sayılı Kanunun kapsamına giren suçları işlediğinden şüphe edilen kişiler ile sınırlı olmadığını belirtmiştir.¹⁸⁸ Yine Mahkeme, 4422 sayılı Kanunun, suç işlendiğine dair kuvvetli belirtilerin veya şüphe sebeplerinin bulunması halinde iletişimin denetlenmesine izin verdiğini, ancak tedbir kararının, suç işlendiği şüphesine dair bulgulara yer vermediğini belirtmiştir.¹⁸⁹ Son olarak yukarda aktardığımız *Dragojević*¹⁹⁰ kararına atıfta bulunan AIHM, 4422 sayılı Kanunun, failerin tespitinin, gözaltına alınmasının ve delillerin toplanmasının başka koruma tedbirleriyle yürütülememesi halinde, dinleme tedbirine karar verilebileceğini öngördüğünü, somut olayda tedbir kararını veren mahkemenin soruşturmanın amacının temel hak ve özgürlüklere daha az müdahale içeren diğer bir yöntem veya tedbirle neden gerçekleştirilemeyeceğine dair bir açıklama getirmediğini belirtmiştir.¹⁹¹ Bu nedenle verilen tedbir kararının hukuka uygunluk kıstasını karşılamadığına ve AIHS'in 8.maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁹²

¹⁸⁵ *Mustafa Sezgin Tanrikulu v. Turkey* (no. 27473/06), 18 July 2017.

¹⁸⁶ *Mustafa Sezgin Tanrikulu v. Turkey*, §§ 5-13.

¹⁸⁷ *Klass and Others v. Germany*, § 51, *Mustafa Sezgin Tanrikulu v. Turkey*, § 56.

¹⁸⁸ *Mustafa Sezgin Tanrikulu v. Turkey*, § 57.

¹⁸⁹ *Mustafa Sezgin Tanrikulu v. Turkey*, § 58.

¹⁹⁰ *Dragojević v. Croatia*, § 95.

¹⁹¹ *Mustafa Sezgin Tanrikulu v. Turkey*, § 59.

¹⁹² *Mustafa Sezgin Tanrikulu v. Turkey*, §§ 64-65.

Buraya kadar aktardığımız AIHM kararlarının genel bir değerlendirmesini yapmak gerekirse, AIHM'in iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında AIHS'e taraf devletlere yönelik tavsiyelerinin özetini yukarda aktardığımız *R.E*¹⁹³ kararında ve istihbarat amaçlı iletişimin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin olarak İsveç'e karşı verilen ve bu makale kapsamında incelemediğimiz *Centrum för Rättvisa*¹⁹⁴ kararında bulmak mümkündür. Buna göre, tedbire ilişkin kanuni düzenlemenin, tedbirin, hangi şart ve koşullarda uygulanabileceğinin vatandaşlar tarafından önceden öngörülmesine imkân verecek açıklıkta olmasının yanında, tedbire maruz kalabilecek kişiler ve tedbir kapsamında kalan suçlar, tedbirin azami süresi, tedbirin hangi şart ve koşullarda yenileneceği bunun azami süresi ve sayısı, tedbire hangi hallerde son verileceği, tedbir sonucu elde edilen verilerin nasıl kayıt altına alınıp inceleneceği, tedbire son verilmesinin ardından tedbir kapsamında elde edilen kayıt ve verilerin nasıl saklanacağı, tedbirin yerine getirilmesi sırasında elde edilen bilgilerin kötüye kullanılmasının önlenmesi için hangi önlemlerin alınabileceği, tedbire son verilmesinin ardından elde edilen veri ve kayıtların hangi hallerde yok edileceği, tedbir kararının nasıl ve ne şekilde kayıt ve muhafaza altında tutulacağı, kanunla açık bir şekilde düzenlenmelidir.¹⁹⁵ Kanunda yer almayıp idari makamların takdirine bırakılan düzenlemelerin sınırları konusunda makul sayılabilecek bir açıklık olmalıdır.

Bunun yanında tedbir kararını uygulayan görevliler ile tedbir kararının verilmesini isteyen kişi ve kurumların yaptığı iş ve işlemlerin hukuka uygunluğu Parlamento tarafından atanan Ombudsmanlar gibi bağımsız bir denetim mekanizmasıyla denetlenmelidir. Tedbire ilişkin tüm mevzuat nitelik olarak hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti kurallarına uygun olmalı, tedbir demokratik bir toplumda gerekli olduğu sürece uygulanmalı, tedbirin içeriği ve uygulanması tedbirle elde edilmek istenen amaçla orantılı olmalıdır.¹⁹⁶

SONUÇ

Gerek CMK'nın gerekse ilgili diğer Yönetmelik hükümlerinin AIHM kararlarıyla tutarlılığı incelenirken, öncelikle AIHM' in tedbire ilişkin kanuni düzenlemenin vatandaşların tedbirin hangi şart ve koşullarda uygulanabileceğini önceden öngörmesini sağlayacak bir açıklık derecesine sahip olması, kanunda yer almayıp idari makamların takdirine bırakılan düzenlemelerin sınırları konusunda ise makul sayılabilecek bir açıklık olması gerektiği değerlendirilmesi akılda tutulmalıdır.

¹⁹³ *R.E. v. The United Kingdom*.

¹⁹⁴ *Centrum för Rättvisa v. Sweden*, (no. 35252/08), 25 May 2021.

¹⁹⁵ *R.E. v. The United Kingdom*, § 125.

¹⁹⁶ *Centrum för Rättvisa v. Sweden*, §§ 180-181.

Ancak tedbirlerin içeriğini açıklamak üzere çıkarılan ve 14.02.2007 tarih ve 26434 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelik¹⁹⁷ Danıştay 10. Dava Dairesi'nin kararıyla iptal edilmiştir. Halihazırda yürürlükte bulunan, "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve Esaslar İle [Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının]¹⁹⁸ Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik" hükümleri ise AİHM kararlarında belirtilen şekliyle, idari makamların takdirine bırakılan düzenlemelerin sınırları konusunda makul sayılabilecek bir açıklık içermemektedir. Örneğin Yönetmeliğin 5. maddesi Terörle Mücadele Kanunu kapsamında yapılacak iş ve işlemler ile yetkilendirilen mahkemelerin görev ve yetkilerine dair düzenleme içeren ve artık mülga sayılması gereken ve şu an "Seri Muhakeme Usulü" başlığını taşıyan 250. maddeye atıf yapmaktadır. Yine Yönetmeliğin "İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınması" tedbirinin sınırlarını belirleyen 13. maddesinde sayılan suçlar ile CMK'nın 135/8 maddesinde sayılan katalog suçlar birbiriyle örtüşmemektedir. Söz konusu Yönetmelik maddesinin en son 2009 yılında güncellendiği ve bu nedenle örneğin, CMK'nın 135/8 maddesinde katalog suç olarak sayılan nitelikli hırsızlık (madde 142), yağma (madde, 148, 149) ve nitelikli dolandırıcılık (madde 158) suçunun Yönetmeliğin 13. maddesinde yer almadığı görülmektedir.

Bununla beraber, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak verilen tedbir kararının süresi ve bunun uzatılması ile ilgili olarak Yönetmeliğin 12. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan hükmün, CMK'nın 135/4 maddesinde yer alan süre uzatımına ilişkin maddeyle tamamıyla zıt olduğu, farklı terimler içerdiği, süre uzatımının sayısı ve süresi konusunda azami bir sınır öngörmediği görülmektedir. Mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri yine CMK'nın 135/5 maddesi gereğince en çok 2 ay için yapılabilecek iken bu süre Yönetmeliğin 12. maddesinin beşinci fıkrasında 3 ay olarak belirtilmektedir. Tedbirin azami süresi konusunda tedbir kararını veren hâkimi sınırlayıcı bir hükmün mevzuatta bulunmamasını AİHM yukarıda aktarılan *Kruslin*¹⁹⁹ kararında sözleşmeye aykırı bulmuştur. Gerek CMK'nın 135/3 maddesine gerekse Yönetmeliğin 12. maddesinin ikinci fıkrasına göre, şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz ama dinlenebilir. Yukarıda açıklandığı üzere, bu hükümler, tanıklıktan çekinme hakkı bulunan ve yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya zorlanamayacak bir kimsenin, bu haklarını dinlemeye devam ederek işlevsiz kılmaktadır. Böyle bir düzenlemenin kanunda yer almasının mantıklı bir açıklaması bulunmamaktadır.

Gerek Yönetmeliğin 12. maddesinin son fıkrası gerekse CMK'nın 135. maddesinin yedinci fıkrası, iletişimin denetlenmesi kapsamına giren tüm

¹⁹⁷ Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik.

¹⁹⁸ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığı.

¹⁹⁹ *Kruslin v. France*, § 35

tedbirlerin ve bu tedbirlere ilişkin yapılacak işlemlerin gizli tutulacağını belirtmekte ise de idarenin takdirine bırakılan bu hususun kötüye kullanmalara karşı nasıl bir koruma sistemi öngördüğü Yönetmeliğin 12. ve 14. maddelerinden anlaşılamamaktadır. Uygulamanın düzenleyici kontrol mekanizmasına sahip olmaması, AİHM'e göre Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiği²⁰⁰ anlamına gelmekte olup kanunda yer almayıp idari makamların takdirine bırakılan düzenlemelerin sınırları konusunda makul sayılabilecek bir açıklık olmadığından, bu tür başvuruların da *Malone*²⁰¹ kararı gereği ihlal kararıyla sonuçlanması olasıdır.

Mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinde, yeri tespit edilmeye çalışılan mobil telefon aracılığıyla şüpheli veya sanığa ulaşılmaya çalışıldığından, orantılılık ilkesi gereğince herhangi bir kimsenin değil, şüpheli veya sanıkla irtibatı ortaya konabilen kişilerin mobil telefonunun yerinin tespitine imkân kılacak, alakasız üçüncü kişilerin ise tedbire mazur kalması ihtimalini önleyecek bir ifadenin Kanunda yer alması gerekir. Aynı sebeplerle şüpheli veya sanık tarafından tesadüf eseri aranan ve bu nedenle iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbirine tesadüfen takılan kişilere ait konuşmaların akıbeti de Kanunda detaylı olarak düzenlenmelidir. Aksi bir durumda *Amann*²⁰² kararında belirtilen gerekçelerle ihlal kararı verilmesi mümkündür.

Özellikle, iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması sırasında tesadüfen elde edilen delilin, katalog olarak sayılan suçlardan birine ilişkin olup olmadığı değerlendirmesinin Cumhuriyet savcısı yerine kolluk görevlisi tarafından yapılmasına ilişkin düzenleme, idari makamlara dinlemeye devam etme yönünde imkan verdiğinden, *Malone*²⁰³ *Halford*²⁰⁴ ve *Khan*²⁰⁵ kararlarında açıklandığı üzere, dinlemenin bir mahkeme kararına dayanmadığı, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti kurallarına uyulmadığı gerekçesiyle ihlal kararı verilmesine neden olabilecektir.

Yine CMK'nın 136. maddesine göre “Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135. madde hükmü uygulanamaz.” Bu hüküm avukat/müvekkil ile müdafî/şüpheli-sanık arasında gerçekleşebilecek görüşmeleri iletişimin yapıldığı yere bakarak sınırlı olarak avukat-müvekkil ilişkisi mahremiyeti kapsamında değerlendirmekte, mobil telefon üzerinden gerçekleşen iletişimin denetlenmesi ise her zaman mümkün bulunmaktadır. Oysa avukatların hukuki danışmanlık yapmak veya tavsiye vermek amacıyla müvekkilleriyle yaptıkları görüşmenin, görüşmenin yapıldığı aracın türünden ve görüşme mekânından bağımsız olarak herhangi bir şekilde kaydedilmesi, AİHM tarafından *R.E* kararında da belirtildiği üzere, bir

²⁰⁰ *Kruslin v. France*, § 35.

²⁰¹ *Malone v. The United Kingdom*, §§ 79-80, 87. Ayrıca bkz. *R.E. v. The United Kingdom*, § 125; *Centrum för Rättvisa v. Sweden*, §§ 180-181.

²⁰² *Amann v. Switzerland*, §§ 61-62.

²⁰³ *Malone v. The United Kingdom*, § 67.

²⁰⁴ *Halford v. The United Kingdom*, § 49.

²⁰⁵ *Khan v. The United Kingdom*, (no. 35394/97), § 26.

kimsenin özel hayatına ve haberleşme hakkına yapılmış oldukça ileri boyutta bir müdahale olacak ve ihlale sebebiyet verecektir.²⁰⁶ Yine avukat-müvekkil ilişkisini bu tür bir mekânsal sınırlamaya tabi tutup diğer durumları muğlak veya kapsam dışı bırakmak, *Kopp* kararında açıklandığı üzere, avukat-müvekkil ilişkisinin kapsamını daraltıp belirsiz hale getirecektir. Bu durumda, avukat/müvekkil, müdafî/şüpheli-sanık ilişkisi kapsamında daha fazla koruma sağlanması ve mahrem kalması gereken görüşmelere gerekli koruma sağlanamadığından, iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali ile sonuçlanabilecektir.²⁰⁷ Bu nedenle, müdafinin kendisinin de aynı veya bağlantılı başka bir soruşturma ya da kovuşturmada sanık veya şüpheli olmadığı sürece hiçbir şekilde dinlenemeyeceğine ilişkin bir hükmün CMK'nın 136. maddesine eklenmesi gerekir.

Nihayetinde *Centrum för Rättvisa* kararında da tartışıldığı üzere, tedbir kararını uygulayan görevliler ile tedbir kararının verilmesini isteyen kişi ve kurumların yaptığı iş ve işlemlerin hukuka uygunluğu Parlamento tarafından atanan Ombudsmanlar gibi bağımsız bir denetim mekanizması tarafından denetlenebilmelidir.²⁰⁸ Ancak Yönetmeliğin denetlemeye ilişkin 24. maddesi, Emniyet Genel Müdürlüğü'nün, Jandarma Genel Komutanlığı'nın, Milli İstihbarat Teşkilatının Yönetmelikte yer alan faaliyetleriyle alakalı kendi birimlerindeki işlemlerine ilişkin denetimin, her birimin kendi personeli ve denetim elemanlarınca yapılacağını belirtmektedir. Bununla beraber, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına yönelik iş ve işlemleri tek bir merkezden yürütmek için kurulan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığı'nda çalışan, iletişim başuzmanı, iletişim uzmanı, teknik uzman, idarî uzman, iletişim, teknik ve idarî uzman yardımcılarında oluşan meslek personelinin ve diğer personelin denetimine ilişkin bir hüküm ise Yönetmelikte yer almamaktadır. Dolayısıyla, tedbire ilişkin şikayet ve başvuruları değerlendirmek üzere Kanunla kurulmuş bağımsız bir denetim mekanizmasının bulunmaması, sistemin tarafsız ve bağımsızlığına ister istemez gölge düşürecektir. *Centrum för Rättvisa* kararında da ayrıntılı olarak tartışıldığı üzere, her birimin kendi elemanını denetlemesi ihmal, kötüye kullanma iddialarının gereği gibi araştırılmasına engel olacak, eleştiriden ve hatalı işlemin sonuçlarından kaçınmak isteyen her birim objektif davranamayacaktır. Bu durumda ise iletişimin denetlenmesi tedbiri konusunda etkili ve bağımsız bir denetim mekanizmasının bulunmadığı gerekçesiyle Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiği kararı verilebilecektir.²⁰⁹

²⁰⁶ *R.E. v. The United Kingdom*, § 131.

²⁰⁷ *Kopp v. Switzerland*, §§ 73, 75.

²⁰⁸ *Centrum för Rättvisa v. Sweden*, §§ 180-181.

²⁰⁹ *Centrum för Rättvisa v. Sweden*, § 359.

KAYNAKÇA

Başbüyük İ, “İletişim Sırasında Elde Edilen Gizli Ses Kayıtlarının Ceza Muhakemesinde Delil Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu”, C.19, S.1, 2017, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.161-204.

Canoglu V C, Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Koruma Tedbirleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

Centel N, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C. I, 2010, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.161-192.

Centel N / Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Bası. Beta, İstanbul, 2022.

Gökçen A / Balcı M / Alşahin M E vd., Ceza Muhakemesi Hukuku -II, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Gürkan M F, “Düzenleyici Ve Denetleyici Kurum Olarak Bilgi Teknolojileri Ve İletişim Kurumu (Btk)”, C. 4, S.2, 2013, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.333-356.

Heper Y, “Telefon Dinleme Mevzuatımız Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Uygun mu?”, 8 (1), 2011, Cankaya University Journal of Law, ss. 51-76.

İnceoğlu A A, “Türk Hukukunda Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Uğur Alacakaptan’a Armağan”, C1. 2008, Legal kitabevi, ss. 103-126.

Karakaya M S, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri Esnasında Elde Edilen Tesadüfi Deliller”, C.21, Özel S., 2019, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, ss. 1491-1525.

Karakehya H, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Nisan kitabevi, Eskişehir, 2023.

Kaymaz S, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2011.

Koçer S, “İletişimin Denetlenmesi Tedbirinde Tesadüfen Elde Edilen Deliller”, S.65, 2020, Adalet Dergisi, ss.441-462.

Meran N, İletişim Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Takibin Hukuki Boyutu, Seçkin, Ankara, 2013.

Özbay F, “Terörle Mücadelede Devletin Gözetlemesi Karşısında Bireyin Özel Hayatının Gizliliğinin Korunması Hakkının Karşılaştırmalı Bir Değerlendirmesi (Birleşik Krallık Ve Türkiye)”, C. LXXV, S.1, 2017, İÜHFİM, ss. 115-158;

Özbek V Ö / Doğan K/ Bacaksız P, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023.

Özen M, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Öztürk B / Kazancı B E /Güleç S S, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 4. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.

Pınarbaşı M, “Türk Hukukunda Önleyici Maksatlı İletişimin Denetlenmesi Tedbirinin Değerlendirilmesi”, 3 (2), Kasım 2014, Güvenlik Bilimleri Dergisi, s.41-65.

Ritchie D, “Is it possible to define ‘privacies’ within the law? Reflections on the ‘securitisation’ debate and the interception of communications”, 23:1-2, 2009, International Review of Law, Computers & Technology, ss. 25-34.

Shields P, “The Escalation of Telecommunications Surveillance”, 14 (3), 2002, Peace Review, ss.325-330.

Şahin C, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi-Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, C. XI, S.1-2, 2007, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.1095-1112.

Şahin C / Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 11. Bası, Seçkin, Ankara, 2020.

Şen E, Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı X Muhbir, 5 Bası, Ankara 2011.

Şenol C, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Müdafinin İletişiminin Denetlenmesi”, C.19, S.2, 2013, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss.1667-1692.

Taşkın M, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, 3 Baskı, Seçkin, Ankara, 2011.

Ünver Y / Hakeri H, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Yavuz H A, “Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, S. 60, 2005, TBB Dergisi, ss.235-262.

Yenisey F / Nuhoglu A, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023.

Yokuş Sevük H, “Postada El Koyma Ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, S. 69, 2007, TBB Dergisi, ss.97-124.

İncelenen AİHM Kararları

Amann v. Switzerland (no. 27798/95), 16 February 2000.

Centrum för Rättvisa v. Sweden (no. 35252/08), 25 May 2021.

Dragojević v. Croatia (no.68955/11), 15 January 2015.

Halford v. the United Kingdom (no.20605/92), 25 June 1997.

Huvig v. France (no.11105/84), 24 April 1990.

Kennedy v. The United Kingdom (no.26839/05), 18 May 2010.

Khan v. The United Kingdom (no. 35394/97), 12 May 2000.

Klass and Others v. Germany (no.5029/71), 6 September 1978.

Kopp v. Switzerland (no.23224/94), (13/1997/797/1000), 25 March 1998.

Kruslin v. France (no.11801/85), 24 April 1990.

Malone v. The United Kingdom (no. 8691/79), 2 August 1984.

Mustafa Sezgin Tanrıkulu v. Turkey (no. 27473/06), 18 July 2017.

R.E. v. The United Kingdom (no. 62498/11), 27 October 2015.

Roman Zakharov v. Russia (no.47143/06), 4 December 2015.

Taylor-Sabori v. The United Kingdom (no. 47114/99), 22 October 2002.

Wisse v. France (no. 71611/01), 20 December 2005.