

**TÜRKİYE'DE VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA  
TELEFON, TELEKS, FAKS VE  
BENZERİ ARAÇLARLA YAPILAN ÖZEL  
HABERLEŞMENİN BİR CEZA  
YARGILAMASI ÖNLEMİ OLARAK  
DENETLENMESİ**

Yrd. Doç. Dr. Adem Sözüer\*

**GİRİŞ**

- I. 1982 Anayasası ve AİHS Açısından Özel Haberleşmenin Denetimi
- II. Türkiye'de Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Denetimine İlişkin Sorunlar
- III. Görüşümüz
- IV. Karşılaştırmalı Hukukta Durum
  - A. Almanya
    - 1- Genel Olarak
    - 2- Denetim maddi Koşulları
      - a) Denetim Konusu Araçlar
      - b) Denetimin Amacı
      - c) Suç Şüphesinin Varlığı

---

\* İ. Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## 3- Denetimin Maddi Koşulları

- a) Yetki Yönünden
- b) Uygulama ve Süre
- c) İlgililere Haber Verme Yükümlülüğü

## 4- Rıza Yoluyla Yapılan Denetim

## 5- Denetim Sonucunda Elde Edilen Kayıtların Değerlendirilmesi

## B. İngiltere

## 1- Genel Olarak

## 2- Telefon Dinlemenin Maddi Koşulları

- a) Soruşturmanın Amacı Bakımından
- b) Suçun Niteliği Bakımından
- c) Suç Şüphesinin varlığı
- d) İlgili Kişiler

## 3- Telefon Dinlemenin Şekli Koşulları

- a) Yetki bakımından
- b) Süre ve Uygulama Biçimi
- c) İlgiliye Haber Verme ve İtiraz

## 4- Telefon Dinleme Yoluyla Elde Edilen Bilgilerin Değerlendirilmesi

## C. Fransa

## 1- Genel Olarak

## 2- Denetim Maddi Koşulları

- a) Denetimin Amacı
- b) Denetim Konusu Suçlar
- c) Maruz Kalanlar Yönünden

## 3- Denetimin Biçimsel Koşulları

- a) Yetki
- b) Uygulama ve Süre
- c) İlgililere Haber Verme Yükümlülüğü

## 4- Kanuni Çareler

## 5- Denetim Sonucu Elde Edilen Kayıtların Değerlendirilmesi

## D. Amerika Birleşik Devletleri

## 1- Genel Olarak

## 2- Telefon Dinlemenin Maddi Koşulları

## a) Suç Şüphesi

## b) Maruz Kalanlar Yönünden

## 3- Telefon Dinlemenin Şekli Koşulları

## a) Yetki Bakımından

## b) Uygulama ve Süre

## c) İlgiliye Haber Verme ve Kayıtların İmhası

## E. Avusturya

## 1- Genel Olarak

## 2- Denetimin Maddi Koşulları

## a) Amacı

## b) Denetime Konu Olan Suçlar

## c) Suç Şüphesinin Varlığı

## d) Denetime Maruz Kalan Kişiler

## 3- Şekli Koşullar

## a) Denetime Karar Verme Yetkisi

## b) Uygulama ve Süre

## 4- Denetime Karşı Kanuni Çareler

## 5- Tesadüfi Bulguların ve Hukuka Aykırı Denetim Sonucu Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi

## F. İsviçre

## 1- Genel Olarak

## 2- Denetimin Maddi Koşulları

## a) Denetim Konusu Araçlar

## b) Denetimin Amacı

## c) Denetim Konusu Suçlar

- d) Suç Şüphesinin Varlığı
  - e) Denetimde Zorunluluk Bulunması
  - f) Maruz Kalan Kişiler
- 3- Denetimin Şekli Koşulları
- a) Yetki Bakımından
  - b) Uygulama ve Süre
- 4- Denetime Maruz Kalanlara Haber Verme Yükümlülüğü
- 5- Rıza Yoluyla Yapılan Denetim
- 6- Denetim Sonucu Elde Edilen Bilgilerin Değerlendirilmesi
- H. İtalya
- 1- CPP'nin 266 v.d. Maddelerine Göre Yapılan Denetim
  - 2- Özel Düzenlemelere Göre Yapılan Denetim

## SONUÇ VE ÖNERİLER

## GİRİŞ

Günümüzde Türkiye'de başta telefon olmak üzere teleks, faks, çağrı cihazı gibi araçlarla yapılan özel haberleşmenin devlet organlarınca nasıl denetlendiği konusunda, hem hukuk çevrelerinde hem de kamuoyunda geniş bir tartışma yaşanmaktadır. İşte bu tartışma bizi, yukarıda değindiğimiz teknik cihazlarla yürütülen bireysel haberleşmenin bir ceza yargılaması önlemi (ceza muhakemesi tedbiri) olarak denetlenmesi sorununu incelemeye sevketmiştir. Bundan da anlaşılacağı üzere, konumuz belirttiğimiz bu tartışmanın bir bölümüyle sınırlı olmaktadır. Bu nedenle makalemizde, suçların önlenmesi amacıyla ve idari görevle yapılan denetim ile kişilerin konuşmalarının gizlice dinlenmesi gibi sorunları irdilemedik<sup>1</sup>. Ancak konumuzla ilgili yönleri sözkonusu olduğunda bu hususlara da kısaca değindik.

Makalemizde telefon, teleks, faks, çağrı cihazı ve benzeri araçlarla yapılan özel haberleşmenin denetimi terimi, her türlü teknik cihaz vasıtasıyla gerçekleştirilen özel haberleşmeyi kapsar biçimde ifade etmek amacıyla kullanılmıştır. Bunun yanında, metin içinde tekrarlardan kaçınmak gayesiyle, bu terim yerini kısaca "denetim" veya "özel haberleşmenin denetimi" ibarelerine de yer verdik.

Çalışmamızda ilkin konumuzla ilgili denetimi, 1982 Anayasası ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları açısından ele aldıktan sonra, ülkemiz öğretisinde bu sorun bakımından ileri sürülen görüşleri ve mevcut uygulamayı ortaya koymaya gayret ettik. Bilahare, bu görüş, uygulama ve "çıkartma amaçlı örgüt" kanunu tasarısında iletişimin dinlenmesi ve tespitiyle ilgili hükümler hakkında kanaatimizi açıklayıp, çeşitli ülkelerdeki denetim mevzuatı ve uygulaması hakkında da ölü bilgi vermeye çalıştık.

İncelememizi konumuz hakkındaki anafikrimizin ve gelecekte yapılmasını gerekli gördüğümüz kanuni düzenlemelerle ilgili tekliflerimizin yer aldığı "sonuç ve öneriler" kısmıyla tamamladık.

1 Gizli ses kaydı bakımından Türkiye'deki durum hakkında bilgi için bkz; Coşkun, Enis; *Gizli Dinleme*. İstanbul 1974. Sağlam, Fazıl; *Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı*, AÜSBFD, C.30, sy, 1-4, 1975, s. 107-116.

## TÜRKİYE'DE VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA, TELEFON, TELEKS, FAKS VE BENZERİ ARAÇLARLA YAPILAN ÖZEL HABERLEŞMENİN BİR CEZA YARGILAMASI ÖNLEMİ OLARAK DENETLENMESİ

### 1- 1982 Anayasası ve AİHS Açısından Özel Haberleşmenin Denetimi

Bir ceza uyuşmazlığının çözümü için gerçekleştirilen yargılama faaliyetlerinin, sağlıklı bir biçimde yapılabilmesi ve bunun sonucunda verilen kararların uygulanabilmesini sağlamak amacıyla; geçici nitelikte olan ve hükümden önce bazı temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi gerektiren kanuni çarelere "koruma tedbirleri" denmektedir<sup>2</sup>.

Koruma tedbirlerinin uygulanması sonucunda, zanlı, sanık veya diğer kişilerin temel hak ve hürriyetlerine bazı kısıtlamalar getirilmektedir. Örneğin; tutuklamada kişi hürriyetine, yurt dışına çıkarmamada seyahat hürriyetine, haberleşmenin denetlenmesinde özel hayatın gizliliğine müdahale edilmektedir<sup>3</sup>.

1982 Anayasasında ise, herkesin, kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu öngörülmüş (m.12); ancak bunların, yine Anayasada gösterilen sebep ve şartlarla sınırlanabileceği kabul edilmiştir (m. 13).

Bu çalışmamızın konusunu oluşturan, telefon, teleks, faks ve benzeri araçlarla yapılan haberleşmenin bir koruma tedbiri olarak denetlenmesiyle ise, anayasamızın 20. maddesinde düzenlenmiş olan özel hayatın gizliliğine ve 22. maddesindeki "haberleşme hürriyetine" müdahale edilmektedir. Ancak Anayasada belirtilen bu temel hak ve hürriyetlere, kanunun açıkça gösterdiği hallerde usulüne göre verilmiş hakim kararıyla veya gecikmesinde sakınca olan hallerde kanunla yetkili kılınan merciin emriyle kısıtlamalar getirilebilecektir (m. 20/2, 20/3, 22/3).

1982 Anayasasının sözkonusu düzenlemesinin içerik ve kapsamına ilişkin açıklamalarımıza geçmeden önce açıklamamız gerekir ki, 22. maddede kullanılan "haberleşme hürriyeti" terimi esasen "özel haberleşmenin gizliliği" ve "posta dokunulmazlığını" ifade eden bir kavram olup; gazete, televizyon, radyo gibi araçlarla yapılan kitle haberleşmesine ilişkin hürriyetlerin, burada ele aldığımız ve mektup telgraf, telefon gibi özel haberleşmeye ilişkin hürriyetle doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır<sup>4</sup>.

2 Yurtcan, Erdener: *Ceza Yargılaması Hukuku*, İst. 1995, 5. Bası, s. 293; Öztürk, Bahri: *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 1995, 3. Bası, s. 433. Bu konuda Türk öğretisinde ortak bir terim kullanılmamaktadır. Taner "İhtiyati tedbir", Erem "usul tedbirleri", Yüce "zorlayıcı önlem", Yurtcan "ceza yargılaması önlemi", Tosun, Kunter ve Yenisey ve Centel ise "koruma tedbirleri" terimini tercih etmektedirler. Bkz: Öztürk, İbid. Biz bu çalışmamızda en çok kullanılan son her iki terime de yer vereceğiz.

3 Koruma tedbirlerine müdahale edilen temel hak ve hürriyetler bakımından yapılan tasnif için bkz. Yurtcan: A.g.e., s. 298.

4 İçel, Kayıhan: *Kitle Haberleşme Hukuku*, 2. Bası, İst. 1985, s. 13, 40

Bireysel haberleşme hürriyeti ve gizliliği konusunda değinmek istediğimiz ikinci husus, bu düzenlemele güvence altına alınan hukuki değerlerin içeriğinin ne olduğudur. Bu bakımdan öncelikle, çağdaş anayasalarda değişik biçimde pozitif-somut ifadesini bulan temel hak ve hürriyetlerin kaynağının insanın kendi şahsiyetini serbestçe geliştirme amacı olduğunu belirtmek gerekir<sup>5</sup>. Nitekim bu husus 1982 Anayasasının başlangıç ile 5 ve 17. maddelerinde "insanın maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı" olarak ifade edilmiş ve bunun gerçekleştirme imkanlarının temini bakımından ise devletin yükümlü olduğu açıklanmıştır. Yine 1982 Anayasasında insanın maddi ve manevi varlığını serbestçe geliştirebilmesinin gerekli kıldığı iki önemli ilke olan özel hayatın gizliliği ve korunması bakımından, konut dokunulmazlığı, özel haberleşme hürriyeti gibi bazı araçlar öngörülmüştür<sup>6</sup>. İşte bu hürriyetin ortaya koyduğu hakların gerçekleştirilmesi için insanın, duygu, düşünce ve tutumlarını dilediği kişilerle paylaşması, diğer bir deyişle kamuya kapalı haber dolaşımını güven içinde yürütebilmesi gerekir<sup>7</sup>. Bu nedenle özel haberleşme hürriyeti ve gizliliği ile bireyin çeşitli vasıtalarla kamuya kapalı olarak yürüttüğü duygu, düşünce ve bilgi alışverişinin üçüncü kişilerce okunmasına, dinlenmesine veya kaydedilmesine karşı bir korunma sağlanmak istendiğini söyleyebiliriz<sup>8</sup>.

İnceleme konumuz bakımından açıklamak istediğimiz üçüncü nokta, bireysel haberleşme hürriyetinin kişi ve haberleşme araçları yönünden sahip olduğu kapsamdır. Belirtmemiz gerekir ki, özel haberleşme hürriyeti ve gizliliğinin Anayasalarda düzenlenmesiyle güdülen esas amaç, diğer temel hak ve hürriyetler gibi, bunun da devletin yasama, yürütme ve yargı erklerine karşı korunmasıdır. Bu ise devlete bireysel haberleşme gizliliğini ihlal etmeme yükümlülüğünü yüklemektedir<sup>9</sup>. Ancak aynı yükümlülüğün, diğer kişiler bakımından da geçerli olduğuna işaret etmek istiyoruz. Nitekim böyle bir ihlal söz konusu olduğunda işaret etmek istiyoruz. Nitekim böyle bir ihlal söz konusu olduğunda TCK'nun 195 vd. maddeleri uygulama alanı bulacaktır. Diğer yandan 1982 Anayasasının 22. maddesinde "herkes" in haberleşme hürriyetine sahip olduğu belirtilmiş ve böylece söz konusu düzenlemeyle öngörülen güvencelerden ayırım yapılmaksızın bütün kişilerin yararlanacağı kabul edilmiştir<sup>10</sup>. Ancak yabancıların durumu için, Anayasanın 16. mad-

5 Özgenç, İzzet: *İnsan Haklarının Felsefi Temeli, İnsan Hakları*, İst. 1985, s. 42; Kabaoğlu, İbrahim. Ö. *Özgürlükler Hukuku*, İstanbul 1994, s. 164.

6 Şen, Ersan: *Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliğinin ve Korunması*, İst. 1996, s. 5-15; Kabaoğlu: A.g.o., s. 166-167.

7 Kabaoğlu: A.g.e., s. 168; Alman Anayasa Mahkemesi bir kararında bu hususu şöyle izah etmiştir: "İnsanın manevi kişiliğini geliştirmesi, kamuya kapalı biçimde özel olarak gerçekleştirdiği haber ve düşünce alışverişi yoluyla da mümkün hale gelmekte ve böylece hür ve düşünen bir varlık olan insanın hasiyeti de muhafaza edilmektedir" (BVerf GE 67, 157-171), Münch/Kunig (Hrsg), *Grundgesetz-Kommentar*, 4. Aufl. Bd. 1, München 1992, s. 642.

8 Münch/Kunig: A.g.e., s. 464; Araslı Oya: *Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi*, Doçentlik Tezi, Ankara 1979, s. 132 vd.

9 Wolf, Jürgen: *Die Strafprozessuale Überwachung des Post und Fernmeldeverkehrs*, Heidelberg 1974, s. 23. vd.

10 Aynı sonuca Alman Anayasası bakımından da varılmaktadır. Bkz. Jaras/Pieroth: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar*, München 1992, s. 228-231.

desindeki "Temel hak ve hürriyetler, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir" şeklindeki hükmü dikkate almak mecburiyeti vardır.

Yine Anayasanın 22. maddesinde sadece, "haberleşme" ifadesinin kullanılmış olmasından dolayıdır ki, kamuya kapalı olarak her türlü araçla (mektup, telgraf, telefon, telefaks, çağrı cihazı, bilgisayar vs.) yapılan bireysel haberleşmeyi sökonusu Anayasal güvence çerçevesi içinde görmek gerekir. Yeni teknolojik gelişmeler de gözönünde alındığında, Anayasadaki "haberleşme" biçimindeki genel ifadenin sözkonusu temel hürriyetin korunmasını, teknik gelişmeye paralel olarak dinamik bir biçimde sağlamaa uygun olduğunu düşünmekteyiz. Bu nedenle biz de, bireyin kamuya karşı mekansal bir mesafe koyarak herhangi bir araçla gerçekleştirdiği bütün bireysel haberleşme hürriyeti alanına dahil olduğu kanaatindeyiz<sup>11</sup>.

Bireysel haberleşmenin gizliliğinin kapsamı bakımından işaret etmek istediğimiz sonuncu husus ise, sözkonusu gizliliğe sadece haberleşmenin içeriğinin değil, aynı zamanda haberleşmenin gerçekleşme şekli, süresi, zamanı ve yerine ilişkin bilgilerin de dahil olduğudur<sup>12</sup>.

Belirtmek isteriz ki, 3.9.1953 tarihinde yürürlüğe giren ve Türkiye tarafından 18.5.1954 tarihinde onaylanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde de benzer düzenlemeler yer almaktadır. Nitekim sözleşmenin 8. maddesinin. 1. fıkrasında "herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve muhaberatına saygı gösterilmesini istemek hakkına sahiptir" denmiş, maddenin ikinci fıkrasında ise "demokratik bir toplumda kamu otoritelerinin bu hak üzerinde, ancak milli güvenlik, kamu huzuru, kamu düzeni, memleketin ve sağlığın korunması, suçların işlenmesinin önlenmesi ve üçüncü kişilerin hak ve hürriyetlerinin korunması amacıyla, halin gerektiği tedbirleri kanunlara uygun olarak alabileceği" öngörülmüştür.

AİHS'nde belirtilen temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması bakımından kişilere; bu hakların ihlaline ilişkin davranışlara karşı Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna başvurmak ve şartları gerçekleşirse komisyonun ve ilgili üye devletlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından uşmazlığın bir dava sonucunda çözümlenmesini isteme hakkı tanınmıştır<sup>13</sup>.

Gerek 1982 Anayasasında gerek AİHS'nde ise Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında bazı ölçülere uyulması zorunluluğu öngörülmüştür. Nitekim 1982 Anayasasının 13. maddesine göre sınırlamalar, anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen sebeplerle,

11 Münch/Kunig: A.g.e., s. 646.

12 Maunz-Dürig: *Grundgesetz-Kommentar*, BD. I, München 1996, Art. 10 Rdn: 18.

13 Gölcüklü, Feyyaz - Gözübüyük, Şeref: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamaları*, Ankara 1994, s. 33 v.d.; Batum, Süheyl: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İstanbul 1993, s. 58 v.d.



Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir ve bu sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz<sup>14</sup>. Aynı şekilde AİHS'nin 8, 9, 10 ve 11. maddeleri ile 1. Ek protokolün 1. maddesi ve Ek Protokolün 2. maddelerinde düzenlenen hak ve hürriyetlerin kanun ile öngörülmüş olmak ve demokratik bir toplumda kamu yararını gerçekleştirmek için yapılması şartıyla sınırlanabilmeleri mümkündür<sup>15</sup>.

Belirttiğimiz bütün bu kurallar ışığında, suçların aydınlatılması bakımından, kişilerin telefon ve benzeri araçlarla yaptıkları özel haberleşmelerin bir koruma tedbiri olarak denetlenmelerinin belirli şartlar altında mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Bu durumda ise Türkiye'de, inceleme konumuz bakımından hangi şartları içeren bir düzenleme vardır, sorusuyla karşılaşmaktayız. Bu noktada, yukarıda açıkladığımız Anayasal düzenlemeler gereğince, temel hak ve hürriyetlere ancak kanunla müdahale edilebileceği, ilk şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Bundan ise suçların önlenmesi ve aydınlatılması bakımından yükümlü olan devletin koğuşturma organlarına ancak kanunla, telefon ve benzeri araçlarla yapılan haberleşmenin denetimi için yetki verileceği sonucu doğmaktadır<sup>16</sup>.

Ancak yine belirtmek gerekir ki, bu yetki bakımından sadece bir kanunun varlığı yeterli olmayıp, aynı zamanda böyle bir kanunda söz konusu koruma tedbirinin uygulama şartlarının anaada belirtilen ilkelere uygun olması gerekir. Bu açıdan telefon ve benzeri araçlarla yapılan haberleşmenin bir koruma tedbiri çerçevesinde denetlenmesinin düzenlendiği kanunda, özel hayatın ve özel haberleşmenin gizliliğine getirilecek sınırlamaların, demokratik toplum hayatının gereklerine aykırı olmayan şartların öngörülmesi gereği vardır<sup>17</sup>. Ayrıca, yine bu kanunda ceza muhakemesinin temel hak ve hürriyetlere müdahale eden diğer koruma tedbirleri için aranan hususlara da yer verilmelidir. Bu nedenle, telefon ve benzeri araçlarla yapılan haberleşmenin denetlenmesinde, orantılılık ilkesine uyulması gerekir. Orantılılık ilkesi, işlenen suçun ağırlığıyla, alınacak tedbirin ağırlığı arasında bulunması gereken bir dengeyi ifade etmektedir. Bu açıdan eğer bir olayda soruşturma konusu olan suç ne kadar ağırsa, o ölçüde ağır tedbirlere başvurulabilecektir. Diğer yandan, eğer daha hafif tedbirlere suçun aydınlatılması mümkün ise, daha ağır tedbire başvurulmamalıdır<sup>18</sup>.

14 1961 Anayasasının 11/2. maddesinde ise "kanun, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz" denilmekte ve böylece temel haklara ilişkin kanuni düzenlemeler için "özüne dokunulamama" ölçüsü kabul edilmişti. Bu konuda bkz: Batur: A.g.e., s. 151 vd.

15 Şen, Ersan: *Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, İst. 1996, s. 69.

16 Ceza Muhakemesinde, gizli olarak gerçekleştirilen soruşturma ve metodlarının, ancak Anayasaya uygun bir kanunla düzenlenmesi halinde mümkün olacağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Lammer, Dirk: *Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß Berlin* 1992, s. 29 vd; Perscke, Stefan: *Die Zulaessigkeit nicht spezialgesetzlich geregelter Ermittlungsmethoden im Strafverfahren*, Köln-Berlin-Bonn-München 1997, s. 25 v.d. Rogall, Klaus: *Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozeßrecht*, Tübingen 1992; Krey, Volker: *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, Berlin 1977, s. 238 v.d.

17 Gözübüyük, A. Şeref: *Anayasa Hukuku* Ankara 1993, s. 151-153; Schumacher, Karlheinz: *Die Überwachung des Fernmeldeverkehrs im Strafverfahren*, Hamburg 1976, s. 37 v.d.

18 Lehmann, Peter: *Die Grenzen der Überwachung des Fernmeldeverkehrs als Strafprozessuale Maßnahme nach den §§ 100 aff. StPO*, Regensburg 1978, Diss. s. 95. v.d.; Kühne, Hans Heiner: *Strafprozeßlehre*, 2. Aufl. Nürnberg 1995, s. 68.

Yukarıda belirttiğimiz hususları AİHM'nin konumuzla ilgili kararlarında da görmekteyiz. Nitekim mahkeme "malone olayı" hakkında verdiği kararda özel haberleşmenin denetimi için, hangi koşulların gerekli olduğunu ayrıntılı biçimde açıklamıştır. Söz konusu kararı önemi nedeniyle geniş biçimde nakletmek istiyoruz. İngiliz vatandaşı olan ve antikacılık mesleğiyle iştigal eden James Malone, 1977-1979 yılları arasında "eşyayı cümüeyi satın almak" suçundan dolayı iki kez yargılanmış; ancak, her iki dava da beraatla sonuçlanmıştır. Malone ise, yargılama öncesi ve sonrasında telefonlarının polis tarafından hukuka aykırı olarak dinlendiği gerekçesiyle, ilgili polisler aleyhine İngiliz mahkemelerinde açtığı davadan olumlu sonuç alamayınca, 1979 yılında AİHK'na başvurmuş, komisyon bu başvuruyu kabul ederek 17.12.1982 tarihli raporuyla konuyu 16.5.1983 tarihinde AİHM'ne intikal ettirmiştir. Mahkeme ise 2.8.1984 tarihli kararıyla başvuruyu haklı bulmuş ve İngiliz polisinin gerçekleştirdiği telefon dinleme tedbirinin AİHS'nin 8. maddesinin ihlali olarak görerek, Birleşik Krallığı tazminat ödemeye mahkum etmiştir. AİHM'nin sözkonusu kararına göre, bireysel haberleşmenin ve özellikle telefon konuşmalarının denetlenmesi için bulunması gereken şartlar şöyledir:

a) Özel haberleşmenin denetimi için tedbir uygulayacak devlet organlarına bu bakımdan yetki veren kanun şeklinde bir iç hukuk kuralı bulunmaktadır. Bir kuralın kanun olup olmadığını belirlerken ise, hem yazılı hem de yazılı olmayan hukuk gözönünde tutulabilir. Ayrıca bir düzenlemenin kanun olarak kabul edilebilmesi için, sözkonusu düzenlemenin vatandaşlar tarafından ulaşılabilir, anlaşılabilir bir biçimde açık ve belirli olması gerekir<sup>19</sup>.

b) Bir konuda "kanunla öngörülmesi" koşulunun yerine gelip gelmediği, sadece iç hukuk kurallarının ölçütlerine göre tespitle sınırlı değildir. Bu bakımdan, AİHS'nin ön-sözünde de ifade edildiği gibi, sözkonusu düzenlemenin içerik bakımından da, kanun kalitesinde olup olmadığının değerlendirilmesi ve belirlenmesi gerekir. Diğer bir deyişle, iç hukuk kurallarının, AİHS'nin 8/1. maddesiyle güvence altına alınan hakları, kamu gücünün keyfi müdahalelerine karşı belirli bir korumayı sağlayıcı nitelikte olması lazımdır. Keyfi müdahale tehlikesi ise, kamu gücünün gizli bir biçimde faaliyet gösterdiği alanlarda ortaya çıkar. Polisin haber alma maksadıyla yaptığı haberleşmenin denetimi tedbirinin vatandaşlar tarafından öngörülebilir olması; kişilere, telefonlarının resmi makamlarca dinlenip dinlenmediği veya ne zaman dinlendiğinin bilmesi mümkün kılınarak, böylece davranışlarını buna göre ayarlamasının sağlanması biçiminde anlaşılmalıdır. Ancak bu husus kamu otoritelerinin kişilerin özel hayatı için gizli nitelikte ve potansiyel tehlike taşıyan bir müdahaleyi, hangi olaylarda ve ne gibi koşullar altında gerçekleştirebileceklerini yeterli ölçüde açıklıkla düzenleyen bir kanunun varolması gereğini ortadan kaldırmaz.

19 AİHM'sinin düzenlemenin "kanun" niteliğinde olup olmadığı hakkındaki ölçütleri için bkz. 26 Nisan 1979 tarihli Silver Kararı EuGRZ. 1984, s. 149 v.d.; 25 Mart 1983 tarihli Sunday Times Kararı, EuGRZ 1984, s. 149 v.d.

c) Bir kanunun belirlilik ilkesi ölçütlerine uygun olup olmadığı, ilgili kanunun uygulanacağı konuya bağlı olarak tespit edilmelidir. Kişilerin özel haberleşmesinin denetimi ise, kamuya kapalı bir biçimde, gizli olarak gerçekleştiğine göre, bu konuda kamu gücüne tanınan takdir yetkisinin sınırlı olması gerekir. Eğer bu konudaki kanunda öngörülen takdir yetkisi çok geniş tutulursa, böyle bir kanun hukukun temel ilkeleri ve üstünlüğüyle bağdaşmayacaktır. Bu nedenle kamu makamlarına bu tür tedbirler için yetki verilen kanunlarda; sözkonusu tedbirlerin icrasının ne şekilde yapılacağına dair açık, net ölçüler koyularak, kişilere, muhtemel keyfi müdahaleler karşısında makul bir koruma sağlanmalıdır.

d) Demokratik bir toplumda, kamu düzenin savunulması ve suçların önlenmesi için polise özel haberleşminin denetlenmesi bakımından kanunla yetki verilebilir. Özellikle, organize suçluluğun teknolojik imkanları kullanması nedeniyle, suç koğuşturma makamlarının, bu tür suçlulukla mücadelede böyle yetkilerle donatılmasını kaçınılmaz kılmaktadır. Ancak sözkonusu zorunluluk, polise tanınan bu tür bilgi elde etme metodlarının icrasının gizli nitelikte oluşu nedeniyle, bunların kişilere karşı kolaylıkla kötüye kullanılması ve demokratik toplumun bütünü için zararlı sonuçlar doğurması rizikosunda, beraberinde taşımaktadır. İşte bundan dolayıdır ki, özel haberleşmenin denetimini mümkün kılan denetim sistemi, eğer kötüye kullanmalara karşı yeterli garantilere sahipse, demokratik bir toplum için gerekli olduğu kabul edilmelidir.

e) Bir telefon abonesinin, hangi numaralarla ve hangi süreyle görüştüğüne ilişkin kayıtların da, herhangi bir kanuni düzenlemeye dayanmadan, posta idaresi tarafından istek üzerine polise iletilmesi de, AİHS'nin 8. maddesine aykırıdır. Çünkü bu tür bilgiler, telefon konuşmalarının içeriğine ilişkin olmasalar dahi, telefon haberleşmenin ana unsurlarına dahildirler<sup>20</sup>.

AİHM beş Alman hukukçunun 13 Ağustos 1968 tarihli "Mektup, Posta ve Uzak-tan Haberleşme Gizliliğinin Sınırlanmasına Dair Kanunun" (G 10 gesetz) AİHS'ye aykırı olduğuna dair yaptıkları başvuruyla ilgili davada da (Klass Davası) özel haberleşmenin devlet tarafından denetlenmesi hakkındaki ilkelere açıklık getirmiştir. Klass Davasına konu olan kanunda, özel haberleşmenin denetimi bir ceza muhakemesi tedbiri olarak değil, bir önleme tedbiri olarak düzenlendiğinde, konumuzla dolaylı olarak ilgili bu kanun ve karara özetle değinmek istiyoruz<sup>21</sup>.

Sözkonusu kanunun 1. maddesine göre, Federal Almanya'nın özgürlükçü demokratik temel düzenini tehdit eden tehlikeleri önlemek veya devletin güvenliğini sağlamak

20 Abhörmaßnahmen im Vereinigten Königreich verletzten Recht auf Privatsphaere/Fall Malone: *EuGRZ, Grundrechte*, 12/1985, s. 12-24.

21 Sözkonusu kararın diğer bir özelliği de AİHM'nin adeta bir Anayasa Mahkemesi gibi soyut norm denetimi yapma uygulamasına başlamış olmasıdır. Çünkü AİHS'nin 25. maddesine göre kişilerin ancak bir kanunun uygulanması sonucunda haklarının ihlal edildiği gerekçesile bireysel başvuruda bulunabilecekleri ileri sürülmüştür. Eleştiri için bkz: Paukert, Wolfgang: *Die Zulaessigkeitsentscheidung der EK MR in der Sache Klass gegen Bundesrepublik Deutschland (Abhörgesetz)* *EuGRZ* 1975, s. 366-367.

amacıyla, Alman Anayasasını Koruma Teşkilatı, Alman Ordusu Güvenlik Birimi ve Alman Gizli Haberalma Teşkilatı, kişilerin özel haberleşmelerini denetleyebilecektir. Bu denetimin uygulanabilmesi için, kanunda belirtilen, vatana ihanet, devletin dış güvenliğini veya demokratik hukuk devletini tehlikeye düşürmek gibi suçların planlandığına, işlendiğine veya işlenmiş olduğuna yönelik somut vakıalara dayalı bir şüphenin varlığı gerekir (md. 2). Denetim kararını ise, yukarıda belirtilen kurumların yetkilerinin yazılı başvurusu üzerine başbakanın yetkili kıldığı bir bakan, bazı hallerde de her eyaletteki anayasa koruma teşkilatının en üst yetkisili verecektir (md. 4). Uygulama üç ayla sınırlıdır; ancak başvuru üzerine bu süre bir üç ay daha uzatılabilir (md. 5). Kanunun uygulanması hakkında muhalefet parti üyelerinin de dahil olduğu 5 parlamenterden oluşan komisyonca oluşturulan ve hakimlik niteliğine sahip 3 kişiden meydana gelen ayrı bir komite ise, yapılan denetimleri gerekli ve yerinde olup olmadıkları yönünden inceleyecektir. Komite gerçekleşen bir uygulamayı doğru görmez ise, denetime son verilecektir (md. 9). Denetim sonucunda elde edilen bilgi ve belgeler, kanunda öngörülen suçlarla ilgili somut vakıalara dayanan şüphe altında olan kişiler hariç olmak üzere, hiç kimsenin aleyhine olarak kullanılamazlar (md. 3)<sup>22</sup>.

Ana hatlarıyla aktardığımız kanunla ilgili AİHM'nin verdiği kararda, özel haberleşmenin sınırlandırılmasının ancak, AİHS'nin 8/2 maddesiyle öngörülen şartların yerine getirilmesi halinde haklı sayılabileceği vurgulanarak; sözleşmede korunan haklara nazaran bir istisna teşkil eden 8/2. maddesindeki sınırlama hallerine ilişkin hükmün dar yorumlanması gerektiği açıklanmıştır. Vatandaşların gizlice denetlenmesinin tipik polis devleti uygulaması olduğu ve bu nedenle AİHS açısından böyle tedbirlere ancak demokratik kurumları koruma bakımında mutlak zorunluluk bulunması halinde başvurulabileceğinin belirtildiği kararda ayrıca; gizli denetimin kötüye kullanılmasına karşı etkili ve uygun garantilerin öngörülmesi, casusluk, terörizm gibi tehditlere karşı devletin iç ve dış güvenliğini korumak, kamu düzenini sağlamak ve suçları önlemek için, sebebi, süresi ve uygulamanın nasıl kontrol edileceği gibi şartların kanunla düzenlenmesi durumunda, özel haberleşmenin denetiminin mümkün olacağı söylenmiştir. Dava konusu olan kanunda ise, yukarıda belirtilen husulara yer verildiği kanaatine varan mahkeme, söz konusu kanunun AİHS'ne aykırı olmadığı sonucuna varmıştır<sup>23</sup>.

## 2) Türkiye'de Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Denetimine İlişkin Sorunlar

Türkiye'de telefon ve benzeri araçlarla yapılan haberleşmenin bir koruma tedbiri olarak denetlenmesi CMUK'nun postada elkoymaya ilişkin hükümleri uygulanarak gerçekleşmektedir. CMUK'nun 91. maddesine göre; "sanığa gönderilen mektuplar vesair

22 Kanunun tam metni için bkz: BGBL 1968 1, 2 s. 249, değişiklik BGBL 1989 Teil I, s. 1050.

23 Abhör-Urteil/Fall Klass u.a, *EuGRZ Grundrechte* 6, 1979 s. 279-289.

mersule ve telgrafların posta ve telgrafhanede zaptı caizdir. Sanık tarafından veya ona hitaben gönderildiği bazı hallerden anlaşılan ve tahkikat noktai nazarından münderecatının ehemmiyeti haiz olduğu tayin edilen mektuplar ve sair mersule ve telgrafların dahi bu yerlerde zaptı caizdir".

Aynı kanunun 92. maddesine göre ise; postada elkoymanın ancak hakim kararıyla yapılabileceği, ancak istisnaen gecikmede tehlike bulunan hallerde, ayrıca sanığa isnad edilen suçun kabahat türünden olmaması şartıyla bu tedbire savcı da başvurabilecektir. Savcılar elkoyma işlemi üzerine elde ettikleri mektup ve öteki gönderileri açmaksızın hakime vermek mecburiyetindedirler. Savcının emri üzerine yapılan elkoyma için üç gün içinde hakimden karar almak gerekir, aksi takdirde işlem geçersiz sayılır. Başvurulan bu tedbirler soruşturmanın amacına zarar gelmemesi şartıyla ilgili şahıslara bildirilebilir(md.93)<sup>24</sup>.

Yukarıda ana hatlarıyla değindiğimiz postada el koymaya ilişkin düzenlemelerde denetimi öngörülen haberleşme araçları sadece "mektup vesair mersule ve telgraf" olarak belirtilmekte; buna karşılık telefon ve benzeri araçların denetimi konusunda kanunda açık bir düzenleme yer almamaktadır.

Uygulamada ve Türk doktrinde bazı yazarlar CMUK'nun postada elkoymaya ilişkin hükümlerinin kıyasen telefon dinleme bakımından da uygulanabileceği görüşündedirler. Nitekim ülkemizde hakim kararıyla telefonlar dinlenebilmektedir. Tosun "telefon konuşmalarının dinlenmesinde evraka postada elkoymaya hakkındaki hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması gerekeceği kanısındayız. Böyle olunca da telefon konuşmasına elkoymaya esas yetkili hakim olmalı, savcı gecikmede tehlike yoksa hakimden karar almalı, tehlike varsa kendisi ancak cürümlerde böyle bir yetkiye sahip olmalıdır" demektedir, ancak bunun sakıncalarını da şöyle izah etmektedir: "Şimdilik yasamızda açık bir hüküm olmadığından varılan bu sonuç tam doyurucu olmaktan uzaktır; çünkü, bu işin gecikmede tehlike olduğuna savcı tarafından yapılmasına açık kapı bırakılmaktadır. Ayrıca, örneğin telefon dinlemede gizliliğin ihlal etmediği nasıl söylenebilir? Savcının kabahatlere değil sadece cürümlerde bu yetkiye sahip olabilmesi, dünya düzenlemeleri düşünülürse, yeterli sayılmamalıdır."<sup>25</sup>

Yurtcan da, "haberleşme araçlarının dinlemeye alınması konusu, bugün CMUK'da özel kuralla düzenlenmiş değildir. Konuya elkoymanın PTT'de elkoyma türü içinde çözüm aranması gereklidir. Yasanın 91. maddesinde PTT'de elkoyma düzenlenirken, PTT hizmetine konu olan mektup, telgraf gibi gönderilerin yanında, yasa sair mersuleler (öteki gönderiler)den söz etmektedir. Bu gönderiler yönünden akla ilkin PTT aracılığıyla gönderilen paketler gelmektedir. Ancak bunların dışında PTT'nin aracılığı ile gerçekleştirilen haberleşmeler de bu kapsamda ele alınabilecektir."<sup>26</sup>

24 Postada Elkoyma Hakkındaki Ayrıntılı bilgi için Bkz: Gökçen: A.g. e., s. 63 vd.

25 Tosun: *Suç Muhakemesi*, s. 911.

26 Öztürk; *Uygulamalı Ceza Muhakemesi*, s. 326

Kıyas yoluyla denetimin mümkün olabileceğini savunan bu görüşlerle sonuç olarak aynı fakat gerekçesi farklı diğer bir çözüm tarzı ise Öztürk tarafından önerilmektedir. Buna göre, ceza muhakemesinde kıyasın ilke olarak imkan dahilinde olduğu ancak, sınırlayıcı ve istisnai hükümlerde bu yola başvurulamayacağı ve CMUK'da öngörülen postada elkoymaya ilişkin hükümlerin sınırlayıcı hüküm niteliğine sahip oldukları ileri sürülerek, bunların kıyasen uygulanarak telefon ve benzeri araçların denetlenemeyeceği belirtilmekle, ancak burada geliştirmeci yoruma başvurularak, CMUK'nun 91. maddesindeki "sair mersule" (öteki gönderiler) tabirinin teknolojik gelişmeye paralel olarak, telefon, teleks, bilgisayarlı haberleşme sistemleri gibi araçlarla yapılacak olan haberleşmeyi de içine alacak genişlikte anlaşılabilirliği ve böylece kıyas yasağı ihlal edilmeden "yeniliğe açık, kendini sürekli yenileyen bir çözüm tarzının bulunmuş" olacağı savunulmaktadır<sup>27</sup>.

Buna karşılık Gökçen, CMUK'nun 91. maddesindeki düzenlemenin, Türkçe'nin gramer kuralları ve maddenin ifade ediliş tarzı dikkate alındığında "sair mersule" kavramının ancak maddedeki "mektup" ibaresini genişletici yoruma tabi kılmaya imkan verdiğini; bu nedenle telefon ve benzeri araçların buna dahil olamayacağını; CMUK'nun hazırlık çalışmalarından da "sair mersule" kavramı ile, yapısı itibarıyla maddi nitelikte olan ve kişilerolan ve kişiler tarafından bir yerden başka bir yere nakledilen paket, koli gibi eşyanın kastedildiğini açıkça anlaşıldığını; ayrıca, bugünkü CMUK yürürlüğe girmeden önce 406 sayılı "Telgraf ve Telefon Kanunu" ile bu konudaki haberleşmenin düzenlendiğini ve Türkiye'de telefon kullanımının mevcut olduğunu, dolayısıyla "geliştirici yorum" için gereken teknolojik v.s. gibi yeni gelişmelerin telefon bakımından sözkonusu olmayacağını savunmakla ve böyle bir yorum ile yapılacak denetim uygulamasının Anayasanın 22. maddesinde öngörülen "özel haberleşmeye ancak kanun ile açık düzenleme yoluyla müdahale edilebileceği" hükmüne aykırı olacağını ileri sürmektedir. Ancak yazar, anayasaya aykırı olarak gördüğü geliştirici yorum çözümünün "hukukun duyulan ihtiyaca göre ilkeleri düzenlendiği, ihtiyaçlar değiştikçe normların başka türlü anlaşılabilirliği" gerekçesiyle kabul edilmesi gerektiğini söylemektedir<sup>28</sup>.

Cihan-Yenisey ise, özel haberleşmenin denetlenmesinin kişinin hak ve hürriyetleri bakımından gösterdiği öneme işaret ederek, bu konunun Türk Hukukunda kanunen düzenlenmediğini ve bu nedenle ortada bir boşluk olduğunu, sözkonusu boşluğun ise yorum yoluyla doldurulmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedirler<sup>29</sup>.

Bir koruma tedbiri olarak telefon ve benzeri araçların denetimine ilişkin uygulama ise şöyle gerçekleşmektedir. Hakim veya savcılık tarafından alınan denetim kararı savcılıkça polis teşkilatının ilgili birimine iletilmekte ve burada "ÜS" olarak adlandırılan bir cihaz kurularak, yetkili haberleşme kurumundan dinlenmesi talep edilen telefonun

27 Öztürk; *Uygulamalı Ceza Muhakemesi*, s. 326.

28 Gökçen, a.g.e., s. 174-177.

29 Cihan, Erol-Yenisey, Feridun; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 1. Bası, İst. 1996, s. 199; Yenisey; *İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma ve İfade Alma*, Ankara 1995, s. 65.

"ÜS" ile irtibatlandırılması istenmekte ve bu bağlantının gerçekleştirilmesi üzerine, polis yapılan konuşmaları kayda almaktadır. Ancak belirtmemiz gerekir ki, ülkemizde, telefon konuşmalarının denetimiyle ilgili olarak açık bir kanuni düzenleme olmadığı için, telefon dinlemenin uygulanışına dair işlemler dava dosyalarına konmamaktadır. Bu nedenle genellikle, telefon dinleme tedbirine maruz kalanlar bundan çoğunlukla haberdar olmamaktadırlar. Kolluk genellikle, hakim kararı üzerine dinlemeye aldığı telefon konuşmalarından edindiği bilgilerden, başkaca delillere ulaşmaktadır. İşte ancak bu şekilde elde edilen deliller dosyaya girmektedir. Bu nedenle, davaya bakan mahkemeler dahi, telefonların dinlendiği hususunda bilgi sahibi olmamaktadırlar.

Yine bu konuda, Telefon İşletme Rehberinin 4/4. maddesindeki "mahkeme kararı veya acele hallerde CMUK'nun 92. maddesindeki kayıt ve şartlarla konuşmaların kim tarafından dinleneceği teşekkülümüze yazılı olarak bildirilmek suretiyle cumhuriyet başsavcılarının verecekleri kararlar üzerine telefon konuşmaları sözü edilen ilgililer tarafından dinlenebilir. Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından verilmiş olan bu kararın hakim tarafından tasdik edilmiş olup olmadığı araştırılır. Üç gün zarfında karar tasdik olunmadığı takdirde müteakip konuşmalar dinletilmez" biçiminde ve yönetmelik düzeyindeki düzenlemeye de işaret etmek istiyoruz. Nitekim bu yönetmeliğe istinaden de telefonlar dinlenmektedir<sup>30</sup>. İdarenin böyle bir genel düzenleyici işlemiyle, temel haklara müdahale niteliğindeki bir tedbire imkan sağlanmasının Anayasaya aykırı olduğunda kuşku yoktur.

Makalemizin konusu bir ceza muhakemesi tedbiri olarak, delil toplamak maksadıyla adli görevle yapılan, telefon ve benzeri araçların denetlenmesi olmakla birlikte, suç işlenmesi ve tehlikenin önlenmesi amacıyla idari görevle yapılan telefon ve benzeri araçların denetlenmelerine de kısaca değinmek istiyoruz.

Türkiye'de, suçların işlenmesinden önce önleme amacıyla, konumuyla ilgili özel haberleşmenin, hangi kurumlar tarafından, hangi koşullar altında ve hangi kurallara göre denetlendiği hususunda mevzuatımızda bir açıklık olmadığı gibi, bu konudaki uygulama bakımından da, değerlendirme konusu yapabileceğimiz yeterli ve somut bilgilere ulaşmak mümkün olamamaktadır. Ancak 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Kanununun 4/a maddesine göre MİT'nin "milli güvenlik istihbaratını devlet çapında oluşturmak"la görevli olduğu ve Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nun Ek 7. maddesine göre polisin "emniyet ve asayişini sağlamak üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunacağı yolundaki hükümlere göre, telefon ve benzeri araçlarla yapılan haberleşmelerin denetlendiği ileri sürülmektedir<sup>31</sup>.

Bu konuda açık bir hüküm 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 3/a maddesinde yer almaktadır. Buna göre sıkıyönetim komutanı "gerektiği hallerde" "telefon, telsiz, ra-

30 Gökçen: A.g.e., 200-201.

31 Gökçen: A.g.e., 198.

dyo, televiyon gibi her çeşit araçla yapılan yayım ve haberleşmeye sansür koymak, kayıtlamak veya durdurmak" yetkisine sahiptir.

### III. Görüşümüz

Telefon, faks ve benzeri araçlarla yapılan bireysel haberleşmenin bir muhakeme tedbiri olarak denetlenmesinin, CMUK'nun 91. maddesindeki, postada elkoymaya ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanarak gerçekleştirilmesi yolundaki görüşlere yapılan eleştirilere biz de katılmaktayız<sup>32</sup>. Bilindiği üzere kıyas; kanunda düzenlenmiş özel bir olay tipine ilişkin kuralların, kanunda öngörülme-yen benzer bir olay tipini kapsar biçimde genelleştirilerek, kanunda öngörülen olaylarla aynı değerlendirmeye tabi tutulmasını ifade etmektedir. Bu uygulamanın ise ceza yargılamasında mümkün olduğu genel olarak kabul edilmekle birlikte, kıyas yolu ile uygulanacak hükmün istisnai ve sınırlayıcı nitelikte olması durumunda, kıyasa başvurulamayacağı da, temel bir ilkedir<sup>33</sup>. Eğer kanun koyucu bir olayı bilinçli bir şekilde kanunen düzenlerken, benzer olayı kanun kapsamına almak istemediği sonucunu çıkarmak gerekir. Bu nedenle böyle hallerde de kıyasa başvurulmamaktadır<sup>34</sup>.

CMUK'nun 91. maddesi, kişinin özel hayatı ile bireysel haberleşme hürriyeti ve gizliliğini kısıtlayan bir hüküm olduğuna göre, sadece belirli özel haberleşme türlerinin (mektup, telgraf, koli v.b.) denetimine ilişkin bu hüküm sınırlayıcı bir nitelik göstermektedir. Hal böyle olunca, telefon dinleme gibi temel haklara müdahale edici nitelikteki bir tedbirin, kıyas yoluyla uygulanmasının, hukuka uygun olmadığını düşünmekteyiz<sup>35</sup>. Yine kanaatimizce, temel haklara müdahale edilmesi için önemli bir ölçüde bir kamu çıkarının bulunup bulunmadığı, politik nitelikte bir karar olup, buna demokratik meşruiyeti olan ve siyasi sorumluluk taşıyan kanun koyucu karar vermelidir. Bu nedenle kamu gücünün kişi haklarına müdahalede bulunduğu alanlarda mutlaka kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Diğer yandan böylesine müdahalelere imkan veren kanunların yorumlanmasında ise, hakim bu kanunları yorumlamada metne sıkı sıkıya bağlı kalmalıdır. Ayrıca hukuk devletinin temellerinden biri olan hukuk güvenliği ilkesi, kuralların önceden bilinip, anlaşılabilmesi, biçiminde anlaşılabilir, böylece temel haklara keyfi müdahaleler karşısında güvence sağlanmalıdır<sup>36</sup>.

32 Bkz: yukarıda

33 Kunter: *Ceza Muhakemesi*, s. 583; Erem, Faruk: *Ceza Yargılaması Hukuku*, 6. Bası, Ankara 1986, s. 30; Kleinknecht/Meyer-Goßner: *Strafprozeßordnung* 42. Aufl. München 1995, Einly. Rdn: 108.

34 Peters, Karl; *Strafprozeß* 4, Aufl., Heidelberg 1985, s. 91-93.

35 Şen ise sadece telefonların değil, özel görüşmelerin dahi, CMUK'nun mevcut 91-92 maddelerinin kıyasen uygulanarak, gizlice dinlenmeye ve görüntülemeye alınabileceği görüşündedir. Bkz. Şen: *Özel Hayatın* s. 151-152.

36 Krey, Volker: *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, Berlin 1977, s. 240 vd; Krey: *Grundzüge des Strafverlahrens*, JA 1983, Heft. 5, s. 235; Welp., Jürden: *Die Gestellung des verhandlungsfahigen Angeklagten*, JR 1991, Heft 7, s. 267.



İnceleme konumuz bakımından ileri sürülen diğer bir görüş olan "Geliştirici Yorum" önerisi, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği yolundaki Anayasal ilkeyle ters düşmemek amacıyla savunulmakla birlikte<sup>37</sup>, böyle bir çözümün de burada pek geçerli olmadığı eleştirisine bizde katılmaktayız<sup>38</sup>. Bu görüşe göre CMUK'nun 91. maddesindeki "sair mersule" (öteki gönderiler) tabirini genişletici yorumu tâbi tutarak telefon ve benzeri araçları denetlenebileceği ileri sürülmektedir. Ancak bilindiği üzere, geliştirici yorumu kanun metinlerini yorumlarken kanun koyucunun bilim, fen ve sosyal hayatın, metnin meydana getirildiği sırada gösterdiği şartlara göre değil, fakat metinlerin uygulanması sırasındaki şartlara göre anlaşılmasını gerekli kılan yorum şeklidir<sup>39</sup>. Telefon ise CMUK'nun kanunlaştığı sırada mevcut olduğuna göre burada böyle bir yorumun geçerli olmaması gerekir. Ayrıca "sair mersule" (öteki gönderiler) kavramının, Posta tüzüğü'nün "Deyimler ve Tanımlar başlığını taşıyan 2. maddesi gözönüne alındığında, telefon ve benzeri araçları kapsamadığı anlaşılmaktadır. Nitekim bu düzenlemeye göre "posta gönderileri" deyimini<sup>40</sup> "mektup postası gönderilerini, diğer konulmuş mektup ve kutuları ve kolileri ifade etmektedir".

Kaldı ki, bu görüşlerden herhangi biri biran için kabul edilse dahi, CMUK'nun postada elkoymaya ilişkin düzenlemeleri, kıyas veya genişletici yorum yoluyla, telefon ve benzeri araçların denetimi için gereken asgari koşulları sağlamaya elverişli değildirler.

Nitekim telefon dinleme bakımından çeşitli ülke mevzuatlarına bakıldığında, bu tedbirin uygulanabilmesi için ya bir suç kataloğu ya da fiilin belirli bir ağırlıkta oluşu öngörülmektedir. Diğer bir deyimle bireysel haberleşme araçlarının denetimi her suç bakımından mümkün değildir<sup>41</sup>. Orantılılık ilkesinin tabii sonucu olan bu durumu gözönüne aldığımızda, karşımıza ciddi bir sakınca çıkmaktadır. Çünkü postada elkoyma CMUK'nun 91. maddesine göre cürüm olsun kabahat olsun bütün suçlar bakımından mümkündür. Temel haklara derin bir müdahaleyi gerektiren böyle bir tedbirin bütün suçlar bakımından uygulanabilir olmasının ise hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı kanısındayız<sup>42</sup>.

Diğer yandan sözkonusu tedbirinin uygulanması için her ülke mevzuatında azami bir süre getirilmiştir. Halbuki ülkemizde postada elkoyma ilgili hükümlerinde belirli bir süre öngörülmediğinden, örneğin telefon dinleme hazırlık soruşturmasının başlamasından, karar kesinleşinceye kadar mümkün olabilecektir. Böyle bir durumun keyfi uygulamalara ne kadar müsait olduğu son derece açıktır<sup>43</sup>.

37 Öztürk: *Ceza Muhakemesi*, s. 478-479.

38 Gökçen, a.g.e., s. 175.

39 Dönmezer, Sulhi/Erman Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C:I*, 11. Bası, İst. 1984, s. 184.

40 Bkz: Posta Tüzüğü. BKK no. 7/6156, Kabul Tarihi. 27.3.1973, R. G. 12.4.1973/14505.

41 Lücking; *Die Strafprozessuale*, s. 156.

42 Welp: *Überwachung*, s. 61 vd.

43 Cihan/Yenisey; *Ceza Muhakemesi*, s. 200.

Yine bu koruma tedbirine başvurmak için basit şüphenin mi yoksa yeterli şüphenin mi ya da kuvvetli şüphenin mi aranacağı hususunda, kanunda bir açıklık olmadığı için, örneğin hafif bir suç hakkındaki basit şüpheyeye dayanarak kişinin telefonu dinlenebilecektir<sup>44</sup>.

Ayrıca CMUK'nun 92. maddesine göre, postada el konan mektubun, sair mersulelerin muhtevasını önce hakim öğrenebilecektir. Gecikmesinde sakınca olan hallerde eğer savcı bu kararı vermiş ise, elkonan mektup ve sair mersuleleri açmaksızın hakime vermelidir. İşte bu hükümleri de telefon dinleme açısından uygulamak çok zordur. Çünkü uygulamanın gereği olarak dinleme tutanakları ve kasetlerinin içeriği öncelikle polis tarafından öğrenilmektedir<sup>45</sup>. Bu durumda ortaya çıkabilecek kötüye kullanmalara karşı yeterli güvenceler bulunmamaktadır.

Bunların dışında ayrıca, bireysel haberleşmenin denetiminin tali nitelikte oluşu ile denetim sonucu elde edilen bilgileri içeren eşyanın hangi koşullarda ve ne zaman ilgilisine geri verileceği veya yok edileceği bakımından da kanunumuzda açık hükümler yoktur<sup>46</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki, haberleşme araçlarının denetimi gizli olduğu için, bu tedbirin uygulamasına maruz kalana önceden haber verilmemesi tabiidir. Ancak uygulamanın tamamlanmasından sonra elde edilen bilgi ve belgeler mutlaka dava dosyasına konmalı ve ilgililer bundan haberdar edilmelidir. İşte bu hususta da koğuşturma makamlarını yükümlü kılan açık bir hüküm olmadığı için, ülkemizde dinlenen telefon tutanaklarının dava dosyasına konmadığına sıklıkla şahit olunmaktadır. Hal böyle olunca, telefon dinleme bakımından bir hukuka uygunluk denetimi yapılamamaktadır. Bu durum ise dürüst işlem ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Bütün bu açıklamalarımız ve Anayasamızın 22., AİHS'nin 8. maddesi ve AİHM'nin kararları gözönüne alındığında, ülkemizde konumuzla ilgili uygulama bütünüyle hukuka aykırıdır. İşte bu nedenledir ki, halen gerçekleştirilen telefon dinleme vb. gibi tedbirler sonucu elde edilen deliller hukuka aykırı şekilde elde edildiklerinden CMUK'nun 254/2. maddesi gereğince hükme esas alınamayacaktırlar.

Nitekim Yargıtayın bu hususu teyid eder yönde yeni ve ilk kararına temas etmek istiyoruz. Söz konusu kararda konumuzla ilgili olarak aynen "Her ne kadar Sanıklar A. T., L. Z. ve O. D ile PKK örgüt lideri A. Ö. arasında geçtiği ileri sürülen telefon konuşmasına ilişkin olup 5 Temmuz 1991 tarihinde çözümü yaptırılan bant metni hükme dayanak alınmışsa da; bu bandı elde edilişi itibariyle Anayasanın haberleşme özgürlüğüne dair 22. maddesinin-Haberleşme gizliliği esastır. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde usulüne uygun verilmiş hakim kararı olmadıkça; gecikmesinde

44 Yurtcan; *Ceza Yargılaması*, s. 352.

45 Şen; *Özel Hayat*, s. 151.

46 Gökçen; a. g. e., s. 202.

sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin emri bulunmadıkça, haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz şeklindeki, CMUK'nun ise 135/a ile 254. maddesinin-soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme alınamaz şeklindeki zorlayıcı hükümleri karşısında geçerli kanıt olarak kabul etmeye olanak yoktur."<sup>47</sup>

Gerçi Yargıtayın kararına konu olan telefon dinlemenin hakim kararıyla gerçekleştirilmediği için mi, yoksa bu konuda açık bir kanuni düzenleme olmadığı için mi hukuka aykırı sayıldığı hususunda, kararda bir açıklık yoktur. Ancak konumuz bakımından ilk oluşu nedeniyle önemli saymaktayız. Bizim kanaatimize göre, yukarıda açıkladığımız gerekçelerden dolayı Türkiye'de, hakim kararı olsa dahi gerçekleştirilen telefon dinlemeleri hukuka aykırıdır. Bu nedenle, temel haklara derin bir müdahale imkanı veren bu tedbirin hukuka uygun ve etkin bir biçimde uygulanabilmesi için, mutlaka kanun şeklinde bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Böyle bir kanunla, bireysel haberleşme özgürlüğüne getirilecek sınırlamalarda ise, orantılılık ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama ilkelerinin gözönünde tutulması gerekir<sup>48</sup>.

Konumuzla ilgili değinmek istediğimiz, diğer bir husus da, bireysel haberleşmenin denetimi bakımından mevcut olan kanun boşluğunu-kısmen de olsa gidermek için "Çıkar Amaçlı Örgüt Suçları Hakkında Kanun" tasarısının 2. maddesinde öngörülen düzenlemedir<sup>49</sup>. İletişimin dinlenmesi veya tespiti" başlığını taşıyan bu maddeye göre, sözkonusu kanun tasarısının 1. maddesinde belirtilen suçların işlenmesi bakımından makul kuşku sebepleri varsa, faks, bilgisayar gibi yazılı ve sözlü iletişim, hakim kararıyla her defasında en çok üç ay olmak üzere dinlenebilir veya tespit edilebilir<sup>50</sup>.

47 Yargıtay 9. CD, E: 1995/4186, K: 1995/5414, T: 26.10.1995 (Yayınlanmamıştır). Öztürk, Bahri: *Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları*, Ankara 1995, s. 27 vd.

48 Kanuni düzenlemede getirilecek sınırlamada uygulanacak ölçüler için bkz: Maunz-Dürrig: *Grundgesetz*, Art. 10; Özbudun, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1993, 4. Bası, s. 150-153.

49 Tasarının tam metni ve Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü'nün tasarı hakkındaki görüşü için bkz: *Hukuk Devletinde Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele*, Umut Vakfı Yayınları, İst. 1996, s. 409-425.

50 Tasarının ikinci maddesi ve gerekçesi şöyledir: MADDE 2: (İletişimin dinlenmesi veya tespiti): Bu kanunda öngörülen suçları işleme veya bunlara iştirak yahut işlendikten sonra faille her ne suretle olursa olsun yardım veya aracılık veya yataklık etme kuşkusu altında bulunan kimselerin, telefon, faks, bilgisayar gibi yazılı veya sözlü iletişimi dinlenebilir veya tespit edilebilir.

İletişimin dinlenmesine veya tespitine ilişkin kararlar, ancak makul kuşku sebeplerinin varlığı halinde verilebilir. Birden çok kimsenin birlikte veya başkasına ait yasal veya yasa dışı bir menfaati korumak amacıyla hareket etmeleri veya benzeri eylemlerden dolayı evvelce koğuşturulmuş bulunmaları gibi hallerde, makul bir kuşku var sayılır.

Başka bir tedbir ile failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesi mümkün ise, yukarıdaki hükümler uygulanmaz.

Resmi veya özel her türlü iletişim kuruluşlarının tuttıkları, iletişimin içeriği dışında kalan kayıtlar, hakim kararına gerek olmaksızın, cumhuriyet savcılığının isteği üzerine koğuşturma makamlarına verilir.

Dinleme veya tespiti, hakim karar verir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısı da bu hususlarda yetkilidir. Karar olmaksızın yapılan bu gibi işlemlerin üç gün içinde hakim kararına bağlanması şarttır. Ancak, bu süre içinde yapılan işlemler geçerliliğini korur.

Dinleme ve tespit kararları, en çok üç ay için verilebilir. Bu süre, her defasında üç aydan fazla olmamak üzere uzatılabilir.

İletişimin dinlenmesi veya tespiti işlemlerinin sonunda makul şüphe ortadan kalkar veya yetersiz kalırsa, tedbir cumhuriyet savcısı tarafından kaldırılır. Bu gibi hallerde tedbir uygulanması sonucu elde edilen ve-

Kanaatimizce tasarıyla "iletişimin dinlenmesi veya tespiti"ne kanunla bir düzenleme getirilmek istenmesi başlıbaşına olumlu bir gelişmedir. Ancak, tasarının 2. maddesinde sözkonusu tedbir bakımından öngörülen bazı koşulların bu haliyle kanunlaşmasının bazı sakıncalar taşıdığını düşünmekteyiz. Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, "iletişimin dinlenmesi veya tespiti" tedbirinin sadece tasarıdaki "çıkart amaçlı örgüt" gibi son derece sınırlı sayıdaki suç bakımından öngörülmüş olması önemli bir eksikliktir. Nitekim yine organize suçluluk çerçevesinde terörizm ve uyuşturucu madde kaçakçılığıyla ilgili fiiller gibi çok sayıda ciddi ve ağır suçlar bakımından sözkonusu tedbiri uygulamak imkanı olmayacaktır. Halbuki bu konu bakımından kanuni

riler, cumhuriyet savcılığının denetimi altında yok edilir ve durum bir tutanakla belirlenerek hakkında araştırma yapılan kişiye verilir.

MADDE 2 Gerekçe: Tasarının ikinci maddesinde, kanunda öngörülen suçların faillerine veya ilgililerine ait telefon, faks, bilgisayar gibi yazılı veya sözlü iletişimin yetkililerce dinlenebilmesi veya tespit edilebilmesi imkanı, belirli şartlarla, tesis edilmiştir; şartlar şunlardır;

a) Haklarında dinleme veya tespit tedbirine başvurulabilecek olanların kanunda öngörülen suçları işleme veya bunlara iştirak yahut suç işlendikten sonra faillere yardım veya aracılık yahut yataklık ettikleri veya edecekleri hususunda kuşku altında bulunmaları,

b) İletişimin dinlenmesine veya tespitine ilişkin kararların ancak makul şüphe sebeplerinin varlığı halinde alınabilmesi, yani kendilerine ait iletişimin kontrol edilebileceği kişilerin kanunu ihlal eden suçlarla ilişkilerini ortaya koyabilecek makul, herkesçe kabul edilebilecek şüpheli hallerinin mevcut bulunması

Maddenin ikinci fıkrasında makul şüphenin var sayılacağı bir hale ayrıca yer verilmiştir: Birden çok kimse birlikte olarak veya başkasına ait yasal veya yasa dışı menfaati korumak amacıyla hareket ettikleri veya benzeri eylemlerden dolayı evvelce haklarında kovuşturma yapılmış bulunması halinde, makul şüphe var sayılacak, yani sözkonusu iki halin varlığı şüphe için yeterli telakki edilecektir.

c) Yukarıdaki bentlerde yazılı hallerde iletişimin dinlenmesine veya tespitine C. Savcısının başvurusu üzerine hakim tarafından karar verilecektir. Hakim karar verirken, herşeyden önce yukarıda belirtilen şartların gerçekleşmiş bulunup bulunmadığını araştırmakla beraber, ayrıca maddenin üçüncü fıkrasında açıklandığı üzere dinleme veya tespit yoluna başvurmaksızın, başka bir tedbirle failin belirlenmesi, ele geçirilmesi yahut suç delillerinin elde edilmesinin mümkün olup olmadığını araştıracaktır. Araştırma sonucu, dinleme veya tespitiye başvurmaksızın amaca ulaşılması imkanının varlığı anlaşıldığında dinleme veya tespit kararı verilmeyecektir.

Dinleme veya tespit için kural olarak hakim kararının gerekmesiyle beraber, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısı da dinleme veya tespit işlemini yapmak veya kolluğa yapması için emir vermek yetkisine sahiptir. Ancak karar olmadan yapılan bu gibi işlemlerin üç gün içerisinde hakim kararına bağlanması şarttır. Hakim uygun göreceği gerekli kararı verdiği takdirde işleme devam olunur; karar verilmediği halde ise son verilir; Ancak geçen üç gün zarfında yapılan işlemler geçerliliğini yani hukuki olmak niteliğini kaybetmez.

Maddede geçen hakim teriminden maksat 9. maddenin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere, yetkili Devlet Güvenlik Mahkemesinin 1 numaralı dairesi başkanıdır. Aynı fıkra gereğince savcıdan maksat da yetkili Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcısıdır. 2. maddenin altıncı fıkrası gereğince dinleme ve tespit kararları en çok üç ay sürelidir. Ancak süre her defasında üç aydan fazla olmamak üzere gene hakim tarafından ve C. Savcısının isteği üzerine uzatılabilir. Süre uzatılmadığında ise dinleme veya tespit kararı kendiliğinden, ayrıca bir karar verilmesine gerek olmadan, ortadan kalkar.

2. Maddenin son fıkrası gereğince, üç aylık süre henüz sona ermemiş bulursa da, gerçekleştirilen dinleme veya tespit işlemleri yukarıda sözü edilen makul şüphenin varil olmadığını gösterir. Yani makul şüphe ortadan kalkar veya yetersiz kalırsa tedbir kaldırılır. Bu husustaki takdir C. Savcısına aittir. Bu gibi hallerde tedbirin uygulanması sonucu elde edilmiş bulunan bütün veriler, C. Savcısının denetimi altında imha edilir ve durum bir tutanakla belirlenir. Ayrıca hakkında dinleme ve tespit kararı alınmış bulunan kişiye işlemden bir sonuç elde edilmemiş olduğu bildirilecek, dinleme veya tespit işlemi sonunda bir kısım deliller elde olunduğu takdirde ise ilgiliye bilgi verilmeyecektir.

2. maddenin dördüncü fıkrasına resmi veya özel iletişim kuruluşlarının tuttukları veya iletişimin içeriği dışında kalan mevcut kayıtlar, söz gelimi bilgisayarlar da ilgiliye alakalı bulunan, yer almış bolan tespitlerin C. Savcılığınca alınması için, yukarıda belirtilen şartların varlığına ve hakim kararına ihtiyaç yoktur. Sözelimi savcı hakkında inceleme yaptığı kişiye ait banka hesap kayıtlarını bu kayıtlardaki hareketleri her zaman isteyebilir ve bunlar kovuşturma makamlarına veriler.

7. maddede açık olarak belirtildiği üzere ikinci ve izleyen maddelerde yer almış bulunan tedbir ve işlemlere ait kararların alınması hususunda usul ve esaslar 3, 4, 5 ve 6. maddelerde öngörülen ve aşağıda değinilecek olan bütün diğer tedbirler hakkında da uygulanacaktır.

düzenlemeye sahip her ülkede, bireysel haberleşmenin denetimi tedbiri belirli bir önem ve ağırlığı haiz bütün suçlar için uygulanabilmektedir.

İşte bu nedenlerle, işlenmiş suçların aydınlatılması için etkin bir yol olan böyle önemli bir tedbir, belirli bir suç türü bakımından çıkarılacak kanunda yer alan birkaç suç için değil; ağır nitelikteki bütün suçları kapsayacak biçimde düzenlenmeli ve bu da Ceza Muhakemeleri Usulu Kanunu çerçevesinde yapılmalıdır. Bu ise orantılık ilkesi ışığında bir suç katoloğu teşkil edilerek gerçekleştirilmelidir.

Gerçi bu bakımdan, soyut olarak bir ceza sınırı tespit edilerek, bu ceza sınırının üzerindeki bütün suçlar için denetim mümkün hale getirilebilir. Ancak bu modelde, tespit edilecek soyut ceza sınırının düşük olması halinde hafif suçlar dahi denetim tedbirinin kapsamına girecektir. Buna karşılık sınırın yüksek tutulması halinde, tedbirin etkin olarak uygulanma alanı sınırlanmış olacaktır. Bu nedenle böyle bir düzenlemenin yerinde olmayacağını düşünmekteyiz.

Bu konuda diğer bir çözüm olarak düşünülebilecek olan, sanığın muhtemel olarak mahkum edileceği somut ceza modelinin de, sübjektif mülahazalara dayanacak olmasında dolayı, yeterince açık ve kesin bir uygulama imkanı vermediği kanısındayız. Çünkü henüz soruşturmanın başlangıç aşamasında, failin muhtemelen hangi oranda cezalandırılacağını tahmin etmek çok zordur.

Bu konuda mümkün olabilecek son bir model de denetim tedbirinin "ağır ve özellik arzeden" bütün suçlar için uygulanabileceği biçimindeki kriterdir. Ancak, bu şekildeki bir düzenlemenin belirlilik ilkesiyle çatıştığı görüşüne bizde katılmaktayız. Belirttiğimiz bu nedenlerden dolayı, suçların seçimindeki zorluğa rağmen, suç kataloğu modelinin diğerlerine nazaran daha objektif ve belirli olması nedeniyle tercih edilmesi gerektiği fikrindeyiz<sup>51</sup>.

Tasarıda, dinleme ve tespit kararlarının her defasında en fazla üç ay uzatılabileceği öngörülmektedir. Kanaatimizce böyle bir düzenlemede uzatma kararı için, tedbire başvurma gereklerinin halen var olmaya devam ettiği yolundaki bir koşulun açıkça yer alması gerekir. Böylece her uzatma talebinde hakim denetim için lazım olan koşullarının halen devam edip etmediğini incelemesi gereği, emredici ve kesin biçimde ifade edilmiş olacaktır. Bu şekildeki bir düzenlemeyle denetim süresinin gereksiz ve keyfi biçimde devam ettirilmesine karşı yeterli bir güvencenin sağlanmış olabileceği görüşündeyiz<sup>52</sup>. Kanunda ayrıca denetim süresinin hakim kararıyla birlikte işlemeye başladığına dair bir açıklığın olması da, uygulamada ortaya çıkabilecek süre hesaplama tartışmalarını önlemesi bakımından yararlı olacaktır. Nitekim Almanya'da sürenin hakim

51 Schumacher, Karlhenz: *Die Überwachung der Fernmeldeverkehrs im Strafverfahren*, Diss. Hamburg 1976, s. 162 vd; Lücking; *Überwachung*, s. 187-188.

52 Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğünün Tasarıyla ilgili görüşünde ise, sözkonusu tedbirin devamı bakımından bir üst sınırın getirilmesi önerilmektedir. Bkz: *Hukuk Devletinde Terör*, s. 422.

kararıyla mı yoksa denetime fiilen başlandığı anda mı işlemeye başlayacağı bir sorun teşkil etmektedir<sup>53</sup>.

Tasarının 2. fıkrasında "dinleme ve tespit" kararının ancak makul kuşku sebeplerinin varlığı halinde verileceği ve "birden çok kimsenin birlikte veya başkasına ait yasal veya yasadışı bir menfaati korumak amacıyla hareket etmeleri veya benzeri eylemlerden dolayı evvelce koğuşturulmuş bulunmaları gibi hallerde" makul kuşkunun varsayılacağı öngörülmüştür. Kanaatimizce "makul kuşku" bakımından bu şekilde bir karinenin kanunda yer alması gereksiz olup, böyle bir kuşkunun var olup olmadığının tayin ve takdirini hakim değerlendirmesine bırakmak gerekir.

Bize göre, düzenlenecek suç kataloğundaki suçların işlenmesine veya bunlara teşebbüs edildiğine dair belirli somut vakılara dayanan bir kuşkunun varlığı halinde, bunların fail ve şerikleri hakkında denetim kararının verilebileceği biçimindeki bir koşul, hem etkili bir koğuşturmayı sağlamak, hem de bireysel haberleşme özgürlüğüne keyfi müdahaleleri önlemek bakımından uygun bir düzenleme olacaktır<sup>54</sup>.

Yukarıda değindiğimiz üzere, bireysel haberleşme özgürlüğünün kapsamına sadece haberleşmenin içeriği değil, aynı zamanda haberleşmenin zamanı, yeri, süresi ve kiminle yapıldığı gibi hususlar da dahildir. Buna karşılık tasarının 2. maddesinin 4. fıkrasına göre bu tür bilgiler hakim kararına gerek olmaksızın, cumhuriyet savcılarının isteği üzerine koğuşturma makamlarına verilebilmesi gerekir<sup>55</sup>.

Tasarıdaki eleştiri konusu olabilecek diğer bir husus da, denetimi yasak olması gereken haberleşmeler bakımından bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasıdır. Kanımızca en azından, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar ile yakalanan ve tutuklu bulunan kişilerin müdafileriyle yaptıkları konumuzla ilgili haberleşmelerin denetlenmesinin yasak olduğunun kanunda açıkça belirtilmesi gereği vardır. Ancak bu kişilerin suça bizzat iştirak etmeleri sökonusuysa, bu durumda denetim mümkün olmalıdır<sup>56</sup>.

Bu bölümde son olarak, inceleme konumuz asıl olarak bir ceza yargılaması önlemi olarak bireysel haberleşmenin denetimi olmakla birlikte, önleme amacıyla gerçekleştirilen dinleme tedbirleri açısından da Türkiye'deki mevcut durumu kısaca değerlendirmek istiyoruz. Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, bu tür denetim tedbirlerinin amacı, suçların işlenmesinin önceden önlenmesi, önemli Anayasal değer ve kurumların

53 Schnarr, Karl-Hoinz: *Zur Fristberechnung bei Anordnung der Fernelnde*, NSTZ

54 Rudolphi, Hans Joachim; *Grenzen der Überwachung des Fernmeldeverkehrs nach den § 100a, b StPO*, in: Festschrift für Friedrich Schaffstein, Göttingen 1975, s. 434; Lücking: *Überwachung*, s. 189-190.

55 Wolf: *Die Strafproessuale Überwachung...*, s. 128-129.

56 Denetimi yasak olması gereken haberleşmenin kimler için ve hangi kapsamda geçerli olması gerektiği bakımından Alman doktrininde ileri sürülen eşitli görüşler hakkında bilgi için bkz: Zuck Küdiger: *Abhör-gesetz und Anwaltschaft*, NJW 1969, s. 911 v.d.; Rudolphi-Rogall-Schlüchter-Wolter; *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Neuwied-Kriffel-Berlin 1996, § 100 a Rdn: 17-20; Rudolphi; *Grenzen*, s. 442-446; Lücking: *Überwachung*, s. 192; Gökçen; A.g. e., s. 194-195; Tosun Öztekin: *Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme*, İHFM C. XLI, sy. 3-4 Ayrı Bası, İst. 1976, s. 19 Nitekim CMUK'nun 144. maddesinin 2. cümlesinde "yakalanan ve tutuklu bulunan kişilerin müdafii ile yazışmalarının denetlenemeyeceği" öngörülmüştür.

tehlikeye karşı korunmasıdır. Bu nedenle böyle önleme tedbirleri esas itibarıyla, yargısal değil idari niteliktedir. İlke olarak devlet tarafından gizli olarak gerçekleştirilen bu tür dinleme ve denetim tedbirleri meşru olarak kabul edilmektedir<sup>57</sup>. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de casusluk ve terörizm gibi tehlikelere karşı her ülkenin demokratik rejimin korunması bakımından gizli nitelikte önleyici dinleme tedbirlerine başvurabileceğine karar vermiş olup, hem her demokratik ülkede de polis veya haberalma örgütleri önleme amacıyla konumuzla ilgili özel haberleşmeleri denetlemektedir<sup>58</sup>.

Ancak bu tür önleyici denetimlerin hangi koşullar altında yapılacağı, buna hangi makamlarca ve hangi usulle karar verileceği, bu kararların nasıl denetleneceği ve elde edilen bilgilerin nasıl kullanılıp değerlendirileceği kanunla açıkça düzenlenmelidir<sup>59</sup>.

Türkiye'de ise bu konuda açık bir kanuni düzenleme olmadığı gibi nasıl bir uygulama yapıldığına dair de kamuoyuna resmi makamlarca bilgi verilmemektedir. Sadece TBMM'de oluşturulan çeşitli komisyonlarda verilen bilgilerden ve basından, özellikle telefon dinleme bakımından keyfi uygulamalar yapıldığına dair bazı bilgiler edinilebilmektedir. Kanaatimizce açık kanuni düzenlemeye dayanmayan bu dinlemelerin tümü hukuka aykırı olup ceza yargılamasında delil olarak kullanılamazlar. Hukuk devletine aykırı olan ve temel haklara haksız bir müdahale teşkil eden bu uygulamalara son verilerek bu konuda acilen kanuni bir düzenlemeye gidilmelidir.

Önleme amacıyla yapılacak özel haberleşmenin denetimi için Anayasanın gereği olarak yapılacak kanuni düzenlemede ise;

- a) hangi devlet organlarının ne gibi koşullar altında ve hangi suçlarla ilgili olarak denetimi uygulayacakları,
- b) denetime hangi makamların, hangi usulle karar vereceği,
- c) yapılan uygulamanın nasıl ve kim tarafından denetleneceği,
- d) denetim sonucu elde edilen bilgilerin hangi biçimde kullanılacağı, gibi hususlar mutlaka yer almalıdır.

57 Rudophhi; *Strafprozeßordnung*, § 100a Rdn. 2; Lücking; *Überwachung.*, s. 15; Wolter, Jürgen; *Heimliche und automatische Informationseingriffe wieder Datengrundrechtsschutz*, GA 1988, s. 49-90, 129-142.

58 Karar için bkz. yukarıda Klass Davası ile ilgili açıklamalar; Ayrıca NJW 1979, s. 1755-1760; Federal Almanya'da bu konudaki uygulama ve tartışmalar için bkz; Wagner, Joachim: *Terrorismus, Hochverrat und Abhörsgesetz* NJW 1980, s. 913-920; Schröder, Friedrich-Christian: *Moabiter Landrecht oder Hamburger Juristische Spökenkiekerei*, NJW 1980, s. 920-922.

59 Gökçen: A. g. e., s. 108; Borgs-Maciejewski-Herman-Ebert-Frank: *Das Recht der Geheimdienste Kommentar*, Stuttgart u.a. 1986. Almanya'da önleme amacıyla denetim "G 10Gesetz" olarak adlandırılan bir kanuna göre yapılmaktadır (Bu kanun için bkz. yukarıda) Bu denetim sonucunda elde edilen bilgiler ise ilke olarak ceza muhakemesinde delil olarak kullanılabilir. Örneğin, bu kanuna göre bir olayla ilgili olarak Türk Başkonsolosluğunun telefonları dinlenmiş ve bunun sonucunda elde edilen bilgiler, Alman vatandaşı sanık aleyhine delil olarak kabul edilmiştir. Karar için bkz; JZ 1990 s. 1033-1034; Kararın eleştirisi için bkz: Schröder, F. C: NJW 1990, s. 1034-1035. Federal Almanya'da tartışılan diğer bir konuda, bir ceza muhakemesi tedbiri olarak gerçekleştirilen denetim sonucunda elde edilen bilgilerin önleme amacıyla kullanılıp kullanılamayacağıdır. Kullanılabileceği görüşü hakkında bkz: Globig, Klaus: *Die Verwertung von Abhörkenntnissen aus einer Telefonüberwachung gem. § 100a StPO zu Zwecken der Gefahrenabwehr*, ZRP 1991, s. 81-85; Karşı görüş; Hassemer, Winfried: *Telefonüberwachung und Gefahrenabwehr*, ZRP 1991, s. 81-85; Karşı görüş; Hassemer, Winfried: *Telefonüberwachung und Gefahrenabwehr*, ZRP 1991, s. 121-125; Rudolphi; *Strafprozeßordnung*, § 100a Rdn. 3.

#### IV. Karşılaştırmalı Hukukta Durum

##### A. Almanya

##### 1- Genel Olarak

Almanya'da 13.08.1968 yılında çıkarılan "Mektup, posta ve uzaktan haberleşmenin gizliliğinin sınırlandırılmasına dair kanun" (G10 Gesetz) ile, ilk kez haberleşmenin denetlenmesine ilişkin hükümler Alman Ceza Usul Kanununa (StPO) geçirilmiştir. StPO'nun 100a ve 100b maddelerinde yer alan bu düzenlemelerden önce, "Uzaktan haberleşmelere dair kanun'un (Gesetzes über Fernmeldeanlagen = FAG) 12. maddesine göre ancak tamamlanmış bir haberleşmeler hakkında bilgi almak mümkün idi. Diğer bir deyişle henüz gerçekleşmemiş haberleşmeler bakımından, bir denetim kararı mümkün olamıyordu<sup>60</sup>.

Alman Anayasasının 10. maddesi ile özel haberleşmenin gizliliği ve dokunulmazlığı güvence altına alınmıştır. Haberleşmenin kamusal posta veya özel kuruluşlar vasıtasıyla yapılması bu güvencenin geçerliliği bakımından bir önem taşımamaktadır, çünkü burada önemli olan haberleşmenin kamusal güç karşısında korunmasıdır. Ancak bu korumanın varlığı için haberleşmenin kamuya açık değil, kişisel bir nitelik arzemesi gerekir. Alman Anayasasının 10/2 maddesine göre ise kişisel haberleşme sadece kanunla öngörülen şartlara uygun olarak sınırlandırılabilir<sup>61</sup>.

Ancak bu sınırlama yine Alman Anayasasının 19/2 maddesinde belirtilen temel hakların özüne dokunulmaması güvencesine, belirlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerine uygun olmalıdır<sup>62</sup>.

Diğer yandan yine Alman Anayasasının 2. maddesiyle korunan genel şahsiyet hakları çerçevesinde, kişinin özel hayatına ilişkin bilgileri ne zaman ve hangi sınırlar içerisinde açıklaması hususunda bizzat karar verme yetkisi güvence altına alınmıştır. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında, herkesin kendi konuşmaları üzerinde sahip olduğu tasarruf hakkı nedeniyle, kişinin yaptığı konuşmaları kimin kaydedeceği ve bu kayıtların hangi çerçevede dinletileceği hususunu ilke olarak bizzat belirleyeceği, açıklanmıştır. Bütün bu güvenceler ise anayasal düzen çerçevesinde bir sınırlamaya tabi olmakta ve şahsiyet hatlarına diğer anayasal ilkelere uygun olmak koşuluyla müdahale mümkün olabilmektedir<sup>63</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Alman Anayasası'na öngelen bir düzenleme olarak kabul edilmemekte, sözleşme diğer Alman Kanunları düzeyinde geçerli olmaktadır.

60 Böttger, Andreas-Pfeiffer, Christian: *Der Lauschangriff in den USA und in Deutschland*, in; ZRP 1994, s. 7 vd.

61 Maunz/Dürig: *kommentar zum Grundgesetz*, Art. 10 Rdn 19. Schumacher: *Die Überwachung*, s. 16. Oehler, Diotrich: *Postanın Gizliliği MAHD 1970-71*, c. 4-5, sy. 6-8, s. 245-246. (çev. Servet Armağan).

62 Jarass in: Jarrass-Pieroth: *GG Kommentar Art. 10*, Rdn. 11.

63 Lammer: *Verdeckte Ermittlungen im Strafprozess*, s. 23 v.d. Welp, Jürgen: *Die Strafprozessuale Überwachung*, s. 17, 61.



Bu nedenle AİHS'nin 8. maddesi ile Alman Anayasasının 10. maddesi doğrudan bir yarışma içinde değildirler. Sözleşmenin 25. maddesi gereğince ise Alman vatandaşlarının Avrupa İnsan Hakları Divanı'na başvuru imkanı vardır<sup>64</sup>.

## 2- Denetimin Maddi Koşulları

### a) Denetim konusu araçlar yönünden

SIPO'nun 100a ve 100b maddesi ile sadece telefon değil, bunun yanında teleks, faks, çağrı cihazı gibi araçlarla yapılan haberleşmeler de denetim altına alınabilmektedir. Ancak haberleşmenin gerçekleştiği kuruluşun kendinde kalan, haberleşmenin zamanı, süresi ve konuşulan numaralar gibi bilgiler FAG'nin 12. maddesine göre ilgili kuruluştan istenecektir. Bu durumun dışındaki bütün denetim ise StPO'nun yukarıda belirttiğimiz hükümleri, çerçevesinde yapılacaktır<sup>65</sup>.

### b) Denetimin Amacı

StPO'nun 100a maddesinin birinci cümlesine göre denetim olayın, aydınlatılması ile zanlı vey sanığın bulunduğu yerin tespiti gibi sadece işlenmiş bir suçun koğuşturulması amacıyla yapılabilir. Buna karşılık, Alman Anayasasını Koruma makamları ile Alman Haberalma Teşkilatı, özgürlükçük demokratik temel düzeni tehdit eden tehlikelere karşı korunması gibi amaçlarla, önleyici olarak haberleşmenin denetlenmesi tedbirine başvurabilirler. Bu ise "G-10 Gesetz" isimli kanunun 1/1 maddesine göre yapılacaktır<sup>66</sup>.

### c) Suç Şüphesinin Varlığı

StPO'nun 100a/2 maddesine göre haberleşme araçlarının denetimine karar verebilmek için "en azından müşahhas olaylara dayanan bir şüphenin" varlığı gerekir. Diğer bir deyişle denetim ararı için kanundaki suç kataloğunda belirtilen suçlardan birinin işlendiği veya buna teşebbüs edildiği ya da gerçekleştirilen başka bir suçla bu suçların işlenmesine hazırlık yapıldığına dair belirli olgulara dayanılması zorunludur<sup>67</sup>.

64 BVerfGE 10, 271/274.

65 Lücking: *Überwachung*, s. 12 vd.

66 Roxin, Claus: *Strafverfahrensrecht*, s. 220.

67 Welp.; *Die Strafprozessuale überwachung*, s. 65, 82. Roxin: İbid. StPA'nun 100a maddesine göre, haberleşmenin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği suçlar şunlardır: "Barışı tehlikeye düşürmeye veya eyalete ihanete ve dış güvenliği tehlikeye düşürmeye dair suçlar. (StGB'nin 80-82, 84-86, 87-89, 94-100a maddeleri) Dernekler Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrasının 1-4 no.lu bentlerindeki suçlar (StGB'nin 109d, 109h maddeleri). Kamu düzenine karşı işlenen suçlar. Asker olmaksızın, askerden kaçmaa azmettirme ve iştirak veya itaat etmemee azmettirme. (Askeri Ceza Kanununun 1. paragrafının 3.

### 3- Denetimin Şekli Koşulları

#### a) Yetki Yönünden

Denetime karar verme yetkisi hakimindir. Ancak gecikmesinde sakınca olan halde savcı da bu kararı verebilir. Bu halde üç gün içinde, karar yetkili hakimce onaylanmaz ise geçersiz olacaktır<sup>68</sup>.

#### b) Uygulama ve Süre

Tedbirin süresi aç aydır, ancak karar için gereken şartların varlığı devam ediyorsa süre üç a daha uzatılabilir (StPO md. 100 b/2) Kararın uygulanması ise ilgili haberleşme kuruluşunun, savcı veya onun yardımcılara haberleşmeyi denetleyebilmeleri için gerekli imkanları sağlamaları yoluyla gerçekleşmektedir (StPO. md. 100 b/3)<sup>69</sup>.

#### c) İlgililere Haber Verme Yükümlülüğü

Almanya'da haberleşmenin denetlenmesi bakımından, buna maruz kalan ilgilileri bilgilendirmek yükümlülüğü vardır. Ancak bu tedbirin sonuçsuz kalmaması ve soruşturmanın tehlikeye düşmemesi için uygulama yapıldıktan sonra haber verme yükümlülüğü yerine getirmekte ve böylece ilgiliye sözkonusu tedbir bakımından hukuki başvuru imkanı sağlanmaktadır (StPO md. 101/1). Denetim sonucu elde edilen kayıtlar, dava dosyasına konmakta ve müdafinin bunları incelemesi mümkün hale getirilmektedir. Buradaki ilgiliden, zanlı veya sanık yada tedbirin yöneldiği diğer kişiler anlaşılmaktadır<sup>70</sup>.

### 4- Rıza yoluyla yapılan denetim

Haberleşmeye katılan taraflardan birinin, haberleşmenin denetimine rıza

fıkrası ile bağlantılı olarak 16. 19. paragrafları). Kuzey Atlantik Andlaşmasına taraf olan ve Federal Almanya'da üstlenmiş bulunan Alman olmayan devletlerin birliklerinin güvenliği aleyhindeki suçlarla, Berlin eyaletinde bulunan üç devletten birinin güvenliği aleyhindeki suçlar (StGB'nin 89-94, 98-100, 109d, 109d, maddeleri ile 4. ceza kanunu değişikliğine dair kanunun 7. maddesi ile bağlantılı olarak Askeri Ceza Kanununun 16. ve 19. paragrafları). Para ve kıymetli evrakta sahtecilik (StGB'nin 146, 151-152. maddeleri) İnsan ticareti, basit ve nitelikli adam öldürme, ırkın katledilmesi suçları (StGB'nin 181/2, 211, 212, 220a maddeleri). Kişi hürriyet aleyhindeki suçlar, yağma, or kullanarak şantaj suçları, şantaj (StGB'nin 234, 234a, 239b, 249-251, 253, 255. maddeleri). StGB'nin 306-308, 310b/1-3, 311/1-3, 311a/1-3, 311b, 312, 313, 315/3, 136a, 316c ve 324. maddelerinde düzenlenmiş olan kamuyu tehlikeye düşüren suçlar. Silah kanununun 8/1-1-2 maddeleri ile harp silahlarının denetimi hakkındaki kanunun 16/1, 2 maddesindeki suçlar. Uyuşturucu maddeler kanununun 11/1 1-3 ile 6-8 paragrafında gösterilen suçların mesleki veya örgütlü biçimde işlenmesi halleri, "Gökçen: *Elkoyma* s. 189 5 no.lu dipnot.

68 Yurtcan: s. 353.

69 Kleinknecht-Meyer: *Strafprozessordnung*, § 100b, Rdn. 5.

70 Löwe-Rosenberg: *Die Strafprozessordnung*, § 101, Rdn. 1 Welp: *Die Strafprozessuale Überwachung*, s. 112-114.

göstermesi halinde StPO'nun ilgili hükümlerindeki şartlar yerine getirilmeden dinlemenin mümkün olup olmayacağı Alman Hukukunda tartışmalıdır. Nitekim BGH'nin 8 Ekim 1993 tarihli kararına konu olan olayda, bir polis memurunun hazırlık soruşturması yürütülürken, yapılan bir telefon konuşmasını, konuşmaya katılan taraflardan birinin rızası üzerine paralel bir telefon dinlemesinin, hukuka uygun olduğu sonucuna varılmıştır. Buna gerekçe olarak ise, haberleşme gizliliğinin devlete karşı varolduğu bunu karşılık haberleşenler arasında aynı durumun geçerli olmadığı gösterilmiştir. Ancak, bu yoldaki uygulamanın koğuşturma organlarına, kanundaki koşullara uymadan, (örneğin polisle işbirliği yapan kişiler kullanılarak) özel haberleşmeyi rahatlıkla denetlemesi imkanı verdiği ciddi bir eleştiri olarak ileri sürülmüştür<sup>71</sup>.

### 5- Denetim sonucunda elde edilen kayıtların değerlendirilmesi

Haberleşmenin denetimi sonucunda elde edilen kayıtların hangi biçimde davaya dahil edileceği konusunda StPO'da bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak mahkeme içtihatları yoluyla, sözkonusu kayıtların, ya keşif konusu eşya olarak dinleneceği ya da bu kayıtların yazıya dökülerek belge delili olarak kullanılabilmesi biçimde bir uygulama kabul edilmektedir<sup>72</sup>.

Denetim sonucunda elde edilen kayıtların, delil olarak değerlendirilebilmesi için, denetimin StPO'da öngörülen şartlara uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Eğer haberleşmenin denetimi tedbiri StPO'nun 100a ve 100b maddelerine aykırı olarak yayılmış ise, bu şekilde elde edilen deliller, her zaman delil değerlendirme yasağı çerçevesinde kabul edilmeyebilir. Böle bir durumda hukuka akırı olarak elde edilen deliller, şahsiyet hakları ile suç koğuşturmasına ilişkin çıkarlar bakımından bir değerlendirmeye tabi tutulmakta ve bunun sonucuda hangi değerün üstün tutulması gerektiği bakımından bir karara varılmaktadır. Ancak StPO'nun 100 "keyfi" biçimde varlığına dayanılarak, bu tedbire başvurulmuş ise, bu durumda elde edilen deliller değerlendirilmeyecektir<sup>73</sup>.

Hukuka uygun olarak yapılan denetimde ise, denetim kararının konusuna oluşturulan suçun dışındaki, başka bir sua ilişkin olarak "rastlantıya dayanan bulgular" elde edilebilir. Eğer bulgular StPO'nun 100a maddesinde düzenlenen katalogdaki suçlardan biriyle ilgiliyse, bunlar delil olarak değerlendirilir. Buna karşılık, tedbirin uygulanması esnasında, denetime konu olmayan, yani StPO'nun 100a maddesinde belir-

71 Rudolphi: *Strafprozessordnung*, § 100a Rdn, 9; Gössel, Karl Heinz: *Die Beweisverbote im Strafverfahrensrecht der Bundesrepublik Deutschland*, GA 1991, s. 495; Löwe-Rosenberg; § 100a Rdn. 9-9a. Gusy, Christoph: *Das Gündrecht des ost und femmeldegeheimnisses*, JuS 1986, s. 95; Amelung, Knul-Pauli, Gerhard. *Einwilligung und Verfügungsbefugnis bei staatlichen Beeinträchtigungen des fernmeldegeheimnisses i.S.d. Art. 10 GG*, MDR 1980, s. 801.

72 Ro0in: *Strafverfahrensrecht*, § 34, CIX 4.

73 Welp: *Die Strafprozessuale: Überwachung*, s. 209 v.d.; Löve-Rosenberg: *Die Strafprozessordnung*, § 100a Rdn. 28-40.

tilmeyen bir suçla ilgili deliller elde edildiğinde, bu deliller ancak 100 a maddesinde suçlardan biriyle bağlantılı olması koşuluyla değerlendirilebilmeleri mümkündür<sup>74</sup>.

## B. İngiltere<sup>75</sup>

### 1. Genel Olarak

İngiltere'de telefon dinleme "Interception of Commications Act" (ICA) isimli ve 25.07.1985 tarihinde yürürlüğe girmiş olan kanunla düzenlenmiştir. Bu kanun 2.8.1984 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "Malone" olayı ile ilgili olarak, İngiltere'yi tazminat ödemeye mahkum etmesi üzerine çıkarılmıştır. "Malone" olayında İngiltere Yüksek Mahkemesi telefon dinlemenin hukuka aykırı olmadığı yönünde karar vermişti. Bunun üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde açılan davada, mahkeme, şartları kanunla düzenlenmeyen telefon dinlenmesi durumunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin ihlal edildiği şeklinde karar vermiştir<sup>76</sup>.

İngiltere'de yazılı bir Anayasa olmadığı için, etkili bir ceza adaletininin gerekli ile fertlerin yararlarının korunması arasında dengeleme bakımından açık anayasal bir düzenlemeye dayanılmamaktadır. Ancak son yıllarda insan haklarına uygun bir çerçevede reform çabalarına şahit olunmaktadır.

Bilindiği üzere, İngiltere'de hukuk kaynakları, bir yandan mahkeme kararlarından doğan "Common Law" diğer yandan parlamentonun çıkardığı kanunlardan ortaya koyduğu "Statute Law"dır. "Malone" olayı dolayısıyla İngiltere'de "bireysel haklar" konusunda bir tartışma yaşanmıştır, ancak bu haklar "genel hareket özgürlüğü" olarak anlaşılmamışlardır. Ayrıca, özel hayatın korunması da bir temel haklar kataloğunda temellendirilmemektedir. Bu nedenledir ki; özel hayatın bir parçası olan, ferdin bilgi alışverişi konusundaki faaliyetini bizzat belirleme hakkı, İngiliz mevzuatında "itimadın kötüye kullanılması"na ilişkin kurallar çerçevesinde korunmaktadır.

Diğer yandan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İngiliz mevzuatına dahil edilen bir düzenleme olmadığından, İngiliz Mahkemeleri sözleşmeyi doğrudan doğruya uygulayamamaktadırlar. Ancak Sözleşme Birleşik Krallık tarafından imzalandığı için kanunların yorumunda gözönünde tutulmaktadır.

### 2) Telefon Dinlemenin Koşulları

#### a) Soruşturmanın amacı bakımından

74 Rudolphi: *Strafprozessordnung*, § 100a Rdn 30.

75 Lücking: *Überwachung*, s. 95-118; Meyer, Jürgen: *Zur Strafprozessualen Überwachung des Fernmeldeverkehrs aus rechtsvergleichender sicht*, in: Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag. Tübingen 1992, s. 331-340.

76 Karar için bkz. yukarıda.

İngiltere'de telefon dinleme milli güvenliğe ilişkin çıkarların korunması, ağır suçların işlenmesinin önlenmesi ve koğuşturulması ve ülkenin ekonomik refahın güvence altına alınması amaçlarıyla gerçekleştirilebilir. Böylece telefon dinleme ile hem önleyici (präventiv) hem de suç koğuşturması amaçları güdülmektedir.

### **b) Suçun niteliği bakımından**

İngiltere'de sadece ağır suçlar sözkonusu olduğunda, bireysel haklara müdahale haklılık kazanmaktadır. Suçun belirli bir ağırlıkta olması ölçütü ICA'nın s. 10 (3) maddesinde ifade edilmiştir. Buna göre 21 yaşın üzerinde sabıkasız bir kişinin en az üç yıl hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum edilmesini gerektiren suçlar veya şiddet kullanmak yoluyla önemli miktarda kazanç sağlayan suçlar ya da çok sayıda kişinin ortak bir amaç etrafında birleşerek işlediği suçlar, ağır suç olarak kabul edilmektedir.

### **c) Suç Şüphesinin Varlığı**

Kanunda, telefon dinleme bakımından bir suç şüphesinin varlığı açıkça düzenlenmemiştir. Ayrıca milli güvenlik ve ekonomik refah kavramları kanunda tarif edilmemiştir. Bu nedenle telefon dinleme açısından uygulamacıya kanunu geniş bir biçimde yorumlama imkanı yaratılmıştır. Buna karşılık telefon dinlemenin "suçların aydınlatılması bakımından zorunlu olması" kavramı kanunun s.2(3) maddesinde somutlaştırılmıştır. Buna göre, telefon dinleme yoluyla elde edilecek bilgilere başka yollarla ulaşılmasının çok zor olması gerekir. Diğer bir deyişle, telefon dinlemenin büyük bir ihtimalle ilgilinin mahkumiyetini sonuçlayabileceği konusunda kabul edilebilir nedenler varsa, bu tedbire başvurulabilir.

### **d) İlgili kişiler**

Telefon dinleme hem suç zanlısı kişinin başkasını telefonla araması hem de, bir başkasının onu araması bakımından gerçekleşmektedir. Ayrıca, Telefon dinlemeye konu olan suça katılmadığı bilinen iyi niyetli üçüncü kişinin telefonları da gerektiğinde dinlenebilir. İngiltere'de meslek sırrı saklama yükümlülüğü ve tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar telefonlarının dinlenmesi bakımından özel bir hukuki korumaya sahip değildirler. Eğer koşulları varsa bu kişiler için de denetim yapılmaktadır.

## **3) Telefon Dinlemenin Şekli Koşulları**

### **a) Yetki bakımından**

Telefon dinleme tedbirine bu ülkede bir (kural olarak İçişleri Bakanı) bakan karar vermektedir. Gecikmesinde sakınca olan hallerde ise ilgili bakanlığın, bu yetkiyle

donatılmış bir memuru da bu bakımdan yetkilidir. Ancak bu halde, bakanın sözlü onayı gerekir.

### **b) Süre ve uygulama biçimi**

Telefon dinleme kararının alınması üzerine bu karar, kamusal telefon idaresine iletilmekte ve bu idarenin görevlileri de dinlemeyi gerçekleştirdikten sonra, ellerindeki kayıtları soruşturmayı yürüten makama iletmektedirler. Dinleme kararının süresi iki ayla sınırlı olup, bu sürenin uzatılması mümkündür.

### **c) İlgiliye haber verme ve tedbire itiraz**

İngiltere'de telefon dinlenen kişinin bu tedbirden haberdar edilmesi bakımından, kanunda bir düzenleme yoktur. Çünkü böyle bir haber vermenin suçları aydınlatmayı zaafa uğratacağı düşünülmüştür. Telefon dinleme tedbiri kararından, suç zanlısının önceden haberdar edilmesinin bu tedbiri etkisizleştireceği açıktır. Ancak İngiltere'de ilgili hiç bir aşamada bundan haberdar edilmemektedir. Durum böyle olunca, ilgili telefon dinleme tedbirin hukuka uygunluğunun denetimi bakımından bir başvuru imkanına sahip olamamaktadır. Bu ise ferdin kendi hakkındaki işlemlere karşı başvuru hakkını ihlal eder niteliktedir. Kanunda ilgiliyi telefon dinleme bakımından haberdar edilmesi bakımından bir yükümlülük düzenlenmemiş olmasına karşılık, eğer kişi telefonlarının dinlendiği yolda herhangi bir biçimde kanaate ulaşırsa; yine kanunda kurulması öngörülen ve 5 hukukçudan oluşan komisyona müracaat edebilmektedir. Bunun üzerine sözkonusu komisyon bir telefon dinlemenin olup olmadığını ve eğer varsa bunun hukuka uygun olup olmadığını inceleyecektir.

## **4 Telefon dinleme yoluyla elde edilen bilgilerin değerlendirilmesi**

ICA s.9'a göre, telefon konuşmalarının kaydedildiği bantlar veya bu bantların bilahere yazılı hale getirildiği evrakın İngiliz Ceza Muhakemesinde doğrudan delil olarak değerlendirilmesi mutlak olarak yasaktır. Bu nedenle, telefon dinleme yoluyla elde edilen bilgiler sadece, soruşturma makamlarının bunlara dayanarak başkaca delillere ulaşması için kullanılabilir. Böylece elde edilen deliller ise ceza muhakemesinde değerlendirilebilecektir.

Telefon dinleme konusunda kamuoyu, resmi bir komisyonun düzenlendiği bir yıllık haber raporuyla bilgilendirilmektedir. Ancak bu konuda bir çok bilgi, gizli olduğu gerekçesiyle açıklanan raporda yer almamaktadır.

**C. Fransa<sup>77</sup>****1- Genel olarak**

Fransız parlamentosu 10.07.1991 tarihli ve "Relative au secret des correspondances émises par la voie des telecommunications" isimli bir kanun çıkarmış ve bu kanunla Fransız Ceza Muhakemeleri usulu kanununa 100 ila 10-7 maddeleri ilave edilmiştir. 1.10.1991 tarihinde yürürlüğe giren bu kanunla telefon faks gibi bireysel haberleşme araçlarının nasıl denetleneceğine ilişkin koşullar düzenlenmiştir.

Fransız Anayasası az sayıda temel haklara ilişkin güvenceleri içermektedir. Ancak kanun koyucu temel insan haklarının korunması bakımından kendini yükümlü görmektedir. Bu ülkede temel haklar sübjektif-kamusal değil salt objektif hukuk normları olarak anlaşılmaktadır. Bu hakların korunması ve geliştirilmesi ise kanun koyucu için çok önemli bir anlam ifade eder. 1977 yılında verilen bir kararla, özel hayatın korunması mahkeme içtihatlarında özellikle yer bulmuştur. Aynı şekilde özel haberleşme özgürlüğünden hareketle, devletin sınırsız olarak kişisel bilgileri elde etmesi ve bunları değerlendirme, kabul edilmemektedir. Diğer yandan Fransa, 31.12.1973 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni onaylamıştır. Fransa Anayasası'nın 55. maddesine göre bu sözleşme kanunlar hiyerarşisinde Anayasasının altında diğer kanunların ise üzerinde yer almakta olup, sözleşme Fransız hukukunda doğrudan uygulanabilir.

**2) Denetim maddi koşullar****a) Denetimin Amacı**

Fransa'da konumuzla ilgili özel haberleşmenin denetimi, Milli güvenliğin, kamu düzeninin korunması, suçların önlenmesi ve uydanlatılması nedeniyle gerçekleştirilebilir. Böylece sözkonusu tedbir hem önleme hem de ceza yargılaması amaçlarıyla başvurulmuş bir tedbir olmaktadır.

**b) Denetim Konusu Suçlar**

CPP'nin 100/1 maddesine göre denetim ancak altı sınıırı iki yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren cürüm veya cünhalar bakımından uygulanabilir. Denetim bakımından varlığı gerekli suç şüphesinin derecesi bakımından kanunda açık bir düzenleme yoktur. Ancak Fransız CPP 63/2 maddesine göre, kişinin biçimsel olarak suçlanması bakımından gerekli olan, çelişkisiz ve ağır şüphenin varlığı koşulu, denetim kararı bakımından da geçerli olarak kabul edilmektedir.

<sup>77</sup> Rombach, Peter H. M.: *Die Strafprozessuale Überwachung des Fernmeldeverkehrs in Frankreich*, 52 1991, s. 78 v.d.; Lücking: *Überwachung*, s. 119-147.

### c) Maruz kalanlar yönünden

Kimlerin denetime maruz kalacağı bakımından CPP'nin 100. maddesinde bir açıklık olmamakla birlikte, zanlı ve onunla telefon v.s. yoluyla haberleşenlerin, bu tedbirin muhatabı olacağı kabul edilmektedir. Fransa'da müdafinin sanıkla olan münasebeti özel koruma altındadır. Bu koruma müdafiler, hekimler, eczacılar gibi meslek mensupları bakımından geçerlidir. Bu nedenle müdafinin telefon v.s. haberleşmesi ancak istisnai hallerde ve baro başkanının da görüşü alınarak soruşturma hakimi tarafından verilecek kararlarla mümkün olabilir.

## 3) Denetimin Biçimsel Koşulları

### a) Yetki

CPP'nin 75 vd. maddelerine göre hazırlık soruşturması savcının gözetiminde polis tarafından yapılır; bunun sonucundaki ön soruşturma ise soruşturma hakimince yürütülür (CPP md. 49. md). İşte bu aşamada ancak soruşturma hakimi denetime karar verir. Polis tarafında yürütülen hazırlık soruşturmasında ise bu tedbire başvurulması yasaktır.

### b) Uygulama ve süre

Denetim tedbiri kararı üzerine hakim talimatı ile polis, özel ve kamusal telefon ya da haberleşme işletmesinin görevlilerine, karara konu olan haberleşme aracının denetlenmesinin gerçekleştirmelerini sağlar.

CPP'nin 100/2 maddesine göre denetim en çok 4 ay süreyle mümkün olabilir. Ancak gerekli koşulların varlığının devamı halinde, bu süre uzatılabilir. Denetim sonucu elde edilen kayıtlar CPP'nin 100-6 maddesine göre dava zamanaşımı süresince muhafaza edilir. Bu süre cürümlerde 10 cünhalarda 3 yıldır, böylece ceza koğuşurmasından beklenen fayda fertlerin çıkarlarının önünde tutulmuştur. Ancak bu durum, davanın yeniden görülmeye başlanması hallerinde, delillerin el altına bulunması bakımından faydalı olarak kabul edilmektedir.

### c) İlgililere Haber Verme Yükümlülüğü

tedbirin ilgiliye bildirilmesi bakımından kanunda bir düzenleme yoktur. Bu konuya mahkeme içtihatlarınca bir açıklık getirilmesi beklenmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, Fransa'da savunma hakkı çerçevesinde sanığın dosya inceleme hakkı vardır. İşte bu yolla en azından sanık denetim konusunda bilgi sahibi olmaktadır.

## 4) Kanuni Çareler



Denetim kararına karşı ilgilinin başvuracağı özel bir kanuni çare son derece sınırlıdır. İlgili ne denetim kararına ne de bunun uygulanmasına karşı bir kanuni başvuru imkanına sahiptir. Buna karşılık savcılık bütün hakim kararlarına karşı itiraz yoluna başvurabilir. Bu nedenle ilgili sadece soruşturma makamlarını harekete geçirmek yoluyla, dolaylı bir şekilde karara karşı "Chambee d'accusation" olarak adlandırılan bir dava açılmasını sağlayabilir. Bu ise soruşturma muhakemesi çerçevesinde görülecek ve eğer bir hukuka aykırılık tespit edilirse karar geçersiz sayılabilecektir.

#### 4) Denetim sonucu elde edilen kayıtların değerlendirilmesi

Fransa'da ceza muhakemesinde her şeyin delil olarak kabul edildiği delil serbestliği sistemi geçerlidir. Hukuka aykırı yoldan bir delil elde edilmesi halinde, dürüstlük ilkesi çerçevesinde somut olayı özelliklerine göre delilin değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine karar verilmektedir. Diğer bir deyişle delil hukuka aykırı biçimde elde edilmişse dahi, mahkeme bu delili değerlendirebilir.

Denetim sonucunda elde edilen kayıtlar ise, bu tedbirin özel hayata ağır bir müdahale niteliği taşıması ve bunların üzerinde değişiklik yapılması ihtimali nedeniyle, mahkemeler bu kayıtları bir delilden ziyade bir belirli olarak kabul etmektedir. Ayrıca sadece bu kayıtlara dayanarak sanığın mahkum edilmesi kabul edilmemektedir.

### D. Amerika Birleşik Devletleri<sup>78</sup>

#### 1- Genel Olarak

ABD'de telefon dinleme 1968 yılında çıkarılan "Title III Omnibus Crime Control and Sate Streets Act" isimli kanunla düzenlenmiştir. Bu kanun etkili bir ceza koğuşturması için yapılan geniş reform paketinin bir parçasını oluşturmaktadır. Ayrıca Amerikan Yüksek Mahkemesinin (Supreme Cort) Anayasanın fertlerin özel hayatını güvence altına alan kurallarını, polisin başvurduğu zorlayıcı tedbirlere karşı çok geniş bir biçimde yorumlayıp uygulaması, kanun koyucuyu hukuka uygun bir telefon dinlemenin koşullarını daha açık bir biçimde düzenlemeye sevketmiştir. Böylece etkili bir ceza kovuşturmasının gerekleriyle, kişilerin özel hayatlarının korunması arasında bir denge sağlanması ve hukuki durumun bütünleştirilmesi amaçlanmıştır.

ABD'de çoğunlukla, devlet gücünü kullanan resmi kişilerin görev alanları ve yetkileri kanunlarda düzenlenmiştir. Ancak bu, devletin vatandaşlarının haklarına müdahale etme koşullarının bir kanunla detaylı olarak belirlenmesi anlamına gelmemektedir.

78 Carr, Tames G.: *Polizeiliches Abhören in den vereinigten Staafen und in der BRD: Rechtslage Und Praxis*, MschrKrim 1979, s. 64 v.d.; Susanne, Walther; *Die "Strafprozessuale" Überwachung des Femmeldeverkehrs: Ein Rechtsvergleichender Blick auf das gesetzliche Regelungsmodel in den USA*, Strafverteidiger 1991, s. 270 v.d.; Böllger, Andreas-Pfeiffer, Christian: *Der Lauschangriff in den USA und in Deutschland*, ZRP. 1994 s. 7 vd.

Çünkü kanunların yanında mahkemelerin ortaya koyduğu içtihatlar yoluyla da, resmi görevin icrasını hukuka uygun olarak yürütülmeini sağlayan kurallar konabilir. Ayrıca ABD Anayasasında özel haberleşme hürriyetine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, ABD Anayasasının 4. ekinde sınırsız aramanın yapılması yasaklanmaktadır. İşte Amerikan Yüksek Mahkemesi bu düzenlemeden hareketle özel konuşmaların gizliliğinin korunmasını sağlayıcı kararlar vermektedir.

## **2) Telefon dinleme kararının maddi koşulları**

### **a) Suç Şüphesi**

Telefonların dinlenmesi bakımından kanunda belirtilen suç kataloğundaki suçlarla ilgili olarak, somut vakıalara dayanan bir şüphenin (basit şüphe) varlığı gerekmektedir. Bu suç kataloğunda 100'ün üzerinde suç sayılmıştır. Bunlar ise uyuşturucu madde, suçları, örgütlü suçlar, ekonomik suçlar, atom tesislerinin korunmasını ihlal eden suçlar, cinsel suçlardır. Telefon dinleme kararı ancak başka tedbirlerin sonuçsuz kalması söz konusuysa verilebilir.

### **b) Maruz kalanlar yönünden**

ABD'de sadece anlının konuşmalarının dinlenmesi gereği vardır. Diğer bir deyişle dinleme telefon hattına değil de kişiye yönelik olmalıdır. Ancak denetim ile otomatik olarak zanlı ile konuşan kişi de zorunlu olarak dinlendiğinden, bu gereklilik sözde kalmaktadır.

## **3) Telefon Dinlemenin Şekli Koşulları**

### **a) Yetki bakımından**

Denetim kararı kural olarak hakim tarafından verilir. Hakim, telefon dinleme talebini özenle gözden geçirecek eğer bir eksiklik varsa veya bu tedbiri gereksiz görüyorsa talebi reddedecektir. Hakim yıl sonunda verdiği telefon dinleme kararlarını "Administrative Office of the US. Courts" isimli komisyona bildirmekle yükümlü olduğundan, bu durum etkili bir denetimin olmasını sağlamaktadır. Bu komisyon ise her yıl "Wiretap Reports" isimli bir raporla, konuyla ilgili bilgileri kamuoyuna açıklamaktadır. Nitekim 1984-1992 yılları arasında 3410 adet telefon dinleme kararı verilmiş olup bunlardan % 63,4'ü uyuşturucu madde suçları % 11,9'fu gayri meşru şans oyunları % 11,2'si örgütlü suçluluk için verilmiştir. Bu sayı aynı zaman ölçüsü içindeki geçmiş yıllara göre % 36'lık bir artışı ifade etmektedir.

Eğer gecikmesinde sakınca olan bir halin, adam öldürme veya müessir fiil suçlarının işlenmesi bakımından doğrudan bir tehlikenin veya milli çıkarılara yönelik bir tehdidin varlığı söz konusuysa denetim kararını savcılık da verebilir. Ancak bu karar 48

saat içerisinde yetkili hakimce denetlenmelidir. Eğer hakim bu denetim sonucunda, denetim kararını onaylamaz ise, o ana kadar dinlenen konuşmalar davada delil olarak değerlendirilemez.

### b) Uygulama ve Süre

Denetim kararı 30 gün süre için verilebilir, ancak bu sürenin uzatılması mümkündür. Dinleme sonunda elde edilen kayıtlar hakime götürülür ve onun talimatı ile mühürlenir. Eğer kayıtlar mühürlü değilse, bunlar davada delil olarak kullanılamaz.

### c) İlgiliye haber verme ve kayıtların imhası

Denetim, kararı buna maruz kalana "uygun" bir süre zarfında bildirilecektir. Ancak hakimin kararından itibaren 90 gün geçtikten sonra ilgiliyi her halükarda haberdar etme yükümlülüğü vardır. Hakim dinlemeye maruz kalan dışındaki ilgililer de bu tedbirden haberdar edilebilir.

TD üzerine tutulan kayıtlar, kararı veren hakimin talimatı ile en erken 10 yıl sonra imha edilebilir.

## E. Avusturya<sup>79</sup>

### 1) Genel Olarak

Avusturya'da 1974 yılında çıkarılan bir kanunla Av. StPO'suna 149a, 149b ve 414a maddeleri eklenmiş ve bu hükümler ile elektronik, optik ve elektromanyetik yollarla yapılan özel haberleşmenin bir ceza yargılaması önlemi olarak denetlenmenin koşulları düzenlenmiştir. 1867 tarihli Avusturya Anayasasının 10. maddesinde sadece mektupla yapılan haberleşmenin gizliliğinin korunması açıkça düzenlenmiştir. Bu anayasal normun özel haberleşme özgürlüğünü yeterince güvence altına almadığı gerekçesiyle, 1973 yılında yapılan bir anayasa değişikliği ile, sözkonusu özgürlük bütün özel haberleşme türlerini kapsar biçimde temel hak ve özgürlükler kataloğuna dahil edilmişti. (Av. Any. md. 10a).

Diğer yandan Avusturya'da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kanunlar hiyerarşisinde anayasal düzeyde bir düzenleme olarak kabul edilmektedir. İşte gerek Av. Anayasasının 10a-c gerekse AİHS'nin 8 maddesinde özel haberleşme özgürlüğüne ancak kanunla ve yetkili kılınacak bir hakimin kararıyla müdahale edilebileceği öngörüldüğünden, bu ülkede yukarıda belirttiğimiz kanun değişiklikleri gerçekleştirilmiştir.

79 Forreger, Egmont-Serini, Eugen: *Die Österreichische Strafprozessordnung*, 4. Aufl. Wien 1989, § 149a-b; Platzqummer, Winfried: *Grundzüge des Österreichischen Strafverlahrens* 2. Aufl. Wien-New York 1989, s. 18 v.d.; Lücking: *Überwachung*, s. 44-65.

İnceleme konumuz denetime konu olan haberleşme ise Avusturya'da "uzaktan haberleşme" (fermmelde) biçiminde adlandırılmakta bu kavram ise "Uzaktan Haberleşme Kanunu'nun 1. maddesinde tarif edilmektedir. Buna göre işaret, yazı, resim, ses dalgası veya her türlü haberin telli, telsiz, optik, ses dalgası ya da başkaca elektronik sistemlerle gönderilmesi veya alınması "uzaktan haberleşme" sayılmaktadır. Bu nedenle Avusturya'da telefon, telsiz, faks, teletex, çağrı cihazı gibi araçlarla yapılan bütün özel haberleşmelerin denetlenmesi mümkündür.

## **2- Denetimin Maddi Koşulları**

### **a) Amacı**

Av. StPO'nun 149a-1 maddesine göre "Uzaktan Haberleşme Kanunu"nun 1. maddesinde belirtilen aralarla yapılan özel haberleşmenin denetimine ancak, işlenmiş bir suçun aydınlatılmasına yararlı olması durumunda karar verilebilir. Ayrıca, bir kaçağın ve sanıklık statüsüne girmiş bir kimsenin bulunduğu yerin araştırılması veya tespiti amacıyla da bu tedbire başvurulabilir. Buna karşılık Av. StPO'sunun 149 a/b maddesinde açıkça belirtildiği üzere, bu konuda usul kanununda yer alan hükümlere dayanılarak, suçların işlenmesi önleme amacıyla denetime başvurulamaz.

### **b) Denetime Konu Olan Suçlar**

Avusturya'da özel habereşmenin denetimi ancak, alt sınırı bir yıldan fazla olan hürriyeti bağlayıcı ceza olan kastlı suçlar bakımından mümkündür (md. 149a-1, 414a-1 Av. StPO). Bu açıdan suçun cürüm veya cünha olması arasında bir ayırım gözetilmemiştir. Ancak taksirli suçlar hakkında denetim ararı verilemez. Teşebbüs aşamasında kalan suçlarda ise, cezanın alt sınırının yine bir yıldan fazla olması koşuluyla denetim gerçekleştirilebilir. Buna karşılık, bir suçun hazırlık hareketleri aşamasında, sözkonusu tedbirin uygulanması yasaklanmıştır. Ancak bu hareketler bağımsız bir su tipi olarak cezalandırılıyor ise (Vatana İhanete Hazırlık Suçu gibi) yine denetimin uygulanması mümkün olabilecektir.

Bu konuda, Medya Kanununun 31/3 maddesinde bir istisnai kural öngörülmüştür. Buna göre bir basın kuruluşunun özel haberleşme araçlarının denetime alınması ancak, ömür boyu hürriyet bağlayıcı cezayı veya alt sınırı beş yıldan az olmayan bir hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlar sözkonusu olduğunda gerçekleştirilebilecektir.

### **c) Suç Şüphesinin Varlığı**

Avusturya'da inceleme konumuz olan denetime başvurulabilmesi için kuvvetli bir şüphenin (dringende Verdacht) varlığı zorunludur. Bu nedenle belirli omut vakıalara

dayanmayan tahminlerden hareketle bu tedbire başvurulamaz. Böylece Avusturya'da, bu konuda varlığı gereken şüphenin yoğunluk derecesi, tutuklamada aranan şüpheyeye paralel düzeyde düzenlenmiştir. Ayrıca, bu tedbire başvurabilmek için, suçun aydınlatılmasında diğer kanuni yolların yetersiz veya çok zor olacağı yolundaki, orantılılık ilkesinin de gözönünde tutulması gerekmektedir.

#### **d) Denetime Maruz Kalan Kişiler**

Av. StPO'sunun 149a-1 maddesinde kimlerin denetime maruz kalacağı bakımından iki kişi grubu öngörülmüştür. Buna göre kuvvetli şüphe altında bulunan ve aynı zamanda kanunda öngörülen araçların sahibi ile bizzat şüphe altında bulunmamakla birlikte şüpheli veya sanığa denetim konusu araçları kullanma imkanı veren malik hakkında da denetim tedbiri kararı verilebilir. Buradaki sahiplik kavramından, "Uzaktan Haberleşme Kanununun"da öngörülen sözleşmeye dayalı sahiplik değil, sözkonusu araçlar üzerinde fiili olarak tasarruf eden kişi anlaşılmaktadır.

Avusturya'da, avukatların, müdafilerin, noterlerin ve mali müşavirlerin özel haberleşme araçları, şüphe altında bulunan kişinin bu meslek sahipleri yanında barınması veya münasebet kurmasının umulması sözkonusu olsa dahi denetlenemez. Bu yasak, tam bir vekalet ilişkisinin kurulmaması durumunda dahi geçerlidir. Buna karşılık, Av. StPO'nun 152/1-1 maddesinde sayılan sanık yakınları ile, Av. StGB'sinin 121. maddesiyle korunan hekimlik sırrı bakımından, bu yasak kabul edilmemiştir. Avusturya Yüksek Mahkemesi ise, denetim yasağı çerçevesindeki kişilerin faile yardım ve yataklık yapmaları veya onun ilinden menfaat sağlamaları durumunda, bu yasağın geçerli olmayacağı yolunda içtihat etmektedir.

### **3- Şekli Koşullar**

#### **a) Denetim Kararı Verme Yetkisi**

İnceleme konumuz tedbire Avusturya'da, 3 hakimden oluşan bir kurulca karar verilebilir. Bu kurul Avusturya yüksek mahkemesinin bir dairesi olup, bazı başkaca yargılama önlemleri bakımından da yetkilidir. Kararın verilmesi talebini savcı önsoruşturmayı yürüten hakime yapmakta, o da talebi kurula iletmektedir. Gecikmesinde sakınca olan hallerde ise soruşturma hakimi de denetim kararın tek başına verebilir. Ancak karar en kısa sürede kurulca onaylanmalıdır. Eğer kurul kararı onaylamaz ise, o ana kadar yapılan kayıt veya tespitler imha edilecektir.

#### **b) Uygulama ve Süre**

Denetim kararı soruşturma hakimince polis veya Jandarmaya iletilir, bu makam-

lar da ilgili haberleşme kurumunun görevlileriyle temas ederek tedbirin uygulanmasını sağlarlar. Denetim tedbirinin süresi bakımından kanunda bir üst zaman sınırı belirtilmemiştir. Son verme kararı, denetim tedbirine başvurma koşullarının ortadan kalkması üzerine kural olarak yine aynı kurulca verilmektedir. Bu son verme kararından sonra, maruz kalana haber verme yükümlülüğü vardır (Av. StPO md. 149b-1).

#### 4- Denetime Karşı Kanuni Çareler

İşte bu aşamadan itibaren kurulun denetim kararına karşı kanuni çarelere başvurmak mümkündür. Bu başvuru ise, tedbirin uygulandığına dair kararın tebliğinden itibaren 14 gün içinde Avusturya Yüksek Mahkemesinin yetkili dairesine yapılacaktır. İlgililer ayrıca sınırlı bir çerçevede olsa bile Anayasa Mahkemesi veya Yüksek İdare Mahkemesine, temel haklarının korunması gerekçesine dayanarak başvuruda bulunabilirler.

#### 5- Tesadüfi Bulguların ve Hukuka Aykırı Denetim Sonucu Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi

Avusturyada hukuka uygun biçimde yürütülen denetim sonucunda, başka bir fail ve suç hakkında elde edilen tesadüfi bulgular da delil olarak kullanılabilir. Ancak bu bulguların alt sınırı bir yıldan az olan bir suç bakımından da geçerli olup olmayacağı tartışmalıdır. Eğer denetim tedbiri hukuka aykırı biçimde gerçekleştirilmiş ve bu yolla delil elde edilmiş ise bunlar da yargılamada değerlendirme konusu yapılabilir.

### F. İsviçre<sup>80</sup>

#### 1- Genel Olarak

İsviçre Federal Anayasasının 36/4 maddesi ile Posta ve Telgraf yoluyla yapılan haberleşmenin dokunulmazlığı güvence altına alınmıştır. Ancak gerek mahkeme içtihatlarında gerekse öğretilerde telefon v.b. yollarla gerçekleştirilen haberleşmenin de bu anayasal güvence çerçevesine dahil olduğu tartışmasız biçimde kabul görmektedir. Ancak bu düzenleme ile devlet posta idaresinin müdahalelerine karşı bir koruma sağlanmamış olup, diğer devlet organlarının müdahaleleri konusunda, bireysel özel alanın dokunulmazlığına ilişkin anayasal güvenceler devreye girmektedir. Bu nedenle ceza yargılaması önlemi olarak özel hayata müdahale edici tedbirler bakımından, genel kişilik haklarına ilişkin anayasal güvenceler esas alınmaktadır. Gerek İsviçre Federal Anayasasının 36/4 maddesinde öngörülen özel haberleşme hüriyeti, gerekse bireysel ala-

<sup>80</sup> Noll, Peter; *Technische Methoden zur Überwachung verdächtiger Personen im Strafverfahren*, ZStR 91(1975) s. 45 v.d.; Lückink; *Überwachung*, s. 67-94, Staub, Leo; *Tanaufnahme als Mittel zur Aufdeckung von Straftaten insbesondere im Kanton St. Gallen*, Zürich 1986, s. 38 v.d.

na ilişkin haklar, ancak bir kanunla, kamu yararı amacıyla ve orantılılık ilkesi ışığında bu hakların özüne dokunulmadan sınırlanabilir.

AİHS 28.11.1974 tarihinden itibaren İsviçre'de bağlayıcı nitelikte bir hukuki düzenleme olarak geçerlidir. Sözleşme kanunlar hiyerarşisinde, diğer federal kanunlar düzeyinde olmakla birlikte; eğer sözleşmenin, federal veya kanton Anayasalarına göre daha fazla güvence sağlıyorsa, abğımsız anlamda bir üst norm niteliğinde görülmektedir. Diğer yanda özel haberleşmenin sınırlanması bakımından AİHS'nin 8/2. maddesinde öngörülen koşulların özel hakların sınırlarının yorumlanmasında dikkate alınması zorunluluğu vardır.

İsviçre'de konumuzla ilgili özel haberleşmenin denetlenmesi bakımından federal ve kantonal düzeyde çeşitli düzenlemeler vardır. Ancak İsviçre Federal Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Bundesstrafprozeß- =BStP) kantonlardaki düzenlemeler bakımından yol gösterici nitelikte olduğundan, biz bu kanundaki hükümlere değinmekle yetineceğiz.

## 2- Telefon Dinlemenin Maddi Koşulları

### a) Denetim Konusu Araçlar

14.10.1992 tarihli Telgraf ve Telefon Haberleşmesi Kanununun(Telgrafen und Telefonverkehrsgesetz). 1. maddesine göre uzaktan haberleşme; elektrik ve radyoelektrik yollarla her tür işaret, resim ve sesin alınması ve gönderilmesi olarak tarif edilmiştir. Bu kanuna ilişkin yönetmeliğin 2. maddesinde de bütün yeni özel haberleşme araçlarının da dahil olduğu bir tarif yer almaktadır. İşte bütün bu araçlar BStP'ye göre yapılacak denetim kapsamına dahildirler.

### b) Denetimin Amacı

BStP'nin 66/1. maddesine göre denetim, işlenmiş bir suçun koğuşturulması amacıyla bir yargılama önlemi olarak yapılabilecektir. Ancak aynı kanunun 72/2,3 maddesine göre denetim suçların önlenmesi amacıyla da gerçekleştirilebilmektedir. Bu ikinci durumda ise, yorum yoluyla BStP'nin 66-66 quater maddelerinin de gözönünde tutulması gereği ileri sürülmektedir. Yargılamaya ilişkin bu tür yetkilerin salt önleyici amaçlara yönelik olarak da genişletilmiş olması sıkça eleştiri konusu olmaktadır. Böle bir düzenlemenin sistematik yönden hatalı olduğu ve bu tür normların ancak polisle ilgili kanunlarda yer alması yoluyla haklılık kazanacağı biçimindeki görüş, eleştirilerin ağırlık noktasını oluşturmaktadır.

Ayrıca belirtmemiz gerekir ki, kamu haberleşme kurumlarının tuttuğu ve haberleşmenin içeriğine ait olmayan (haberleşmenin yeri, zamanı ve süresi v.s) bilgilerin, koğuşturma makamlarına verilmesi bakımından BStP'nin 66 v.d. maddelerindeki

hükümler değil, Telgraf ve Telefon Haberleşmesi Kanununun 7/1 maddesi geçerlidir. bu düzenleme ise temel hakların korunması açısından BStP'ye göre daha düşük düzeyde bir güvence sağlamaktadır.

### **b) Denetim Konusu Suçlar**

İsviçre'de Özel haberleşmenin denetimi bakımından belirli bir su kataloğu öngörülmemiştir. İsv. StGB'sinin 179 octies-2 v BStP'nin 66/1. lit.a maddelerine göre bir cürüm cünha ve hatta kabahatin ağırlığı ve ya özelliği bu tür tedbir yoluyla bir müdahaleye haklılık österiyorsa, denetime başvurulabilecektir. Ayrıca telefonun bir suç aracı olarak kullanıldığı suçlarda da denetim mümkündür. Böyle bir düzenleme ise istisnai olsa bile, bazı hallerde taksirle işlenen suçlarda dahi denetime başvurma imkanı virmektedir. Böylece İsviçre'de hemen her suç bakımından denetimin gerçekleştirilebilmesi sözkonusudur. Ancak burada "suçun ağırlığı ve gösterdiği özellik" biçimindeki orantılılık ilkesinin gözönünde tutulması gereği vardır. Örneğin hafif suçların organize biçimde işlenmesi bir "özellik" olarak kabul edilip denetime başvurulabilir.

### **c) Suç şüphesinin varlığı**

Yukarıda değinilen suçlar bakımından denetim kararı verilebilmesi için, bir kişinin fail vea şerik olarak bu suçları işlediğine dair somut vakıalara dayalı bir suç şüphesinin varlığı gerekir. Somut vakıalara dayalı bu şüphenin hangi derecede olması gerektiği konusu açık olmamakal birlikte, İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında bu bakımdan "kuvvetli suç şüphesi" (diringende Verdacht) bulunması gereğine işaret etmiştir.

### **d) Denetime Zorunluluk Bulunması**

BStP'nin 66/1 lt. c maddesine göre denetim kararı verilebilmesi için, denetim olmadan gerekli soruşturmaların çok zorlaşacağı veya diğer araştırma metodlarını sonuçsuz kalmasının sözkonusu olması gerekir.

### **e) Maruz kalan Kişiler**

Denetim esas itibariyle, fail veya şeriklik şüphesi altındaki şüpheli veya sanığa yöneliktir. Ancak, belirli vakıalar üçüncü kişilerin şüpheli veya sanıktan kaynaklanan haberleri aldığına veya iletmişine delalet ediyorsa ya da sanığın bu kişilere ait telefonları kullandığı yönünde bir şüphe varsa, burlar da denetime dahil edilebilir.

BStP'nin 66/1. maddesinin 2. cümlesine göre aynı kanunun 77. maddesinde sayılan ve tanıklıktan çekinme hakkına sahip meslek sahipleri olan ilim adamları, avukat,



doktor, eczacı ve ebeler ile bunların yardımcılarının özel haberleşme aralarının denetlenmesi yasaktır. Buna karşılık etkili bir ceza koğuşturmasını engeller düşüncesiyle tanıklıktan çekinme hakkı olan sanık yakınları ise bu kapsama dahil edilmemiştir. Aynı şekilde BStP'nin 78. maddesine göre tanıklıktan çekinme hakkına sahip memurlar da denetim yasağı çerçevesine alınmamışlardır. Diğer yandan sanığın yasak kapsamındaki meslek sahiplerinin telefonlarını kullanması sözkonusuysa, ya da bu kişiler bizzat fail, şerik veya faile yataklık yapmak şüphesi altındaysa, denetim mümkün olabilecektir.

### 3- Denetimin Şekli Koşulları

#### a) Yetki Bakımından

Denetim kararını verme yetkisi koğuşturmanın bulunduğu aşamaya göre değişmektedir. Buna göre, adli polisin federal savcının emri altında yürüttüğü hazırlık soruşturması aşamasında, denetim kararını savcı vermektedir (md. 72/1 BStP). İlk soruşturmanın başlamasından sonra ise BStP'nin 66/1. maddesine göre kararı soruşturma hakimi verecektir. İlk soruşturma esnasında federal savcı sadece denetim kararı için talepte bulunabilir.

#### b) Uygulama ve Süre

Denetim uygulaması, kararı veren federal savcı veya soruşturma hakiminin yazılı talebi üzerine Posta, Telefon, Telgraf idaresinin memurlarınca gerçekleştirilmektedir. Uygulamada bu bakımdan özel olarak yetiştirilmiş PTT memurları kendilerince önem taşıyan konuşmaları kayıt etmekte ve bir dinleme protokolü düzenliyerek, ilgili adli makamlara göndermektedirler. İsviçrede denetim süresi BStP'nin 66 bis2 maddesine göre en çok altı aydır. Ancak bu sürenin tekrar uzatılabilmesi mümkündür. Buna karşılık bazı kantonlardaki düzenlemelerde daha kısa süreler öngörülmüştür.

BStP'nin 66 1'ler maddesine göre ise denetim sonucu elde edilen kayıtlar ve protokoller ayrı bir biçimde kilit altına alınarak davanın kesin hükümle sonuçlanmasına değin saklanacak ve bu andan sonra imha edileceklerdir.

### 4- Denetime Maruz Kalanlara Haber Verme Yükümlülüğü

İsviçre Federal Kanunlarında, denetime maruz kalan kişilerin bundan haberdar edilip edilmeyeceği, edilecekse ne zaman edileceği hususunda bir düzenleme yoktur. Buna karşılık, BGE'nin 1983 ve 1984 yıllarında bu konu hakkında verdiği kararlarda, AİHM'nin kararları ve orantılılık ilkesi ile AİHS'nin 13. maddesinde öngörülen hukuki yollara başvurma hakkı gerekçe gösterilerek denetimin amacının tehlikeye düşmediğinin anlaşıldığı anda, ilgililerin tedbirden haberdar edilmesine hükmedilmiştir. Ancak, 1990'lı

yılların başlangıcına değin yapılan uygulamada, gerçekleşen denetimlerden sadece % 10'undan ilgililer haberdar edilmiştir. Diğer yandan kantonların çoğunluğunda, BGE'nin sözkonusu kararlarının bir neticesi olarak, denetim sonrası haber verme yükümlülüğü kanunen düzenlenmiştir.

### 5- Rıza Yoluyla Yapılan Denetim

Özel haberleşmeye katılan taraflardan birin rızası üzerine, yetkili makamların kararı olmadan, denetleme yapılıp yapılamayacağı hususu tartışmalı olmakla birlikte, rıza yoluyla denetime başlanabilmektedir. Ancak bilahare BStP'nin 66 bis maddesinde öngörülen makamdan karar alınarak, rıza yoluyla yapılan denetimde kanundaki koşulların varolup olmadığı belirlenmelidir.

### 6- Denetim Sonucu Elde Edilen Bilgilerin Değerlendirilmesi

Denetim sonucu elde edilen kayıt ve tespitler İsviçredeki ceza yargılamasında keşif konusu delil biçiminde değerlendirilmektedir. Bunun yanında, kayıtları gerçekleştiren ve bunları yazıya geçiren P.T.T. memurunun tanıklığına da başvurulmaktadır.

Hukuka uygun bir denetim sonucunda, denetim kararında yer almayan başkaca suçlarla ilgili tesadüfi bulgulara rastlanması durumunda, bunların nasıl değerlendirileceği bakımından, gerek federal düzeyde gerekse kantonal düzeyde birdüzenleme ya da bir içtihat bulunmamaktadır. Ancak genel görüş, esas itibariyle tesadüfi bulguların da delil olarak değerlendirilebilmesinin mümkün olduğu yolundadır.

Buna karşılık BGE'nin son kararlarında, hukuka aykırı biçimde gerçekleştirilen denetim yoluyla elde edilen deliller bakımından, hukuka aykırı denetim sonucu ihlal edilen değer ile suçun aydınlatılması sonucu elde edilecek fayda arasında bir değerlendirme yapılarak, hang i değer üstün tutulması gerektiği tespit edilerek buna göre bir karara varılması gereği açıklanmıştır.

### G. İtalya<sup>81</sup>

İtalya'da inceleme konumuz denetim İtalyan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun (CPP) 266 v.d. maddelerindeki genel düzenlemelere ve diğer bazı kanunlardaki özel düzenlemelere dayanılarak yapılmaktadır.

81 Hein, Susanne; *Telefon Überwachung in Italien in Praxis der Telefon Überwachung in Großbritannien, Italien den Niederlanden und den USA Gutachtliche Stellungnahme*, Landtag von Baden-Württemberg 11. Wahlperiode, Drucksache 11/6888 s. 287-315.

### 1) CPP'nin 266 v.d. maddelerine göre yapılan denetim

1988 yılında yürürlüğe giren CPP'nin 266/1 maddesine göre denetimin kapsamına telefon, faks gibi bütün haberleşme araçları dahildir. Denetim kararı için yine aynı maddenin 1. a-f fıkralarında sayılan suçlar yönünden ciddi belirtilerin bulunması ve bu tedbirin sözkonusu suçların soruşturulması bakımından mutlak olarak zorunlu olması gerekir. (CPP. m. 267/1). Denetim tedbirine konu olan suçlar, ömür boyu hürriyeti bağlayıcı ceza ile alt sınırı 5 yıldan fazla olan suçlardır. Ancak bunun yanında uyuşturucu madde silah ve patlayıcı madde kaçakçılığı suçları ile, telefonun bir suç aracı olarak kullanıldığı suçlar da (hakaret tehdit gibi) kanunda belirtilen ceza sınırının altında bir cezayla karşılanmış olsalar dahi, denetim tedbirine konu olabilecektir.

Denetim kararını ancak savcılığın talebi üzerine hakim verebilir. (md. 267-1 CPP). Soruşturma bakımından gecikmesinde sakınca olan hallerde savcılık da bu kararı verebilir. Ancak yetkili hakim bundan 24 saat içinde haberdar edilecek, o da 48 saat içinde kararı onaylayacak veya ortadan kaldıracaktır (md. 267/2 CPP). Onaylamama durumunda, denetim yoluyla o ana kadar elde edilen deliller mutlak değerlendirme yasağına tabidir.

Savcılık denetim tedbirinin hangi biçimde ve ne süreyle uygulanacağına bizzat karar vermektedir. Ancak, uygulama süresi 15 günü aşamaz. Eğer savcılık gerek görürse her defasında yine aynı süreyle sınırlı olmak koşuluyla hakimden uzatma kararı alabilir (md. 267/3 CPP). Savcılık uygulamayı bizzat kendi yapabileceği gibi, bu bakımdan adli polisi de görevlendirebilir. Denetim tedbiri hakkındaki bütün işlemler, savcılık nezdindeki dosyada muhafaza edilecektir (md. 267/5 CPP). Yine savcılık yapılan tespit ve kayıtların içeriğini protokol haline getirerek, kesin hükme kadar saklayacaktır. Bu protokoller ilke olarak başka bir davada delil olarak kullanılamazlar. Ancak bunların ayrıca kullanılması, bir failin suçüstü halinde yakalanması bakımından zorunlu olması halinde mümkündür. Böyle bir istisnanın da sözkonusu olmaması halinde, davaya bakan mahkeme denetime ilişkin kayıtların imhasına karar verecektir (md. 271/3 CPP).

### 2) Özel Düzenlemelere Göre Yapılan Denetim

İtalyan CPP'sinin geçiş hükümleriyle, yürürlükten kaldırılan eski kanunun 226 maddesi muhafaza edilmiştir. Buna göre, içişleri bakanı emniyet müdürleri, Carabinieri Komutanları, maliye veya polis, yer bakımından yetkili savcıdan telefon dinleme talebinde bulunabilirler. Ancak buradaki denetim, işlenmiş bir suçun aydınlatılması bakımından değil, önleme amacıyla gerçekleştirilmekte ve bunun için CPP'nin 267. maddesinde öngörülen yoğunluktaki bir şüphenin varlığı gerekli olmamaktadır. Bu şekildeki denetim ise, kanunda sayılan, devlete karşı işlenen suçlar organize suçlar, adam öldürme, yağma, adam kaldırma suçları bakımından uygulanabilir. Tedbire karar verme ve uygulamaya ilişkin hususlar bakımından CPP'nin yukarıda değindiğimiz

kuralları geçerli değildir. Ancak önleme amacıyla yapılan denetim sonucunda elde edilen tespit ve kayıtların ceza yargılamasında delil olarak kullanılması yasaktır.

İtalya'da ayrıca mafya tipi örgütlü suçlar ile diğer bazı ağır suçlar bakımından yine önleyici nitelikte denetim tedbirinin düzenlendiği başka özel kanunlar da vardır. Nitekim 13.05.1991 tarih ve 152 sayılı kanuna göre, örgütlü suçluluk ve telefonla tehdit suçları bakımından, yeterli şüphe noktalarının varlığı koşuluyla bu tedbire başvurulabilir. Aynı şekilde 8.7.1992 tarihli kanunla da savcılığa önleme amacıyla denetim yapma yetkisi verilmiştir. Savcılık bu kanuna göre (m. 25) ancak CPP'nin 51/3 maddesinde sayılan örgütlü suçlar bakımından bu tedbire başvurulabilir. Bu kanun uyarınca yapılan uygulamalar sonucunda elde edilen bilgi ve bulguların da delili olarak kullanılması kanunen açıkça yasaklanmıştır.

## SONUÇ ve ÖNERİLER

Özel haberleşme özgürlüğü ve gizliliği ile mekansal olarak genişletilen bireysel alanın korunması ve garanti altına alınması amaçlanmaktadır. Ancak bu özgürlük de diğerleri gibi sınırsız değildir. İnceleme konumuz olan özel haberleşmenin denetimi ise gizli olarak gerçekleşmektedir. Diğer bir deyişle, bu tedbire başvurulurken maruz kalanlara, tedbirin uygulanması süresince haber verilmemektedir. Temel hak ve özgürlüklere ciddi bir müdahale teşkil eden böyle tedbirler için ise mutlaka kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır. Ancak, bu tür kanuni düzenlemelerin varlığı, tek başına böylesine gizli denetimlere haklılık kazandırmaz. Kanaatimizce, suçların aydınlatılmasına yararlı bu tür denetimler, özel haberleşme özgürlüğünün özüne dokunmadığı, demokratik toplum gereklerine aykırı olmadığı için meşru kabul edilirler. Çünkü teknik bir haberleşme aracını kullanan kişi, başkalarının bu haberleşmeye müdahale edebileceği riskini göze almaktadır. İşte bu noktada, kişinin kendi konutu içinde yaptığı özel konuşmalara ilişkin anayasal koruma ile teknik araçlar yoluyla yapılan haberleşmeye ilişkin anayasal korumanın farklılığı ortaya çıkmaktadır. Nitekim telefon yoluyla yapılan bir konuşma, doğrudan, yüz yüze yapılan konuşmaya nazaran vasıtalı bir haberleşme niteliği gösterir. Kişi bu tür haberleşmelerde, bütünüyle hakimiyeti altında olmayan bir teknik araca güvenmektedir. Belirtmek gerekir ki, bu alanda getirilecek geniş ve etkili bir hukuki korumaya rağmen, başkalarının özel haberleşmeye ilişkin bilgileri edinmesi bütünüyle önlenemez. Örneğin, teknik bir arıza nedeniyle, telefon konuşmasını üçüncü bir kişinin dinlediğine veya hatalı bir numara çevrilmesinden dolayı bir faksın veya üçüncü bir kişiye gönderildiğine sıkça şahit olunmaktadır. Buna ilaveten, telefon vb. araçları kullanan hemen herkes, başkalarının hukuki veya fiili olarak bu tür haberleşmeleri denetleyebilecek, dinleyebilecek imkanlara sahip olduğunu bilmektedir. İşte bu haberleşme alanında böylesine kontrol edilemeyen risklerin varlığının bilinmesi, bu tür özel haberleşmenin, "kişinin mutlak dokunulmaz alanı" olarak kabulüne engel olmaktadır. Aslında bu gerekçe kendi içinde bir çe-

lişkiyi taşıyor gibi görünmektedir. Çünkü bir yandan, hiç kimsenin telefon v.s. gibi araçlarla yapılan haberleşmenin gizliliğine güvenemeyeceği söylenirken, diğer yandan başarılı bir haberleşme denetimi de esasen bu konuda kişilerin duyduğu güvene bağlıdır. Nitekim kriminal çevrelerin, böyle denetimleri etkisiz kılmak için, kendilerince bazı karşı tedbirlere başvurdukları bilinen bir husustur. Ancak, dinleme ve tespit biçiminde bir denetimin yapılamayacağına dair bir güvenin varlığı dolayısıyla, kişi bilinçli olarak haberleşmesinin başkalarının denetlenebileceği riskine girmekte ve özel alanını bu bakımdan dışa açmaktadır. Sonuç olarak diyebiliriz ki, kişinin bütünüyle hakim olamadığı, kontrol edemediği araçlarla yürüttüğü haberleşmenin yukarıda değindiğimiz biçimde vasıtalı ve açık olması, bu tür haberleşmeyi "mutlak dokunulmaz" alana dahil saymayı önlemektedir. İşte bu nedenle devletin, suçların aydınlatılması amacıyla bir ceza yargılaması önlemi olarak, koşulları kanunla belirlenmiş denetime başvurması haklıdır.

Böyle bir kanunda ise kanımızca aşağıdaki hususların gözönüne alınması gerekmektedir.

**1) Haberleşme Denetlenebilecek Kişiler:** Koğuşurma amaçlı haberleşmenin denetiminde, suç şüphesi altındaki zanlı veya sanığın konumuzla ilgili özel haberleşme araçları ile onun haberleştiği kişi veya kişilere ait cihazlar da denetime alınmalıdır. Eğer sanık başka kişilere ait haberleşme araçlarını kullanıyorsa veya sanıkla başka şahıslar arasında iletişim aracılığı yapanlar sözkonusuysa, bunların da denetimi mümkün olmalıdır.

**2) Denetimi Yasak Haberleşmeler:** Hekimlik, müdafilik gibi kamusal nitelikte mesleklerin gereğince yürütülebilmesi bakımından, bu meslek sahipleriyle vatandaşlara arasındaki münasebetlerin, dışarıdan rahatsız edilmeden ve güven içinde yürütülmesi zorunludur. Bu nedenle suça iştirak ettikleri veya sanığa diğer biçimlerde yardımda buldukları hususunda bizzat şüphe altında bulunmamaları koşuluyla, bu gibi kişilerin özel haberleşmelerinin denetimi yasak olmalıdır. Bu açıdan postada el koyma tedbiri bakımından, CMUK'nun 89. ve müdafî bakımından CMUK'nun 144. maddesinde öngörülen yasaklar, konumuzla ilgili yapılacak düzenlemede gözönünde tutulmalıdır.

**3) Denetim Bazı Suçları Bakımından Mümkün Olmalıdır:** Özel haberleşmenin denetimi temel haklara ciddi nitelikte bir müdahale olduğundan, bu tedbir ancak belli ağırlıktaki suçlar ile toplum için ciddi bir tehlike arzeden organize suçlulukla ilgili fiiller bakımından uygulanabilmektedir. Bunun için orantılılık ilkesi ışığında, denetime tabi olacak suçlar kanunda bir suç kataloğu şeklinde düzenlenmelidir.

**4) Suç Şüphesi:** Denetim kararını verebilmek için kanunda öngörülen suçların işlendiğine veya işlenmesine teşebbüs edildiğine dair, somut vakalara dayalı bir şüphenin varlığı aranmalıdır.

**5) Denetime Tabi Özel Haberleşme Araçları:** Yapılacak düzenlemede, hangi haberleşme araçlarının denetime tabi tutulacağı, yeni teknolojik gelişmeler gözönünde tutularak tarif edilmelidir.

**6) Denetime Karar Verme Yetkisi:** Denetime karar verme yetkisine sadece hakim sahip olmalıdır. Gecikmesinde tehlike olan hallerde, sonradan yetkili hakim tarafından onaylanması koşuluyla, savcı da bu kararı verebilmelidir. Ancak karar onaylanmaz ise o ana kadar yapılan tespit ve dinlemeler delil olarak ya da başka bir amaçla kullanılmamalı ve imha edilmelidir. Hakim kararı sadece haberleşmenin içeriği için değil, haberleşmeye ilişkin (haberleşmenin yeri, süresi, zamanı vs. gibi) diğer bilgilerin edinilebilmesi bakımından da aranmalıdır.

**7) Denetimin Tali Niteliği:** Denetime ancak, diğer araştırma usullerinin suçu aydınlatmada sonuçsuz kalacağı ya da denetim yapılmaksızın soruşturmanın çok güçleşeceği yolundaki zorunluluk koşulu ilgili düzelemede yer almalıdır.

**8) Tesadüfi Bulguların Değerlendirilmesi:** Hakim kararı üzerine yapılan denetim esnasında, karara konu olmayan başka suçlara ilişkin tesadüfi bulgular kanundaki katalog harici suçlarla ilgiliyse hiçbir biçimde delil olarak kullanılmamalıdır. Buna karşılık eğer bu bulgular kataloğa dahil suçlarla ilgiliyse, hukuka uygun delil olarak kabul edilebilirler.

**9) Denetim Süresi:** Suç koğuşturması amacıyla yapılan özel haberleşmenin denetim süresi bir defada üç aydan fazla olmamalıdır. Bu süre ise hakim kararından itibaren işlemeye başlamalıdır. Denetim esnasında eğer savcılık, tedbirin uygulanmasına gerek olmadığı kanaatine varırsa tedbire o an son verilmelidir. Buna karşılık, koğuşturmanın gereği olarak eğer denetime devam edilmesi zorunluluğu varsa, bu sorumluluğun devamı süresince tedbirin uygulanması hakim kararıyla uzatılabilir.

**10) İlgilerin Tedbirden Haberdar Edilmesi:** Denetime maruz kalan kişiler, koğuşturmanın amacının tehlikeye düşmediği anda mutlak olarak tedbirden haberdar edilmeli ve böylece ilgili kişilere bir an önce uygulanan denetim hakkında kanuni çarelere başvurma hakkı sağlanmalıdır.

**11) Denetim Sonucu Yapılan Kayıt ve Tespitlerin Akıbeti:** Yapılacak düzenlemede denetim sonucu yapılan kayıt, tespit ve tutanaklardan, koğuşturulan suçla ilgisiz ya da kullanılmayacağı açıkça anlaşılanlar, koğuşturmanın aşamasına göre savcılık, hakim veya mahkemenin kararı üzerine derhal imha edilmelidir. Bunların içeriğindeki bilgiler ise hiçbir biçimde başka bir devlet organına verilmemelidir. Delil değeri olan kayıt ve tespitler için ise yargılamanın kesin hükümlerle sonuçlanmasına kadar muhafaza edildikten sonra imha edilmelidir.