

TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ -YARGITAY KARARLARI ÇERÇEVESİNDE BİR DEĞERLENDİRME-¹

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN*

ÖZET

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim, istihbarat veya suçun önlenmesi amacıyla denetlenebileceği gibi, işlenmiş olan suçların soruşturma ve kovuşturmasında delil elde etmek amacıyla da denetlenebilir. Suçların aydınlatılması amacıyla, suç soruşturma ve kovuşturması çerçevesinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi CMK'nın 135. maddesinde düzenlenmiş ve sıkı koşullara tabi tutulmuştur. Hiç kimse, bir suç soruşturması ve kovuşturması sürecinde, 135. maddede belirlenen esas ve usuller dışında, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz. Önleme ve istihbarat amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin düzenlemeler ise, ilgili kanunlarında yer almakta olup; önleme amacıyla yapılan denetleme sonucu elde edilmiş bulunan iletişim içerikleri, bir suç soruşturması ve kovuşturmasında kullanılamaz. Makalede CMK'nın 135. maddesi, uygulamada ortaya çıkan ve yargı kararlarına konu olan sorunlar bağlamında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Telekomünikasyon, İletişim, Denetleme Delil, Önleme, İstihbarat, Soruşturma, Kovuşturma, Ceza Muhakemesi Kanunu.

ABSTRACT

Communication by telecommunication is also able to audit to collect evidences at the inspection and prosecution of committed crime as in intelligence or preventing crimes. The Audit of Communication by telecommunication has existed at the Code of Criminal Procedure in section 135. and has been related hard conditions. Nobody listen and record another person's communication by telecommunication without conditions in section 135, at the process of inspection and prosecution. The arrangements of communication by telecommunication which has goal preventing crimes and intelligence has existed other related codes; Communication's includes

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ Bu çalışma, 9-10 Ekim 2008 tarihlerinde Yargıtay tarafından Ankara'da düzenlenmiş bulunan "Bilişim Hukuku Semineri/Sempozyumu"nda sunulan tebliğin gözden geçirilmiş ve geliştirilmiş şeklidir.

which has executed the aim of preventing and has been collected from the conclusion of audit has no use the crime of inspection and prosecution. In Article, Code of Criminal Procedure in section 135. has been evaluated in the problems that has occurred in practice and has been subjected jurisdiction's sentence

Keywords

Telecommunication, Communication, Inspection, Evidence, Preventing, Investigation, Prosecution, Code of Criminal Law.

I. GİRİŞ

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim, istihbarat amacıyla, suçun önlenmesi amacıyla denetlenebileceği gibi, işlenmiş olan suçların soruşturma ve kovuşturmasında delil elde etmek amacıyla da denetlenebilir.

CMK'nın 135 ve devamı maddelerinde, suçların aydınlatılması amacıyla, suç soruşturma ve kovuşturması çerçevesinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi düzenlenmiştir. Buna karşılık, önleme ve istihbarat amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin düzenlemeler ilgili kanunlarında yer almaktadır².

Önleme amacıyla iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen kayıtların ancak kendi kanunlarında belirtilen amaçlar için, yani suçun önlenmesi amacıyla kullanılabilmesi kabul edilmiştir. Böylece, önleme amacıyla yapılan denetleme sonucu elde edilmiş bulunan iletişim içerikleri, bir suç soruşturması ve kovuşturmasında kullanılamayacaktır. Çünkü, CMK kapsamında iletişimin denetlenmesi sıkı şartlara bağlı olduğu halde, önleme amacıyla yapılan iletişimin denetlenmesinde aynı sıkı şartlar aranmamaktadır. Bu nedenle, önleme amacıyla yapılan iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen kayıtların ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmasının kabul edilmesi halinde, daha sıkı şartlar arayan CMK hükümlerine başvurmaksızın, önleme amaçlı yapılan denetleme sonucu elde edilen iletişim içeriklerinin kullanılması ile yetinilmek gibi bir uygulama ortaya çıkabilirdi.

CMK'nın soruşturma ve delil elde etme yöntemleri, insan haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğe ulaşmayı büyük ölçüde mümkün kılacak düzenlemeler içermektedir. Böylece, kötü muamele, işkence gibi ağır insan hakları ihlallerine yönelmeden bir muhakeme yapılması amaçlanmıştır.

Haberleşme özgürlüğüne müdahale sonucunu doğuran ve niteliği itibarıyla gizlilik arzeden telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, Kanunda ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş ve sıkı şartlara bağlanmıştır. Buna rağmen uygulamada, söz konusu şartlar sıklıkla göz ardı edilmekte, soruşturmanın ilk, hatta neredeyse tek delil elde etme yöntemi olarak bu yola başvurulmaktadır. Böylece, adeta tembel bir soruşturma örneği sergilenmektedir.

135. maddede telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesinin esas ve usulleri ayrıntılı olarak belirlenmiş ve bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında,

² 3.7.2005 tarihli ve 5397 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" (RG. 23.7.2005/25884) ile, üç ayrı Kanuna önleme amaçlı iletişimin denetlenmesiyle ilgili hükümler eklenmiştir. Bu konuda düzenleme yapılan Kanunlar; 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu (ek 7. madde), 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu (ek madde 5) ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunudur (m. 6).

hiç kimsenin, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemeyeceği ve kayda alamayacağı hükmüne yer verilmiştir (m. 135/7). Telekomünikasyon yoluyla iletişimin önleme ve istihbari amaçlı olarak denetlenebileceği ayrıca kanunla düzenlendiğine göre, bu hükmü, ceza muhakemesi ile sınırlı kabul etmek gerekir. Buna göre, hiç kimse, bir suç soruşturması ve kovuşturması sürecinde, 135. maddede belirlenen esas ve usuller dışında, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemeyecek ve kayda alamayacaktır. Aksi takdirde, bu yolla elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır. Bu hükümle aslında, bir delil elde etme ve değerlendirme yasağı getirilmiş bulunmaktadır.

II. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ YÖNTEMLERİ

Telekomünikasyon, her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını ifade etmektedir³. İletişimin denetlenmesi, kişiler arasında cereyan eden telefon konuşmalarının dinlenmesi veya sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri veya diğer nitelikteki bilgileri kablo, radyo veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alan ve ileten araçlara girilerek bilgi elde edilmesi ve bu bilgilerin değerlendirilmesini içermektedir.

Kanunda, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi türleri olarak; iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ile sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine yer verilmiştir (m. 135/1). Ayrıca, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin bir diğer çeşidi olarak, mobil telefonun yerini tespit amacıyla denetlemeye alınması (m. 135/4) zikredilebilir.

Mobil telefonun yerinin tespiti işlemi, ayrı bir iletişimin denetlenmesi yöntemidir. Başka bir ifadeyle, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ile iletişimin tespiti tedbirlerinin birlikte uygulanması söz konusudur. Kanımızca, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesiyle ilişkili olsa da, mobil telefonun denetlemeye alınması, katalog suçlarla sınırlı olarak uygulanmamalıdır. Böyle bir uygulama, hükmün değiştiriliş amacı ile uyumlu olmaz. Bu nedenle, mobil telefonun yerinin tespiti söz konusu olduğunda, ne suçlar bakımından ne de telefonun kullanıcısı bakımından bir sınırlama olmamalıdır.

³ Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik, (RG, 10.11.2005/25989), m. 3.

Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi

İletişimin tespiti, belli bir telefon numarasından kimlerin ne zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının tespitine yöneliktir. İletişimin tespiti; iletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemlerden oluşmaktadır⁴.

İletişimin dinlenmesi, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan konuşmalar açısından geçerlidir.

İletişimin kayda alınması, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan konuşmalardaki ses veya görüntüler açısından söz konusu olduğu gibi, elektronik posta yoluyla yapılan iletişimin içeriği hakkında da uygulanabilir.

İletişimin dinlenmesi ceza muhakemesi açısından tek başına bir değer ifade etmez. Dinleme sonucu elde edilen bilgilerin delil değeri taşıyabilmesi için kayda alınması zorunludur. Bu nedenle, iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması, telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmalar ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri ifade etmektedir⁵.

Sinyal bilgisi ise, bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi ifade etmektedir⁶.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi işlemlerini, iletişim seçeneklerinden biri ve en önemlisi olan telefon görüşmeleri bakımından şu şekilde açıklamak mümkündür:

Telefon görüşmeleri, içerik bilgisi ve faturalandırma bilgisi olmak üzere iki temel unsurdan oluşmaktadır. Bunlardan birincisi olan içerik bilgisi, iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması işleminin konusunu oluşturmaktadır.

İkinci temel unsur olan faturalandırma bilgisi ise, sunulan iletişim hizmeti

⁴ Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik, (RG, 10.11.2005/25989), m. 3.

⁵ Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik, (RG, 10.11.2005/25989), m. 3.

⁶ Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik, (RG, 10.11.2005/25989), m. 3.

karşılığında alınacak ücrete temel teşkil edecek bilgileri kapsamaktadır. GSM firmalarının ülke çapında kurmuş oldukları baz istasyonları belirli bir kapsama alanı oluşturmaktadır. Kişilerin iletişim hizmeti alabilmesi için bu kapsama alanı içinde bulunması gerekmektedir. Bu kapsama alanı içinde olan telefonlar baz istasyonlarıyla sinyal alış-verişi yaparak haberleşmekte, bu haberleşme ise telefonun düzenli aralıklarla göndermiş olduğu sinyale, baz istasyonunun vermiş olduğu cevapla sağlanmaktadır. Bu sinyal bilgileri kişinin telefon numarasını, telefonun seri numarasını, görüşmenin olduğu yer bilgisini, aranan kişilerle ilgili bilgileri kapsamaktadır. Bu işlemler sırasında iki eylem gerçekleşmektedir:

- a) İletişimin içeriğinin (ses, mesaj, veri v.b.) karşı tarafa alıcı cihaz aracılığı ile aktarılması ve bunların faturalara yansıtılması. Örneğin ... saniye ses, ... adet SMS, ... kilobayt dosya gibi.
- b) Bu aktarımı sağlayan cihazların birbirini bulmasını, anlaşmasını ve bir birinden ayrılmasını sağlayan sinyallerin yazılım ve mekanik sistemler yardımıyla gerçekleşmesi.

İletişimin tespiti; bu verilerin herhangi bir işleme tabi tutulmadan kayıt altına alınarak muhafaza edilmesi ve ilgililere aktarılmasını ifade etmektedir. Örneğin bir suç soruşturmasında firmadan fatura dökümünün alınarak işlem yapılması gibi.

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinde ise; bu verilerden fatura, yazılım ve mekanik bilgilerin bir sanal havuza alınarak ikinci bir işlemde geçirildikten sonra farklı bir amaç için değerlendirilmesi ve işlenmesi söz konusudur. Bu işlem, haberleşme içeriğine müdahale olmadan yapılmaktadır.

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemi şu şekilde gerçekleşmektedir: Bu sinyallerin oluşturduğu bilgiler firmalar tarafından muhafaza edilerek, fatura bilgisine çevrilmektedir. Bu işlem gerçekleşirken, müşterilerin bilgisi olmaksızın firma çalışanlarınca dahi bu bilgiler görülebilmektedir. Oluşan bu fatura bilgilerini, hakim veya Cumhuriyet savcısı kararlarıyla alan kolluk, bir program aracılığıyla, şüpheli veya sanığı tespit için yararlanılabilecek hale getirmektedir. Kişiler arasındaki iletişim trafiği, görüşmenin içeriğine başvurulmaksızın izlenmektedir. Telefon detay kayıtları, -fatura bilgileri esas olmak üzere- arayan, aranan, kullanılan makine ve yer bilgilerini kapsamaktadır. Bu kayıtlar konuşma mesaj ve ses bilgilerinin dışında kalan bilgileri içermektedir. Sinyal bilgileri ile şüpheli veya sanık takip edilerek aynı güzergahtan aynı zaman dilimi içerisinde geçmiş olan kişilerin geriye dönük olarak yapılan incelemesi ile bazı bilgilere ulaşılmaya çalışılmaktadır.

III. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRLERİNİN MUHATABI- CMK m. 135 ile m. 160 ve 161 İlişkisi-

Telekomünikasyon yoluyla iletişimi denetlenebilecek olan kişiler şüpheli veya sanıklardır. Şüpheli veya sanık dışındaki kişilere yönelik olarak böyle bir karar verilemez. Şüpheli veya sanığın iletişimin denetlenebilmesi için, iletişim aracının şüpheli veya sanığın adına kayıtlı olması şart değildir. Şüpheli veya sanığın fiilen kullandığı bütün iletişim araçları denetlenebilir.

Şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin iletişimi de dolaylı olarak denetlenebilmektedir. Çünkü şüpheli veya sanık üçüncü kişilerle konuşmakta veya yazışmaktadır. Nitekim Kanun, şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişiminin kayda alınmayacağını öngörmekle (m. 135/2), şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecekler dışında kalan üçüncü kişilerle iletişiminin denetlenebileceğini de kabul etmiş bulunmaktadır.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimi denetlenebilecek olan kişilerin kural olarak ancak şüpheli veya sanıklar olabileceği kuralının bir istisnası, mobil telefonlarla sınırlı olarak kabul edilmiştir (m. 135/4). Böylece, yerini tespit amacıyla mobil telefonun denetlemeye alınması özel olarak düzenlenmiştir. Mobil telefonun yerinin tespitinin amacı ise şüpheli veya sanığı yakalayabilmektir. Dikkat edilmelidir ki, burada izlemeye alınan mobil telefonun şüpheli veya sanığa ait olması şart değildir. Üçüncü kişilere, örneğin mağdura ait mobil telefon izlemeye alınmak suretiyle şüpheli veya sanığın bulunduğu yere ulaşılmak istenmektedir⁷.

Yargıtay, çeşitli kararlarında, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi yöntemine ancak şüpheli veya sanık⁸ için başvurulabileceğini belirtmek suretiyle bu hususu vurgulamaktadır. Ancak bazı kararlarında, Yüksek Mahkeme, CMK m. 135/4'deki farklılığı göz ardı eden değerlendirmelerde bulunmaktadır:

4. Ceza Dairesinin incelemesine konu olan bir olayda; yakınan, kendisine karşı gerçekleştirilen *telefonla tehdit ve hakaret suçlarının faillerinin belirlenebilmesi için,*

⁷ Nitekim 135. maddenin dördüncü fıkrası bu nedenle 25.5.2005 tarihli ve 5353 sayılı Kanunla (m. 17) değiştirilmiş olup, değişiklik gerekçesinde şu ifadeler yer almaktadır: “Dördüncü fıkradaki “kullanmakta olduğu” ve “kullanılan” ibareleri metinden çıkarılmış, böylece şüpheli veya sanığa ulaşılabilmesini sağlayabilecek olan diğer kişilerin mobil telefonunun yerinin tespiti imkanı getirilmiştir”.

⁸ Burada kastedilen şüpheli veya sanık, CMK m. 2 anlamında şüpheli veya sanıktır. Dolayısıyla, ortada teknik anlamda bir “suç” soruşturması veya kovuşturması bulunmalıdır. Başka bir ifadeyle, teknik anlamda suç soruşturması-kovuşturması dışında kalan hallerde, örneğin idari soruşturmalar gibi, soruşturmacıya C. Savcısı yetkilerinin tanıdığı hallerde dahi, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi işlemlerine başvurmak mümkün değildir (Bkz. 4. CD, E. 2007/8700, K. 2007/8903, T. 6.11.2007).

ev ve cep telefonuyla belirli tarihlerde yaptığı görüşme kayıtlarının incelenmesini ve telefonun dinlenmesini istemiştir. Cumhuriyet savcısının ilgili telekomünikasyon kurumundan tespit yapılmasına ilişkin talebinin yerine getirilmemesi üzerine, Cumhuriyet savcısı, CMK m. 135 uyarınca bir karar verilmesi için sulh ceza hakimine başvurmuş, ancak hakim, soruşturulan suçun 135/6. maddedeki katalog suçlar arasında yer almadığı gerekçesiyle Cumhuriyet savcısının talebini reddetmiştir.

Daireye göre,

“sulh ceza hakiminin verdiği kararın gerekçesi doğru olmamakla birlikte, ulaşılan sonuç isabetlidir. Çünkü iletişimin tespiti tedbiri, 135/6. maddedeki sınırlamaya tabi olmaksızın tüm suçlar açısından uygulanabilir. Ancak bu tedbire sadece şüpheli veya sanık için başvurulabilir. Yakınanın veya suçtan zarar görenin iletişiminin tespitini, kimliği, belirtilen yöntem sonucu belirlenebilecek şüpheli veya sanık için aleyhe kanıt oluşturacak sonuca ulaşılsa bile, 135. madde kapsamında değil, Cumhuriyet savcısının 160 ve 161. maddelerde yer alan genel soruşturma ve kanıt toplama yetkisi çerçevesinde değerlendirmek isabetli olacaktır. İtirazı inceleyen merciin verdiği ret kararı da, sonuç itibarıyla doğru olduğundan, hukuka uygundur”.
(4. CD, E. 2006/4669, K. 2006/17007, T. 29.11.2006).

Yukarıda zikredilen 4. CD kararının değerlendirilmesinden şu sonuçlara ulaşmak mümkündür:

-Her şeyden önce, Cumhuriyet savcısının talebini reddeden sulh ceza hakiminin gerekçesi tamamen hatalı değildir. Çünkü, karardan anlaşılabilirdiği kadarıyla, sadece iletişimin tespiti değil, aynı zamanda iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması konusunda da bir talepte bulunulmuştur. İletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasının ise, katalog suçlarla sınırlı olduğunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

-Dairenin gerekçesinin de kısmen isabetli olmadığı düşüncesindeyiz. İletişimin denetlenmesi işlemlerine kural olarak şüpheli veya sanık hakkında başvurulabileceği doğru olmakla birlikte, bu mutlak, istisnasız bir kural değildir. Dairenin yorumu, CMK m. 135/4'ü sınırlandıran, hatta gereksiz kılan bir yorumdur. İletişimin tespitinin özel bir şekli olan m. 135/4, aynı zamanda şüpheli veya sanık dışındaki kişilerden, özellikle mağdurdan hareketle de şüpheli veya sanığa ulaşılabilmesini öngörmektedir. Sırf bu nedenle 5353 sayılı Kanunla ilgili fıkra değiştirilmiştir. İlgili hükmü, sadece kimliği bilinen şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi amacıyla yönelik olarak anlamak da doğru değildir. Bu hüküm, kim olduğu bilinen şüpheli veya sanığın o anda fiilen nerede olduğunu tespiti imkan verdiği gibi, aynı zamanda,

kimliği henüz bilinmeyen şüpheli veya sanığın yerinin tespitine de yöneliktir. Aksine bir yorum, ilgili hükmün, şüpheli veya sanığın kimliğinin baştan beri bilindiği hallerde uygulanabilmesi, buna karşılık, kimliği henüz bilinmeyen şüpheli veya sanığa karşı bu hükmün işletilememesi gibi bir sonuca götürür ki, böyle bir yorum kabul edilemez.

-Daire, Cumhuriyet savcısının soruşturmadaki görev ve yetkilerini düzenleyen genel hükümler olan 160 ve 161. maddelerden hareketle bir çözüm önermektedir. Böyle bir öneri, temel hak ve özgürlüklerle ilgili olan ve sıkı şartlara bağlanmış bulunan özel soruşturma yöntemlerini, somut olay bağlamında 135/4. maddeyi etkisiz kılan, devre dışı bırakan bir sonuca yol açabilecek niteliktedir. Şayet aynı netice 160 ve 161. maddeler ile elde edilebilecek idiyse, 135. madde gibi özel düzenlemelere ne gerek vardı? Oysa 135. madde gibi hükümler öngörülme suretiyle, bunlar dışında kalan yöntemlerle özel hayata, haberleşme hakkına telekomünikasyon yoluyla müdahale edilemeyeceği belirtilmektedir. Başka bir deyişle, bu tür hükümlerle, temel hak ve özgürlüklere müdahalenin sınırı çizilmiş olmaktadır. Böylece, Anayasanın bir yansıması olan CMK'da, özellikle koruma tedbirleri açıkça belirtilmek suretiyle, bunların dışında kalan alanların özgürlük alanı olduğu gösterilmektedir. Bu tür düzenlemelerle, aynı zamanda, Devletin bireyin özgürlük alanına müdahalesinin de sınırı belirlenmiş olmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerle ilgili ceza muhakemesi işlemlerinin, özellikle koruma tedbirlerinin sıkı şartlara bağlanmış olmasının nedeni de budur. Yani temel hak ve özgürlüklere, ancak açıkça ve şartları kanunla belirlenmek suretiyle müdahale edilebilir. Yoksa 160 ve 161. maddelerdeki genel yetki kuralı ile, her türlü temel hak ve özgürlüğe müdahale edilebileceği sonucuna varılamaz. 160 ve 161. maddeler genel yetki kuralları olup, 135. madde gibi hükümler ise onların özel düzenlemeleridir. Temel hak ve özgürlüklere ancak kanunla müdahale edilebileceğini öngören Anayasanın 13. maddesinin kastettiği kanun (hüküm), m. 160-161 değil, m. 135 gibi hükümlerdir. Aksi mümkün olsaydı, koruma tedbirleri gibi ayrıntılı temel hak ve özgürlük kısıtlayıcı usul hükümlerine gerek kalmaz, 160 ve 161 gibi birkaç madde ile soruşturma evresi, hatta bütün bir ceza muhakemesi düzenlenebilirdi.

İletişimin tespiti uygulamasını CMK m. 135 değil de, m. 160-161 çerçevesinde değerlendiren 8. Ceza Dairesinin de benzer yönde bir kararı bulunmaktadır (8. CD, E. 2007/8616, K. 2007/8160, T. 23.11.2007).

İletişimin tespitinin, özel düzenleme olan 135. madde bağlamında değil de, genel yetki kuralları olan 160 ve 161. maddeler çerçevesinde çözüme kavuşturulmasını öngören bu karar ile ilgili olarak da, yukarıdaki değerlendirmelerimiz geçerlidir. Bu karara ilişkin olarak ayrıca aşağıdaki tespit ve değerlendirmelerde de bulunmak mümkündür.

Karara konu olan olayda, halk üzerinde baskı kurmak suretiyle zor ve tehditle senet tahsilatı yapmak, haraç toplamak, tehdit etmek ve tefecilik yapmak suretiyle örgüt kurdukları iddiasıyla, bazı şüphelilerin telefonları ile adlarına kayıtlı GSM numaralarının tespiti ve belli tarihler arasında yaptıkları görüşmelerin arayan ve aranan şeklinde ayrı ayrı sayısal olarak tespiti, Bodrum Cumhuriyet Başsavcılığınca sulh ceza hakimliğinden talep edilmiştir.

Sulh ceza hakimliği, bu tespit talebinin, CMK m. 135/1 kapsamında değerlendirilemeyeceği, tespit edilmesinden kastedilenin dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi olup, bu nedenle arayan ve aranan numaraların tespitine yönelik mahkeme kararına gerek bulunmadığı gerekçesiyle, savcılığın talebini reddetmiştir.

Sulh ceza hakimliğinin bu değerlendirmesi iki noktadan hatalıdır. İletişimin tespitinden sadece; iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin anlaşılması mümkün değildir. Üst kavram olan iletişimin “denetlenmesi” kavramı ile iletişimin denetlenmesinin bir türü olan iletişimin “tespiti” kavramının birbirine karıştırıldığı ve iletişimin tespitinin, ayrı bir iletişim denetleme şekli olarak göz ardı edildiği anlaşılmaktadır. İkinci hata ise, arayan-aranan numaraların tespitine yönelik işlemin, ki bu, iletişimin tespitidir, hakim kararına ihtiyaç olmaksızın yapılabileceği değerlendirmesidir. Sulh ceza hakimliği, bu noktada, 135/6. maddedeki istisnayı karıştırmış gözükmektedir. 135/6. madde, iletişimin tespiti bakımından sadece suçun katalogda yer alması şartına bir istisna getirmekte olup, hakim kararı şartını, iletişimin tespiti bakımından da aramak gerekmektedir. Ancak sulh ceza hakimliğinin bu yaklaşımının kendi içinde tutarlı olduğunu söylemeliyiz. Çünkü, arayan-aranan numaraların belirlenmesini yönelik işlem, iletişimin tespiti olarak kabul edilmediğinden, kararda açıkça zikredilmemiş olsa da, CMK m. 160-161 kapsamında savcılığın genel soruşturma yetkisi içinde düşünülmüştür.

Başsavcılık, dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin CMK m. 135/6’da belirtilen katalog suçlara yönelik olduğu, bunun haricindeki tespitlerin mümkün olduğundan bahisle sulh ceza hakiminin kararına itiraz etmiştir.

İtiraz mercii;

“5271 sayılı CMK’nın koruma tedbiri olarak, demokratik kurumları korumak amacı ile mutlak zorunluluk bulunması koşuluyla CMK’nın 135. maddesinde belirtilen katalog suçlara yönelik olarak iletişimin dinlenmesine ilişkin olarak yasal düzenlemenin getirildiği, bu yasal düzenlemenin, telekomünikasyon

Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi

yolu ile yapılan (iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kaydedilmesini) içerdiği, bunun dışındaki uygulamada “dış bağlantı verileri” adı verilen, konuşmanın içeriğine müdahale edilmeksizin kimler arasında ve hangi saatte yapıldığına ilişkin bilgilerin elde edilmesi ve buna ilişkin tespit talebinin, CMK’nın 135. maddesi hükümlerine tabi olmadığı, (telefonla taciz, hakaret) gibi olayların aydınlatılması amacıyla yönelik haberleşme hizmeti sunan kurum tarafından yapılan, konuşmaları ücretlendirmek amacı ile tutulan bu bilgilerden yararlanılmasına, CMK’nın 135. maddesinin engel oluşturmadığı, bu nedenle talebin bu madde kapsamında değerlendirilemeyeceği ...”

gerekçesiyle itirazı reddetmiştir.

İtiraz merciinin kararında doğrularla yanlışlar birbirine karışmıştır. Hem iletişimin tespitini telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesinin bir türü olarak kabul etmek, hem de, birtakım iletişimin tespiti işlemlerini, “dış bağlantı verileri” adı altında başka bir kategori olarak nitelemek ve bu işlemlere 135. maddenin uygulanmayacağını söylemek, tam bir çelişkidir. Dış bağlantı verileri olarak kararda sayılan işlemler, aslında, iletişimin tespitinden başka bir şey değildir.

8. Ceza Dairesine göre, Bodrum Cumhuriyet Başsavcılığı talebinin iletişimin tespitine ilişkin olduğunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır. Daire bu görüşünü desteklemek üzere TBMM Adalet Komisyonu Raporuna ve Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi ile ilgili Yönetmeliğe müracaat etmektedir. Daire, 5271 sayılı CMK’nın 135/1. maddesinde yer alan iletişimin tespitinin, TBMM Adalet Komisyonu gerekçesinde, “*belirli bir telefon numarasından kimlerin ne zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı, ... hususlarının tespitinden ibarettir*” şeklinde tanımlandığını, ilgili yönetmelikte de (m. 3/f); iletişimin tespitinin, “*iletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu, iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemler*” olarak öngörüldüğünü belirtmektedir.

Dairenin bu tespit ve değerlendirmesinin doğal sonucu, yukarıdaki işlemlerin CMK m. 135 kapsamında yapılması gerektiği şeklinde olmalı idi. Oysa Daire, isabetli olmayan bir şekilde şu sonuca varmıştır:

“Bu durumda dosya münderecatı ve yasal düzenlemeler karşısında Cumhuriyet savcısının, iletişimin tespiti uygulamasını 5271 sayılı CMK’nın 160 ve 161. maddelerinde öngörülen genel soruşturma yetkisi çerçevesinde değerlendirerek çözüme kavuşturması olanaklıdır”.

Dairenin bu kararı sonucu itibariyle isabetsizdir. Hem “dış bağlantı verileri” diye

ifade edilen işlemleri, doğru bir biçimde, “iletişimin tespiti” saymak, hem de bu belirlemeye rağmen, iletişimin tespiti uygulamasını CMK m. 160-161’de öngörülen Cumhuriyet savcısının genel soruşturma yetkisi çerçevesinde değerlendirmek, bir çelişkidir. Daire, bu yorumuyla, adeta, CMK m. 135’de yer alan dört iletişim denetleme işleminden birisi olan iletişimin denetlenmesini 135. madde kapsamında çıkarmıştır.

Aslında karara konu olan olay daha yakından incelendiğinde, Cumhuriyet savcılığı talebinde iki farklı hususun yer aldığı görülebilir:

1) Şüphelilerin adlarına kayıtlı telefonlar hangileridir? Bu talebe yönelik işlemin CMK m. 135 ile bir ilgisi bulunmamaktadır. CMK m. 160-161 burada uygulanabilir. Şüpheliler adına kayıtlı telefonların belirlenmesi işlemi de, günlük dildeki “tespit” tabiriyle ifade edildiği için, teknik bir kavram olan ve farklı bir anlam taşıyan “iletişimin tespiti” ile karıştırılmış olsa gerektir.

2) Şüpheliler adına kayıtlı telefonların numaraları belirlendikten sonra, belli tarihler arasında yapılan görüşmelerin, arayan-aranan şeklinde ayrı ayrı sayısal olarak tespiti istenmektedir. Bu husus ise “iletişimin tespiti” olup, CMK m. 135’e tabidir.

Yukarıda belirtilen iki hususu ayırmadan, birincisini öne çıkararak, her ikisini de aynı usule tabi kılmak, zaten sınırlı bir uygulama alanı olan iletişimin tespiti düzenlemesini etkisiz kılmaktadır.

IV. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KARARININ ANLAMI VE KAPSAMI

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesine ilişkin bütün işlemler bir karara dayanmak zorundadır (m. 135/1, 3, 4). Kural olarak hakim kararıyla iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi mümkündür. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da bu konuda karar vermeye yetkilidir. Cumhuriyet savcısı, kararını derhal hakim onayına sunmalı ve hakim, en geç yirmidört saat içinde kararını vermelidir. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde, tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın hakim onayına sunulmasının geciktirilmesi halinde de karar hukuka aykırı hale gelir ve bu suretle elde edilen delil kullanılamaz.

İletişimin denetlenmesi kararı ayrıntılı olmak zorundadır (m. 135/3). Kararda; yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının

Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi

türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkan veren kodu, iletişimin denetlenmesi tedbirinin türü, kapsamı ve süresi belirtilir.

İletişimin tespiti de dahil olmak üzere, her türlü iletişimin denetlenmesi işleminin mutlaka bir karara dayanması gerektiği hususu, Yargıtay içtihatlarında da açıkça ifade edilmektedir. Nitekim, 5. CD'nin bir kararına göre;

“Soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı telefonuyla yaptığı görüşmelere ilişkin detay bilgilerinin, yani telefonla yapılan bağlantıların kimlerle ve ne zaman yapıldığının belirlenmesi anlamına gelen ‘tespit’, CMK’nın 135. maddesinin 6. fıkrası kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle, hangi suça ilişkin olursa olsun, şüpheliye ait telefondan kimlerle, ne zaman görüşüldüğüne dair ‘tespit’, CMK’nın 135/1. maddesi uyarınca hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısının kararıyla mümkün olacaktır”. (5. CD, E. 2005/14969, K. 2005/20489, T. 3.10.2005).

Ceza Genel Kurulu kararlarında da benzer tespit ve değerlendirmelere yer verilmektedir:

“İncelenen dosyada ise toplam 13 adet iletişim tespit tutanağı mevcuttur. Bunlardan ... tarihinde gerçekleşen görüşmeye ilişkin tutanağın ... Hakimliğinin ... gün ve ... sayılı kararı ile yapılan dinleme işlemine esas olduğu, bu kararın yargılama sırasında getirildiği anlaşılmaktadır.

*Ancak, mahkumiyet kararında sübut kanıtı olarak benimsenen telefon görüşmesi de dahil olmak üzere diğer oniki görüşmenin dinlenilmesinin dayanağını oluşturan, iletişimin tespitinin, kim hakkında, hangi iletişim araçları bakımından ve ne süreyle gerçekleştirildiğini gösteren, dolayısıyla telefon görüşmelerine ilişkin kanıtın hukuka uygun biçimde elde edilip edilmediğinin ve kimler hakkında hangi suçlarla sınırlı olarak kanıt sayılacağına denetlenmesini sağlayacak olan ... istem yazısı ile ... **dinleme kararı** dosyaya getirilmemiş, ... duruşmada okunmamış, ulaşılan kanıtın hukukiliği Yargıtayca denetlenebilir açıklıkta olmak üzere Hüküm Mahkemesince tartışılmamış, buna mukabil mahkumiyet hükmüne dayanak alınmıştır. Bu itibarla, hükmün bu yönüyle de bozulması gerekmektedir”. (CGK, E. 2006/5.MD-127, K. 2006/180, T. 04.07.2006).*

Aynı yönde bir karar da 8. Ceza dairesi tarafından verilmiş bulunmaktadır:

“Belgelendirmenin sağlanması ve denetime olanak tanınması açısından, hükme esas alınan iletişim tespit tutanakları ile bunların dayanağı olan

mahkeme tedbir kararlarının dosyada bulundurulması zorunluluğu”na uyulmaması bozma sebebidir. (8. CD, E. 2006/9809, K. 2007/8922, T. 12.12.2207).

Bir şüpheli veya sanık hakkında alınmış bulunan iletişimin denetlenmesi kararı, sadece o kişinin iletişiminin denetlenmesine imkan verir. Bir tek karara dayanarak, olayla irtibatlı herkesin iletişiminin denetlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle, 8. CD’nin,

“Sanık Mehmet Uzun’un dinleme kararı olan telefonuna takılan sanık Mevlüt Kızılay’ın konuşmalarına ait suçun, yapılan soruşturma konusu ile aynı suç olması ve CMK’nın 135. maddesindeki katalog suçlardan olması”

dolayısıyla, aynı kararla birden fazla şüpheli veya sanığın dinlenebileceği ve bu dinleme kayıtlarına dayanarak mahkumiyet kararı verilebileceği görüşüne katılmak imkansızdır. (8. CD, E. 2008/3064, K. 2008/8855, T. 10.07.2008).

Karardan anlaşılabilirdiği kadarıyla, şüpheli veya sanık Mehmet Uzun hakkında iletişimin dinlenmesi kararı verilmiştir. Onunla konuşan Mevlüt Kızılay’ın da aynı suçun şüphelisi olduğu anlaşılmaktadır. Buraya kadar tek dinleme kararı yeterlidir. Ancak Mevlüt Kızılay’ın da şüpheli sıfatıyla soruşturulabilmesi için, diğer şartların da gerçekleşmesi kaydıyla, onun için de ayrı bir dinleme kararı alınması gerekirdi. Mevlüt Kızılay hakkında yeni bir iletişimin dinlenmesi kararı alınmaksızın, sadece Mehmet Uzun’u dinleyerek, bu dinlemeye ilişkin kayıtları Mevlüt Kızılay hakkındaki yargılamada aleyhine kullanmak mümkün değildir.

İletişimin dinlenmesi kararı, suç sayısına ve dinlenecek cihaza göre değil, şüpheli-sanık sayısına göre belirlenir. Başka bir deyişle, bir suçla ilgili olarak veya bir telefon numarasına göre alınmış bulunan bir tek dinleme kararı ile, o suçla ilişkili olan veya o telefona takılan herkesi dinlemeye devam etmek mümkün değildir. Kaldı ki, bu olayda tek suç değil, birlikte soruşturulacak ve kovuşturulacak olsa da, şüpheli-sanık sayısınca suç vardır.

Söz konusu karara kısmen karşı düşünce yazan üyelere göre;

“Hakkında iletişimin denetlenmesi kararı bulunan Mehmet Uzun’a 21.7.2006 tarihinde telefon eden sanık Mevlüt Kızılay’ın anılan tarihteki konuşmasında mahkumiyetine yeterli kanıt bulunmamaktadır. 21.7.2006 tarihindeki konuşmasının başlangıç şüphesi oluşturabilecek nitelikte görülmesi halinde ise iletişimin denetlenmesi kararı alınması gerekmekte olup, soruşturma-kovuşturma evrelerinde bu şekilde bir karar da

Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi

bulunmamaktadır. Bu nedenle 21.7.2006 tarihli konuşmasından sonra karar bulunmadığından, elde edilen kanıtların ceza yargılamasında kullanılabilirliği olanaksızdır. 21.7.2006 tarihindeki konuşma “tesadüfi deliller” kapsamında CMK’nın 138/2. maddesi uyarınca kullanılabilirse de, mahkumiyete yeterli olmadığı açıktır...”.

Kısmen karşı düşüncedeki değerlendirmelere iki noktadan katılmamaktayız. Birincisi, haberleşme özgürlüğüne ağır bir müdahale niteliğinde olan iletişimin dinlenmesi tedbirinin ikincillik niteliği, kuvvetli şüphe halinde ve başka yolla delil elde etme imkanının kalmadığı durumlarda adeta son çare olarak başvurulabilecek bir yöntem olduğu gerçeği göz ardı edilerek, başlangıç şüphesi derecesinde dahi bu tedbire başvurulabileceği izlenimi vermesidir. Katılmadığımız ikinci nokta ise, 138/2. madde bağlamında yapılan değerlendirmedir. Burada sorun, “aynı suçla ilgili” olduğu için, 138/2. madde kapsamında değil, 135/1. maddedeki “karar şartı” çerçevesinde değerlendirilmelidir. Zira **138/2. madde, “yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan” katalog suçlarda** nasıl bir yol izleneceğini göstermektedir. Oysa olayda, farklı değil, “aynı suçla ilgili” bir delil söz konusudur.

Bu değerlendirmeler karşısında; Mehmet Uzun’u dinlerken, Mevlüt Kızılay ile ilgili ilk takılma olan 21.7.2006 tarihli konuşma, onun hakkında soruşturma başlatılabilmesi için başlangıç şüphesi oluşturabilir. Şüphe kuvvetlendiğinde başka türlü de delil elde edilemiyorsa, artık onun hakkında da dinleme kararı alınabilecektir. Buna karşılık, Mevlüt Kızılay aleyhindeki delil sadece bu tarihteki konuşmadan ibaret ise, onun mahkumiyete yeterli bir delil olup olmadığı sorunu başka bir husustur.

V. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİNİN ŞARTLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, özel hayata ve haberleşme özgürlüğüne ağır bir müdahale niteliğindedir. Bu nedenle Kanunda sıkı şartlara tabi kılınmıştır. Soruşturmanın ilk işlemlerinden birisi olarak değil, adeta son çare olarak bu yola başvurulması aranmaktadır.

İstihbari amaçlarla telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi de mümkündür. Ancak orada aranan şartlar, niteliği gereği, ceza muhakemesindeki kadar sıkı değildir. Bu nedenledir ki, istihbari amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin bilgilerin, başka bir amaçla, özellikle ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmasına izin verilmemiştir (örneğin bkz. PVSK Ek Madde 7/7). Anılan hükümlerle, ceza muhakemesi bakımından bir tür delil değerlendirme yasağı getirilmiş bulunmaktadır.

Böylece, CMK m. 135 ve devamında sıkı şartlara tabi kılınmış olan hükümlerin etkisiz kılınmasının, devre dışı bırakılmasının önüne geçilmek istenmiştir.

Nitekim 9. CD, isabetli bir biçimde, ortada somut bir suç şüphesinin bulunduğu durumlarda CMK'nın dahi vermediği bir yetkiyi, önleme dinlemesi kanunlarının vermeyeceğini, bu nedenle, ülkede yaşayan herkes şüpheli görülerek, ülke genelini kapsayacak şekilde önleme dinlemesi kararı verilemeyeceğini belirtmektedir. Daireye göre, ayrıca, dinleme kararı, kararı veren merciin kendi yargı çevresi ile sınırlı olma zorundadır. (9. CD, E. 2008/874, K. 2008/7160, T. 4.6.2008).

CMK m. 135, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için; bir suç soruşturması ve kovuşturmasında, kuvvetli suç şüphesinin varlığını, başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmamasını ve iletişimin tespiti dışındaki iletişimin denetlenmesi işlemleri bakımından, katalogda yer alan bir suçun varlığını aramaktadır.

Nitekim CGK'na göre de, gerek 4422 sayılı Kanun gerekse kural olarak paralel düzenlemeler içeren CMK,

“ancak sınırlı suçlarla ilgili ve sınırlı hallerde telefon dinlenmesine olanak tanımaktadır. Bu sınırların dışına çıkılarak telefon dinlenmesi halinde, elde edilen bilgiler yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğinde olacaktır”. (CGK, E. 2006/4.MD-122, K. 2006/162, T. 13.06.2006).

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesine, fakat özellikle haberleşme hakkının içeriğine doğrudan müdahaleyi zorunlu kılan telefon dinlemeye ilişkin karar verirken, Kanundaki şartların somut durumda gerçekleşmiş olup olmadığının titizlikle incelenmesi gerekmektedir. Kuvvetli suç şüphesi, başka suretle delil elde etme imkanı, şüphelilerin kim olduğu, hangi telefonların hangi şahıslar tarafından kullanıldığı, soruşturma konusu suçun katalog kapsamında yer alıp almadığı gibi hususlar yeterince araştırılmadan verilen dinleme kararlarına dayanılarak elde edilen kanıtlar hukuka aykırı olacaktır. Bu bağlamda, özellikle, katalogda yer almadığı için dinlemeye konu olamayan suçların, örgüt kapsamına sokularak bu yolun açılmaya çalışıldığı görülmektedir. Örgütten bahisle dinlenmesi mümkün olmayan suçlarda dinleme yoluna gidilmesi, fakat örgütle ilgili bir soruşturma yürütülmemesi, örgütle ilgili dava açılmaması hallerinde, bu dinleme, **katalog kısıtlamasını dolanmak amacıyla** yapılmış olacağından, hukuka aykırı sayılmak gerekir. Bu husus 8. Ceza Dairesinin bazı kararlarının muhalefet şerhinde ayrıntılı ve isabetli olarak tahlil edilmiştir. (8. CD, E. 2006/8117, K. 2007/320, T. 23.1.2007; 8. CD, E. 2005/2843, K. 2006/9610, T. 27.12.2006).

Nitekim aynı kararda bahsi geçen bir CGK kararına göre de,

“Demokratik bir hukuk devletinde; delil elde etme, soruşturmanın temel amacı ve kolluğun görevi olmakla birlikte, bu amaç ve görev insan hakları ihlallerini meşrulaştırıcı ve hukuka aykırı davranmanın bir mazereti olamaz”. (CGK’nun 15.10.2002 tarih ve 8-191/362 sayılı kararı için, 8. CD’nin yukarıda zikredilen ilk kararına bakılabilir).

Dinlemeye konu olan suçun katalogda yer almaması, Ceza Genel Kuruluna göre de, dinleme sonucu elde edilen delili kanun dışı elde edilmiş delil haline getirecektir. Kanun dışı elde edilen bir delilin ise soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır. (CGK, E. 2006/4.MD-122, K. 2006/162, T. 13.6.2006).

VI. TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER (CMK m. 138/2).

Kanunun bu hükmü, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesinde **“hakim kararı aranması”** şartının bir defaya mahsus olarak istisnasını oluşturmaktadır. Başka bir deyişle, bu durumda, hakkında karar bulunmayan kişinin ilk kez dinlenmiş olması halinde, bu delilin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi mümkün olabilecektir. Karar olmaksızın yapılan bu dinleme üzerine, gerekiyorsa soruşturma başlatılacak ve şartları varsa, kişi hakkında ayrıca dinleme kararı alınabilecektir.

Bu konuda CGK’nun bir kararı son derece isabetlidir. Karara konu olan olayda, hakkında dinleme kararı bulunan sanık ile diğer bir kişi arasında toplam 11 kez görüşme olmuştur. Bu arada diğer kişi hakkında iletişimin denetlenmesine dair karar alınmamıştır. Hakkında karar bulunmayan kişi ile ilgili ilk görüşmede elde edilen bilgiler tesadüfen elde edilen delil niteliğindedir. Tesadüfen elde edilen bu delil üzerine, ilk görüşmenin tespitinden sonra değil, bütün görüşmeler kayıt edildikten sonra durum Cumhuriyet savcılığına bildirilmiş, bu kişi hakkında herhangi bir iletişimin denetlenmesi kararı olmaksızın kayıt yapılmıştır. Bu nedenle bu şekilde düzenlenen tutanaklar kanun dışı elde edilmiş delil niteliğinde olup, bunların muhakemede kullanılması mümkün değildir. (CGK, E. 2007/5.MD-23, K. 2007/167, T. 3.7.2007).

CMK m. 138/2, soruşturma veya kovuşturma konusu suçtan başka bir suçla ilgili tesadüfi delilleri düzenlemektedir. Başka bir deyişle, tesadüfen elde edilen delil, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla **“ilgili”** ise, dinlemeye

takılan kişi hakkında da ayrıca bir karar alınması gerekecektir. Ancak bu sorun m. 138/2 kapsamında değil, 135. madde kapsamında “karar” şartı ile ilgili bir sorundur. Buna karşılık, tesadüfen elde edilen delil, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgili olmayan başka bir katalog suça aitse, ilk tespit üzerine durum Cumhuriyet savcılığına bildirilecek ve savcılık buna dayanarak yeni bir soruşturma başlatabilecektir. Başlatılan yeni soruşturma çerçevesinde, diğer şartlar da gerçekleşmişse, 135. maddeye göre iletişimin denetlenmesi kararı alınabilecektir.

138/2. maddeyle ilgili sorun, tesadüfen elde edilen delilin katalogda yer almayan bir suça ilişkin olması halinde ortaya çıkmaktadır. Madde, suçun katalogda yer almaması halinde, bu şekilde elde edilen bir tesadüfi delilin Cumhuriyet savcılığına bildirilmesinin önünü kapatıyor gözükmektedir. Ancak bu durumda karşı bir hüküm olarak, TCK’nın, kamu görevlisinin suçu bildirme yükümlülüğünü düzenleyen 279. maddesi çıkmaktadır. 138/2. maddenin Tasarıdaki şekli bu bakımdan daha sorunsuz idi. Zira orada, sadece katalog suçlarla değil, herhangi bir suçla ilgili olarak elde edilen tesadüfi delilin bildirilmesi yükümlülüğü getirilmekte idi. Mevcut hukuki durum itibariyle, CMK’nın 138/2. maddesindeki düzenlemeyi, TCK’nın 279. maddesi bakımından özel bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmek gerekmektedir.

VII. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ SONUCU ELDE EDİLEN HUKUKA AYKIRI DELİLİN UZAK ETKİSİ SORUNU

İletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen delilin hukuka, hatta kanuna aykırı olması halinde, bu delilin kendisinin ceza muhakemesinde kullanılamayacağı, ispat bakımından bir değerinin olmadığı, CGK kararlarında da açıkça ifade edilmektedir. Ancak bu değerlendirmeden, yasak olanın sadece, hukuka aykırı bu delille mi sınırlı olduğu tam anlaşılammamaktadır. Başka bir deyişle, hukuka aykırı bu delilden hareketle elde edilmiş olan diğer deliller muhakemede kullanılabilirler midir?

Bu sorun özellikle, başka türlü ulaşılamayacak olan, yani hukuka aykırı iletişimin tespiti olmasaydı elde edilemeyecek olan diğer deliller bakımından önem kazanmaktadır. Şayet değerlendirme yasağı sadece hukuka-kanuna aykırı delille sınırlı tutulursa, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesine ilişkin normların etkisiz kılınması tehlikesi ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle, hiç olmazsa, özel hayata, haberleşme özgürlüğüne doğrudan, içerik itibariyle müdahaleyi gerekli kılan iletişimin denetlenmesi hallerinde (telefon dinleme ve kayda alma gibi), hukuka aykırı delille zorunlu bir bağlantı içinde olan, hukuka aykırı delil olmasaydı elde edilemeyeceği muhakkak addedilen delillerin de değerlendirilememesi gerektiği düşüncesindeyiz.