

CMK M. 139 VE M. 140 HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE GİZLİ SORUŞTURMACI İLE TEKNİK ARAÇLARLA İZLEME TEDBİRLERİNİN BİRLİKTE UYGULANABİLİRLİĞİ SORUNU *

Öğr. Gör. İmge KUZGUN**

Öz

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen koruma tedbirleri arasında yer almaktadır. Her iki koruma tedbiri de kendilerine ilişkin maddelerde yer alan katalog suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebinin varlığı ve başka şekilde delil elde edilememesi durumunda diğer şartların da sağlanması halinde uygulanabilecektir. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine ilişkin kanuni düzenlemeye 28.03.2023 tarih ve 7445 sayılı Kanun ile “*Hâkim, soruşturmacının yedinci fıkranın (a) bendinin (1) numaralı alt bendinde yer alan suç bakımından kamuya açık yerlerde ve işyerlerinde delil toplamak amacıyla ses veya görüntü kaydı yapmasına izin verebilir.*” cümlesi eklenmiştir. Kanun koyucu günümüzde geline nokta klasik koruma tedbirlerinin suçla mücadelede ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında istenen faydayı sağlayamaması sebebiyle teknolojik imkanlardan yararlanmak ve özellikle örgüt çerçevesinde işlenen suçların aydınlatılması amacıyla gizli soruşturma tedbirlerini düzenlemiştir. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine 28.03.2023 tarih ve 7445 sayılı kanun ile getirilen söz konusu ek cümle her iki tedbirin özelliklerini barındıran ayrı bir düzenleme olmuştur. Bu çalışmada teknik araçlarla izleme ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri genel bir değerlendirmeye tabi tutulmuş, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na 28.03.2023 tarih ve 7445 sayılı kanun ile getirilen ek cümle kapsamında her iki tedbirin bir arada uygulanabilirliği ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Teknik araçlarla izleme, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, koruma tedbiri, örgüt, örgütlü suç*

*Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 01.08.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 21.11.2023

** İzmir Kavram Meslek Yüksekokulu, Hukuk Bölümü, Adalet Programı, imge.kuzgun@kavram.edu.tr,

ORCID : 0000-0002-6184-881X

DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v09i1002

Evaluation Of The Additional Sentence Introduced To The Criminal Procedure Law No 5271 By The Law Dated 28.03.2023 And Numbered 7445 Within The Framework Of Art. 139 And Art. 140 Of The Criminal Procedure Law

Abstract

The appointment of a secret investigator and monitoring with technical means are among the protection measures regulated in the Criminal Procedure Law No. 5271. Both protection measures can be applied in the event that there is a strong reason for suspicion based on concrete evidence that the catalog crimes in their respective articles have been committed and other conditions are met in the event that they cannot be obtained in any other way. With the Law dated 28.03.2023 and numbered 7445, the sentence “*The judge may allow the investigator to make audio or video recordings for the purpose of collecting evidence in public places and workplaces in terms of the offence specified in subparagraph (1) of paragraph (a) of the seventh paragraph.*” was added to the measure of appointing a Secret Investigator. Since the classical protection measures cannot provide the desired benefit in combating crime and revealing the material truth at the point reached today, the legislator has regulated secret investigation measures in order to benefit from technological opportunities and to illuminate the crimes committed within the framework of the organization. The additional sentence brought to the measure of assigning a secret investigator with the law dated 28.03.2023 and numbered 7445 It has been a separate regulation that contains the characteristics of both measures. In this study, surveillance with technical means and the measure of assigning a secret investigator are subjected to a general evaluation, the applicability of both measures together within the scope of the additional sentence brought to the Criminal Procedure Law No. 5271 with the Law No. 7445 dated 28.03.2023 is discussed.

Keywords: *The observation with technical tools, undercover investigator, protective measures, organized crime*

Giriş

Gizli soruşturma tedbirleri, kanun koyucunun suçlarla etkin mücadelenin gerçekleştirilmesi gayesi ile düzenleme altına aldığı tedbirlerdir. Teknik araçlarla izleme ve gizli soruşturmacının görevlendirilmesi gizli tedbirler arasında yer almaktadır. Gizli olmaları sebebi ile muhatabın haberinin olmaması temel hak ve özgürlüklere müdahalenin ağırlığını arttırmaktadır. Bu nedenle kanunla düzenlenmesinde hassasiyetle davranılması gerekir.

Teknik araçlarla izleme 140. madde ile, gizli soruşturmacının görevlendirilmesi 139. madde ile birbirinden bağımsız halde ayrıntılı şekilde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiştir. Her bir tedbirin uygulanma yerleri, süreleri ve hakkında başvurulacak suçlar farklılık gösterse de, bazı şartlar bakımından ortak özellikleri bulunmaktadır. Hangi tedbirin uygulanması gerektiğine somut olayda karar verilecektir.

7. Yargı Paketi olarak kamuoyunda duyulan ve 139. maddeye 28.03.2023 tarih ve 7445 sayılı Kanun ile getirilen ek cümle, her iki tedbirin bir arada uygulanabilirliğinde tartışılması gereken bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Dikkat edilmesi gereken, anılan bu ek cümle ile hakim gizli soruşturmacıya belli suçlar bakımından kamuya açık yerlerde ve işyerlerinde delil toplamak amacıyla ses ve görüntü kaydı yapmasına izin verebilir. Söz konusu ek cümle, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbir şartlarına ilave kaideler getirdiği gibi, ilave cümle kapsamında tedbirin uygulanması için m.140 kapsamında değerlendirilebilecek teknik araçlarla izleme tedbirindeki şartların tamamının da aranmadığı görülmektedir.

Bu çalışmada teknik araçlarla izleme ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirlerin genel değerlendirilmeleri ışığında 28.03.2023 tarih ve 7445 sayılı Kanun ile getirilen “*Hâkim, soruşturmacının yedinci fıkranın (a) bendinin (1) numaralı alt bendinde yer alan suç bakımından kamuya açık yerlerde ve işyerlerinde delil toplamak amacıyla ses veya görüntü kaydı yapmasına izin verebilir.*” hükmünün meydana getirdiği değişiklikler nezdinde CMK m. 139, m.140’ın birlikte icra edilebilirliği, tartışmalı yönleriyle birlikte değerlendirilmiş, bazı önerilerde bulunulmuştur.

I. Teknik Araçlarla İzleme

Teknik araçlarla izleme ceza muhakemesi koruma tedbirlerinden biridir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Altıncı Bölümü'nde “Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme” başlığı altında teknik araçlarla izleme tedbiri hüküm altına alınmıştır (m. 140).

Bu tedbire ilk olarak mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 3. maddesinde “gizli izleme” olarak yer verilmişti. Söz konusu tedbirin adı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda teknik araçlarla izleme olarak düzenlenmiştir. Mülga düzenlemeye kıyasla tedbirin başvurulabileceği katalog suçların kapsamı genişletilmiş iken, yer bakımından uygulanması daraltılmıştır. Şöyle ki, mevcut düzenleme uyarınca kamuya açık yerlerde ve işyerinde teknik araçlarla izleme gerçekleştirilebilecek olup, kişinin konutunda bu tedbirin uygulanması mümkün değildir.

Konutun eş anlamlısı olarak ifade olunan mesken, insanların içinde yaşamlarını sürdürdükleri, ev, apartman, ikametgah anlamına gelmektedir¹.

A. Kavram

Kanun koyucu 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesinde teknik araçlarla izleme koruma tedbirine yer vermiş, fakat tanımından bahsetmemiştir. Kanun koyucu maddedeki düzenleme ile teknolojik imkanlardan faydalanmak suretiyle izlemeyi kastetmektedir. Bu itibarla teknik kelimesi aslında teknolojik yerine kullanılmaktadır. Teknik araç teknolojik araçları ifade etmektedir. Dolayısıyla insan duyu organları ile algılanmasının mümkün olmadığı takip işlemleri teknolojik imkanlardan faydalanılarak gerçekleştirilecektir.

Ceza Hukuku Uzmanları ve Organize Suçların Kriminolojik Görünümleri Komitesi tarafından 15 Mart 2000 tarihinde Avrupa Konseyi İletişimin Denetlenmesi ve Gizli İzleme Raporunda² “teknik araçlarla izleme” yerine “gizli izleme” ifadesi kullanılmıştır. Komite'ye göre, gizli izleme kavramı şüphelilerin iştirak ettikleri suçla alakalı delil veya istihbaratlara erişebilmek amacıyla özel elektronik ekipmanlarla ya da bir kişi aracılığıyla onların hareketlerinin gizli bir şekilde görüntülenmesi olarak tanımlanmıştır³.

B. Amaç

Arama, el koyma, yakalama gibi klasik tedbirlerin örgütlü suçların faaliyetlerinin tespit edilmesinde yetersiz kalması, teknik araçlarla izleme

¹ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, (<https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi 30.16.2023).

² Komite hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.coe.int/en/web/cdpc>, erişim tarihi 29.06.2023.

³ BİRTEK, Fatih (Çev.), “Avrupa Konseyi İletişimin Denetlenmesi ve Gizli İzleme Raporu (En İyi Uygulama Mütalaası 3)”, TBB Dergisi, 2011 (94), s. 393-428, s. 411 ve 423.

tedbirinin uygulanmasına neden olmuştur⁴. Teknik araçlarla izlemeye kişiler bulduğu ortama teknolojik cihazların yerleştirilmesi ile ortam dinlemesi, görüntü alınması yapılarak suç aydınlatılmaya çalışılmaktadır. Bazı durumlarda teknik araçlarla izlemenin, suçun işlendiğine dair delil elde etmek için tek yöntem olduğu belirtilir⁵.

C. Hukuki Niteliği

Koruma tedbirleri, kural olarak hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan merci kararıyla verilen ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale eden, hüküm verilmeden önce başvuru, ceza yargılamasını kolaylaştırmak ve maddi gerçeğe ulaşmayı engelleyecek halleri engelleme amacı taşıyan işlemlerdir⁶.

Doktrinde teknik araçlarla izlemenin niteliğine ilişkin tartışma mevcuttur. Bir görüş, teknik araçlarla izlemenin koruma tedbiri olduğunu savunurken⁷, diğer görüş aksi yöndedir. İkinci görüşe göre teknik araçlarla izleme bir araştırma vasıtası olarak kabul edilmektedir⁸. Amaçsal yorumla hareket edildiğinde ve sistematik açıdan teknik araçlarla izlemenin diğer koruma tedbirleri arasında düzenlenmiş olması göz önüne alındığında, hukuki nitelik bakımından koruma tedbiri olduğu sonucu çıkmaktadır. Teknik araçlarla izleme koruma tedbirinin de düzenleniş şekline baktığımızda düzenleme içerisinde tedbirin süreye bağlandığı sürenin sonlanmasıyla elde edilen delillerin de imha edileceği vurgusu yapılmıştır.

D. Şartları

1. Kişi Bakımından

Kanun koyucu, kararın verilmesinde yetkili mercii olarak soruşturma aşamasına işaret ediyor görünse de⁹ madde devamında açıkça

⁴ ÇOLAK, Haluk/ TAŞKIN, Mustafa *Ceza Muhakemesi Kanunu: Açıklamalı - Karşılaştırmalı - Uygulamalı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005. s. 474

⁵ ŞERB, Stancu, UNGUREANU, Petre, "Considerations on The Use of Technical Surveillance In Criminal Proceedings", *Acta Universitatis George Bacovia. Juridica - Volume 5. Issue 2/2016*, s. 2.

⁶ ŞAHİN, İlyas, *Teknik Araçlarla İzleme*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015 s. 18; ÖZTÜRK, Bahri/ DURMUŞ, Tezcan/ ERDEM, Mustafa, Ruhan/ GEZER, Sırma, Özge/ KIRIT, SAYGILAR, Yasemin, F./ ÖZAYDIN Özdem/ AKCAN ALAN Esra/ TÜTÜNCÜ Erden Efser/ TOK Mehmet Can, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 17. Baskı, Ankara, 2023, s.434.

⁷ ÖZGÜVEN, A. Duygu, "Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde "Adli Kontrol", *TBB Dergisi*, S. 81, Mart 2009, s. 314-315.

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 21. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2022, s. 483.

⁹ TURİNAY, Y. Faruk, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Teknik Araçlarla İzleme", *TAAD*, Y. 2, S. 46 (Nisan 2021), s. 427-428.

sanıktan da bahsediliyor olması tedbirin hem şüpheli hem de sanık hakkında uygulanabileceğini göstermektedir. İzlemeye takılan üçüncü kişilerin ses ve görüntü kayıtlarının karar kapsamında olmamasına karşın delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı sorun teşkil eder. Örneğin; teknik araçlarla izleme tedbiri şüpheli/sanığın işyerinde uygulanıyordur fakat tedbirin uygulanmasında şüpheli/sanık ile birlikte 3. kişilerin konuşma ve/veya görüntüleri de dahil olmuştur. Bu sorunlar çalışmamız kapsamında yer almadığından incelenmeyecektir.

2. Yer Bakımından

Teknik araçlarla izleme tedbiri kamuya açık yerlerde ve iş yerlerinde uygulanabilir. Dolayısıyla kişinin konutunda teknik araçlarla izleme yapılamaz. Kanun koyucu konutta tedbirin uygulanmasına imkan vermeyerek kişilerin mahrem alanına müdahaleyi engellemek istemiştir.

Kamuya açık yerler, alan olarak açık ya da kapalı olması fark etmeksizin kişilerin girip çıkabileceği, dolaşabileceği meydan, cadde gibi yerlerdir¹⁰. Dolayısıyla terminaller, toplu taşıma araçları, ibadethaneler, iş yerleri de kamuya açık yer olarak sayılabilir¹¹.

Yargıtay' a göre kamuya açık alan, orada bulunan kişilerin makul bir gizlilik beklentisi içinde bulunmadığı, kişilerin özel ilişkide bulunma olasılığının olmadığı yerlerdir¹². Kamuya açık alanda kişi, faaliyetlerinde başkasının haberdar olmasında bir sakınca görmez. Zira bu alanlarda gerçekleştirilen faaliyetler 3. kişi tarafından bilinmesinde sakınca görünmeyen özelliكتedir. Günümüzde iş yeri ver konutun bir arada özellik gösterdiği taşınmazlara rastlandığı gibi, teknoloji den yararlanılarak suçların faillerin yaşam alanlarını terke etmeden işlendiği görülmektedir. Bu sebeple söz konusu tedbirin yer bakımından uygulandığı mekanların tanımlarını önem arz eder.

İşyeri tanımına 4857 sayılı Kanun'da yer verilmiştir. Buna göre işyeri, işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı

¹⁰ SOYASLAN, Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2020, s. 284.*

¹¹ TAMÖZ, Mehmet/ KOCABEY Hüseyin, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Önleme ve Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Teknik Araçlarla İzleme, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 168.*

¹² Yargıtay 5. C.D. 26.12.2006. E. 2006/ 9880, K. 2006/10661, (<http://www.turkhukusitesi.com/serh.php?did=16831> , erişim tarihi, 30.06.2023).

yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlardan oluşur (m. 2).

Kanun koyucu tedbirin konutta uygulanmasını yasaklamıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre konut, kişilerin yerleşmek ve barınmak amacıyla oturdukları yer olarak tanımlanmaktadır¹³. Özel hayatın gizliliğine verdiği ehemmiyet bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesi gereğince konutta yapılan teknik araçlarla izlemeye dair elde edilen kayıtlar derhal yok edilir. Tedbirin yer bakımından uygulama yasağı kapsamındaki konutun şüpheli/sanığa ya da üçüncü bir kişiye ait olması önem arz etmemektedir¹⁴.

Ceza hukukunda bir yerin konut sayılabilmesi için sürekli kalmak gerekmez¹⁵. Sürekli oturma niyeti olmasa da kişilerin mahremiyetinin, özel hayatlarının, hüznün ve sükûnlarının sürdürüldüğü yerler konut olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla bir otel odası, yurt gibi yerler de ceza hukuku açısından konut olarak değerlendirilebilir. Bu sebeple bu gibi yerlerde de teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulamaz.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesindeki tedbirin konutta uygulanamayacağı hükme öncesinde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesinin ve Terörle Mücadele Kanunu 10. maddesini pozitif hukukta yer aldığı dönemde Polis Vazifeleri ve Salahiyet Kanunu ek madde 7'nin 6. fıkrası hükmü gereği önlem amaçlı teknik araçlarla izleme konutta da gerçekleştirilebiliyordu¹⁶. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesince konutta önleme amaçlı dahi olsa teknik araçlarla izlemeye müsaade edilmemesi ile artık bu uygulamanın da önüne geçmiş bulunmaktadır.

Özellikle örgütlü suçlarda ve kazanç elde edilen suçlar bakımından şüpheli/sanık konutunu işleyeceği suçların organizasyon merkezi hâline getirebilir. Bir görüşe göre konut iş yeri gibi kullanıldığı için artık bu alanda iş yeri olarak kabul edilmeli dolayısıyla tedbirin uygulanmasına karar verilmelidir¹⁷. Bu şekilde bir izlemenin yapılabilmesi kişinin suç işlemek

¹³ OKUYUCU, Ergün, Güneş, *Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu*, Çakmak Yayınevi, Ankara 2010, s. 52

¹⁴ SOYASLAN, s. 280.

¹⁵ ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 447.

¹⁶ YENİSEY, Feridun, *Kolluk Hukuku*, 3. Baskı, Beta Basım Yayım, Ankara, 2023, s. 363.

¹⁷ TAMÖZ / KOCABEY, s. 16; ÇOLAK/ TAŞKIN, s. 686.

için konutunu merkez haline getirdiğinin önceden saptanmış olmasını gerektirir¹⁸. Kanaatimizce burada komuta merkezi olarak kullanılan yer, failin konutu niteliğini taşımaya devam eder. Fakat burada failin giz alanını sürdürdüğü söylenemez. Hakkın kötüye kullanımı söz konusu olduğundan aslen komuta merkezi olan konutta teknik araçlarla izleme tedbiri uygulanabilmelidir. Zira 140. maddede yer alan katalog suçlardan bazılarının işlenmesi komut merkezli bir yeri ihtiyaç duyulmasına sebep olur. Kaldı ki şüpheli ya da sanığın özellikle göçmen kaçakçılığı, fuhuş gibi suçların işlenmesinde kendi konutunu komuta merkezi haline getirerek işyeri olarak kullanılması kuvvetle muhtemeldir. Diğer bir görüşe göre katalog suçların işlenmesinde dahi kanunda bir değişiklik yapılmadığı müddetçe kişinin konutunda teknik araçlarla izleme yapılamaz¹⁹.

Tedbirin uygulanması bakımından göz önünde bulundurulması gereken diğer husus, ekonomik sebepler ve özellikle pandemi sürecinin getirdiği bir alışkanlıkla “home-office” şeklinde kullanımlardır. Burada üzerinde durulması gereken konu “home-office”te teknik araçlarla izleme yapılıp yapılamayacağıdır. Kullanım özelliği itibariyle birkaç odadan oluşan yarı konut yarı işyeri mekanlarında, işyeri olarak kullanılan odaların ayrı, barınma, özel hayatın sürdürülmesi gibi olan alanın ise ayrı olduğu gözlenmektedir. Dolayısıyla” home-office”lerde işyeri olarak kullanılan odalarda teknik araçlarla izleme yapılabilecekken, konut olarak kullanılan odalarda teknik araçlarla izleme tedbiri uygulanmamalıdır. İş yeri olarak kullanılan, fakat banyo tuvalet gibi alanların da olduğu yerlerde tedbirin mahrem alanları ihlal edilecek şekilde uygulanmaması gerekir²⁰.

Teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanma yeri bakımından müdafinin bürosu ve yerleşim yerine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Oysaki aynı kanunun 136. maddesinde şüpheli veya sanığa yüklenen suçla ilgili olarak müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbiri uygulanamaz. Anılan düzenlemenin kıyasen 140. maddeye de uygulanması gerektiği, böylelikle müdafinin bürosu ve yerleşim yerinde teknik araçlarla izlemenin gerçekleştirilemeyeceği

¹⁸ DONAY, Süheyl, *Ceza Yargılama Hukuku*, Beta Yayın, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 178.

¹⁹ ŞAHİN, s. 30-32.

²⁰ SILVA, Juan Carlos Da/ STANGE, Albrecht/ ÖZBEK, Veli Özer, *Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi, Teknik Araçlarla İzleme ve Gizli Soruşturmacı Tedbirleri, Eğitim Modülü, Matbam Ajans & Reklam & Tanıtım, Ankara, 2014, s. 121.*

savunulmaktadır²¹.

3. Karar Bakımından

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda 21.12.2014 yılı ve 6526 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik ile bu tedbire ceza mahkemesi tarafından oybirliği ile karar verilebilmekteydi. 6526 Kanunla yapılan değişiklikten önce suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi halinde Cumhuriyet savcısı doğrudan karar verme yetkisine sahipti. 6526 sayılı Kanunla ağır ceza mahkemesinin oybirliği ile karar vermesi aranmış, sonrasında 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanun ile hakim kararı yeterli hale getirilmiştir. Öyle ki son halde, savcı gecikmesinde sakınca bulunan hallerde teknik araçlarla izleme kararı verebilecektir. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen karar yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulur. Hakim kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Yirmi dört saat içinde karar verilmediği takdirde kayıtlar derhal imha edilecektir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesinde teknik araçlarla izleme kararında hangi hususların yer alacağına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Kıyasın ceza muhakemesi hukukunda uygulanabilirliğinden bahisle, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinin kıyasen 140. maddeye uygulanabilmesi mümkündür²². Söz konusu hükmün madde 140' a uyarlanması neticesinde, teknik araçlarla izleme kararında yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilmelidir. Ayrıca kararda teknik araçlarla izleme tedbirine de kullanılan cihazı ayırt etmeye yarayan özellikte kodlar da yer almalıdır. Her ne kadar kıyasen uygulanan 135. maddede yer almasa da, tedbire başvurmaya sebep olan suçla ilişkin kuvvetli şüphe sebebinin dayandığı somut deliller, ve başka suretlerde delil elde edemediği hususundaki karar gerekçesi de kararı eklenmelidir²³. Şayet kararı Cumhuriyet savcısı vermiş ise, kararda gecikmesinde sakınca olan haller, tedbirin başlama ve sona erme zamanının gün ve saat belirtilmek suretiyle gösterilmesi gerekir²⁴.

²¹ ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ: s. 474.

²² ÖZTÜRK/ DURMUŞ/ ERDEM / GEZER/ KIRIT, SAYGILA/, ÖZAYDIN/ AKCAN ALAN/ TÜTÜNCÜ/ TOK: s. 483-484; YENİSEY/ NUHOĞLU: s. 540.

²³ TAMÖZ/ KOCABEY, s. 175.

²⁴ ÖZTÜRK/ DURMUŞ/ ERDEM / GEZER/ KIRIT, SAYGILA/, ÖZAYDIN/ AKCAN ALAN/ TÜTÜNCÜ/ TOK: s. 362

4. Süre Bakımından

Genel olarak koruma tedbirleri mahiyeti gereği, uygulanma amacının gerçekleşmesiyle son bulur. Dolayısıyla koruma tedbirleri yapı itibariyle geçici niteliktedir. Teknik araçlarla izleme koruma tedbiri de doğal olarak belirli süreli olacaktır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesindeki 2014 yılı değişikliğiyle üçüncü fıkrada tedbir kararının üç haftalık süre için verilebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca gerekli görüldüğü takdirde bir hafta daha süre uzatılabilir. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili gerekli görülmesi halinde sürele ek olarak hakim tarafından her defasında bir haftadan fazla olmamak ve toplamda dört haftayı geçmemek üzere sürelerinin uzatılmasına karar verilebilir. Karara konu tedbir kararda belirtilen sürenin dolmasıyla başkaca bir karar alınmasına gerek kalmaksızın son bulacaktır²⁵. Teknik araçlarla izleme tedbiri amacına hizmet ettiği takdirde sürelerin dolup dolmadığına bakılmaksızın kendiliğinden ortadan kalkar. 140. maddenin üçüncü fıkrası gereği teknik araçlarla izleme tedbiriyle birlikte gizli soruşturmacı görevlendirilmesi halinde süreler bir kat artırılarak uygulanır.

Teknik araçlarla izleme tedbirine başlangıçta hakim ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı karar verebilirken, sürenin uzatılması kararı sadece hakim tarafından verilebilir. Bu sebeple soruşturma evresinde tedbire ilişkin olarak kararda belirtilen sürenin uzatılması gerekliliği hasıl olduğunda, sulh ceza hakimi tarafından verilen kararlar mümkün olabilecektir²⁶.

5. Şüphe bakımından

Teknik araçlarla izleme koruma tedbirine somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi ve başka suretle delil elde edilememesi halinde başvurulabilir (CMK m. 140). Ayrıca madde metninde belirtilen katalog suçlardan birisinin işlenmesi gerekir. Kanun koyucu kuvvetli suç şüphesini varlığının belirlenmesi için üç kriter belirlemiştir. Buna göre kuvvetli suç şüphesini somut delillere dayanması, başka surette delil elde edilememesi ve katalog suçlarda yer alan suçlardan birinin işlenmiş olması gerekir. Teknik

²⁵ MALKOÇ, İsmail / YÜKSEKTEPE, Mert, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Malkoç Kitabevi, Batman, 2005, s. 389.

²⁶ TAMÖZ / KOCABEY, s. 177; YAŞAR, Osman, Ceza Muhakemesi Kanunu, II. Cilt, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 1426.

araçlarla izleme tedbirine genel olarak örgütlü suçlar için başvurulabilecek olup bu suçların hangileri olduğu katalog halinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda tek tek belirtilmiştir.

Kanun hükmünde başka suretle delil elde edilememesi şartı teknik araçlarla izleme tedbirinin ikincil nitelikte olduğunun bir göstergesidir²⁷. Teknik araçlarla izleme tedbirine karar verecek makamın genel bir değerlendirmeye başka bir ceza muhakemesi tedbiriyle delili elde edemeyeceği kanaatine varması yeterli olacaktır. Diğer bir deyişle teknik araçlarla izleme tedbirlerinin soruşturma veya kovuşturma evrelerinde uygulanabilmesi için somut olayda diğer tedbirlere başvurulması ve onlardan netice alınmaması gerekmez²⁸.

II. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi

A. Kavram

İşlenmiş suçların aydınlatılması, halihazırda işlenmekte olan suçların sonlandırılması ve işlenmesi kuvvetle muhtemel olan suçluların ise önlenmesi, organize suçluluğun yapısının bozulmasıyla mümkün olabilecektir. Diğer bir deyişle örgütlü suçlarla mücadele için gizli soruşturma tedbirlerine ihtiyaç duyulmaktadır.

Suçların örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesinde süreklilik ve kazanç sağlama gayesi bulunmaktadır. Bununla birlikte örgütün hiyerarşik bir yapılanma ve kendisini koruma sistemi geliştirdiği görülmektedir²⁹. Örgütün içinde hiyerarşik yapılanmadan ve üyelerin birbirini her koşulda koruması ve gizlilik esaslarından dolayı soruşturma ve kovuşturma makamları örgüt kapsamında işlenen suçların aydınlatılabilmesi için, üyelerle irtibatla bulunma ihtiyacı hissetmektedir. Bu suretle örgüt içine, soruşturma ve kovuşturma makamlarının kendi görevlileri yerleştirilerek örgüt faaliyetlerinden haberdar olunacak ve deliller elde edilecektir. Bu kapsamda kanun koyucu gizli soruşturmacı görevlendirilmesini yürürlüğe koymuştur.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi koruma tedbiri, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda gizli soruşturmacı terimini tercih etmek suretiyle 139. maddesinde düzenlemiştir. Maddede gizli soruşturmacı

²⁷ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ: s. 283.

²⁸ TAMÖZ / KOCABEY: s. 175.

²⁹ ERDEM, Mustafa, Ruhan, *Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s. 38-48.*

kavramına ilişkin açıklama bulunmamaktadır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerine İlişkin Talepte Bulunulması, Kararların Alınması ve Uygulanmasında Uyulacak Usul ve Esasları Belirlenmesi Amacıyla Düzenlenmiş Olan Uygulamaya Dair Yönetmelik Taslağının³⁰ tanımlarını düzenleyen 4. maddesinde gizli soruşturmacı, gerektiğinde örgüt içine sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisi” olarak tanımlanmıştır.

Gizli soruşturmacı terimi esasında Alman hukukundan gelmektedir. Bu terim gerçek bilgilere yansıtmayan sürekli bir kimliği taşıyarak, uzun süreli soruşturma gerçekleştiren kolluk memuru olarak tanımlanmaktadır³¹. Gizli soruşturmacı terimi Alman hukukunda “*Verdecter Ermitler*” olarak karşılığını bulmaktadır³².

B. Amaç

Klasik koruma tedbirlerinden farklılık gösteren bu tedbir sadece işlenmiş değil, işlenmekte olan suç ile alakalı olarak da uygulanmaktadır. Dolayısıyla suç işlenmesinin önlenmesine de hizmet etmektedir. Ayrıca 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160. madde hükmü gereği Cumhuriyet savcısının kamu davası açmaya yer alıp olmadığına dair karar vermesi amacıyla delillerin elde edilmesine de hizmet eder.

Kanun koyucu yapmış olduğu düzenlemede gizli soruşturmacı olarak görevlendirilecek kişinin kamu görevlisi olmasını yeterli görmüş olsa da, uygulamada gizli soruşturmacı görevlendirmeleri polisler arasından yapılmaktadır. Dolayısıyla uygulamada tedbirin amacı daha iyi hizmet edebilmesi için polisin tercih edilmesi, soruşturma tedbirindeki amaç ve kapsamının belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken bir durum olacaktır.

Polisin görevlerini düzenleyen 2559 sayılı PVSK'ya göre, suç işlenmesinin önlenmesinde, polisin bu tedbir kapsamında hareket etmesi,

³⁰ <http://www.cigm.adalet.gov.tr/yönetmelik/iletisim.doc>, erişim tarihi 21.06.2023.

³¹ ERDEM (Organize Suçluluk): s. 77-78.

³² Alman CMUK madde 110 a vd.; ÖZBEK Veli Özer, *Organize Suçlulukta Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevinin Gerekirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 21.

polis suçu öncesi istihbarat yetkileri kapsamında değerlendirilmelidir³³. Bu itibarla gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri istihbari amaç taşımaktadır.

Tedbirin delil elde etme amacı, bu delillerin ne şekilde toplanacağı ve muhafaza altına alınacağı sorusunu da beraberinde getirmektedir. Özellikle gizli soruşturma tedbirlerinde delilin soruşturma ve kovuşturmada kullanılabilmesi adına kayıt altına alınması önem arz eder. Bu noktada gizli soruşturmacının da delil oluşturabilecek görüntü ve sesleri kayıt altına alıp alamayacağı sorusu karşımıza çıkar. Bu hususta inceleme konumuzu teşkil eden yasal değişiklik öncesi Yargıtay'ın gizli soruşturmacının ayrı bir hakim

kararı olmaksızın teknik araçları kullanamayacağı yönündeki kararı³⁴ kanun koyucuyu yasal bir değişiklik yapmaya sevk etmiştir.

C. Hukuki Niteliği

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin gizli olması ve aynı zamanda suç işlenmesinin önlenmesi amacını taşıyor olması, bu tedbiri klasik koruma tedbirlerinden ayırmaktadır.

Gizli soruşturmacının uygulamada tercihen polisler arasında seçilmesi, polis gizli soruşturmacı olarak görevini ifa ederken, bu görevi idari nitelikte mi adli nitelikte mi olduğunu belirlemek gerekir. Pozitif hukukta gizli soruşturmacı görevlendirilmesi koruma tedbirinin CMK' da düzenlenmiş olması, bu adli nitelikte bir tedbir olduğunun göstergesidir³⁵.

D. Şartları

1. Kişi Bakımından

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin kişi bakımından şartının, tedbire muhatap kişi ve soruşturmacı olarak görevlendirilecek kişi olmak üzere iki kategoriye ayrılarak değerlendirilmesi gerekir.

5271 sayılı Kanununun 139. maddesi gereği gizli soruşturmacı, kamu görevlisi olmak durumundadır. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ise

³³ YENİSEY, Feridun, "Mukayeseli Hukukta ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Teknik İzleme", *Yargı Dünyası Dergisi*, S. 131, Kasım 2006, s.1-11, (<https://www.yargidunyasi.com/bilimselincelemeler.php?yazarakAra=&yazarAdi=Feridun+YEN%C4%B0SEY&yontem=cumle>, erişim tarihi, 23.06.2023, s.10).

³⁴ *Yargıtay 20. CD, 14.01.2016, E. 2015/15770, K. 2016/121.*

³⁵ *CENDEL / ZAFER, s. 420.*

gizli soruşturmacı bir polis memuru olabilir (m. 110a/2). Söz konusu tedbir şüpheli ya da sanık hakkında uygulanabilir.

2. Yer Bakımından

Kanun maddesinde, tedbirin yer bakımından uygulanmasına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından görevlendirilen gizli soruşturmacı delillerin toplanması için herhangi bir yer ve mekanda faaliyette bulunabilecektir.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m.110c/1 gereğince gizli soruşturmacı hakim kararına dayalı olmak kaydıyla, uydurma kimliği kullanarak konutun sahibinin rızasıyla konuta girebilir. Doktrinde konut sahibinin iradesinin uydurma kimlikle yanıtılması sebebiyle sakatlandığı, dolayısıyla rızanın geçersiz olduğu savunulmaktadır³⁶.

Kural olarak tedbirin yer bakımından uygulanması bir özellik göstermez iken, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesinin dördüncü fıkrasına 2023 yılında 7445 sayılı Kanunla getirilen ek cümle ile kamuya açık yerlerde ve iş yerlerinde delil toplamak amacıyla ses ve görüntü kaydının yapılması sadece bazı suçlar bakımından ve hakim kararıyla mümkün kılınmıştır. Buna göre örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğini bakılmaksızın uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçuna ilişkin olarak hakim izininde olması kaydıyla, gizli soruşturmacı kamuya açık yerlerde ve iş yerlerinde ses ve görüntü kaydı olabilecektir. Kanun koyucunun burada konuttan özellikle bahsetmediği kanaatindeyiz. Dolayısıyla gizli soruşturmacı delil toplamak maksadıyla da olsa konutta ses ve görüntü kaydı alamayacaktır. Kanun koyucu konutta ses ve görüntü kaydının alınmasına ilişkin bir düzenleme yer vermeyerek, özel hayatı giz alanını korumak istemiştir. Fakat bu düzenleme şeklinden, gizli soruşturmacı görüntü ve ses kaydı dışındaki görev gereği yerine getirdiği faaliyetlerini konutta gerçekleştirebileceği sonucu çıkmaktadır. Çalışmanın devamında bu konuya ayrıntılarıyla yer verilecektir.

3. Karar Bakımından

Soruşturma evresinde sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde ise hakim, gizli soruşturmacı görevlendirilmesine karar verebilecektir.

³⁶ FRISTER, Helmut, *Zur Frage der Vereinbarkeit verdeckter Ermittlungen in Privatwohnungen mit Art. 13 GG, StV 1993, 153, 154, akt: PLAGEMANN, Gottfried, Alman Hukuku'nda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri*, CHKD, C.2, S. 1-2; 2014, s. 181.

26434 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yolları Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 24. maddesi gereği gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararında, soruşturma numarası, aidiyet numarası, kararın hangi suçun soruşturulması için istendiği, bu suça ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin neler olduğu, gizli soruşturmasının araştırmada bulunacağı örgüt veya kişilerle ilgili bilgiler, başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmadığı hakkındaki açıklama, bilgi veya belgeler yer almalıdır.

Özellikle örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların uluslararası boyut alması halinde yabancı ülke polis memurunun ülke içinde gizli soruşturmacı görevlendirilmesinde uluslararası anlaşmalar göz önünde bulundurulmalıdır³⁷. Ülkemizde “hukuki yardım” çerçevesinde gizli soruşturmacı olarak yabancı ülke polis memurunun görevlendirilmesine imkan verilmesi savunulmaktadır³⁸.

4. Süre Bakımından

5271 sayılı CMK 139. maddesinde tedbirin uygulanma süresine ilişkin herhangi bir ifade yer almamaktadır. Kanun koyucunun gizli soruşturmacının görev süresine ilişkin bilinçli olarak herhangi bir süre kısıtlamasını getirmediği kanaatindeyiz.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçların aydınlatılması maksadıyla uygulanmaktadır. Dolayısıyla örgüt çerçevesinde işlenen suçların açığa çıkarılması için ne kadar süre ile soruşturmacının görevinin devam etmesi gerekiyorsa, o kadar sürmelidir. Bu gizli çalışma birkaç ay sürebileceği gibi birkaç yıla kadar da sürebilir³⁹. Fakat bu halde dahi görev süresinin olabildiğince kısa tutulması, somut durumla orantılı bir şekilde olması gerekmektedir⁴⁰. Ayrıca doktrinde, süre sınırı yerine, gizli soruşturmacının görevinin sınırlı, belirli işlemleri aşır

³⁷ CHERNIAVSKYI, Serhii S., HRİBOV, Mykhailo L., NEBYTOV, Andrii A., KNIAZIEV, Serhii M., TELENYK, Serhii S., “The Forms Of International Co-Operation In The Area Of Undercover Investigations”, *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, Volume 23, Issue 1, 2020, s. 4.

³⁸ ÖZBEK, Veli, Özer, “Türk Hukuku’nda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu”, *CHKD*, C. 2, S. 1-2, 2014, s.141.

³⁹ BRANDEV, Atanas “Legal Mechanism Of Using Agent/S Undercover In Crime Detection Of Organized Crime Group”, *International Conference Knowledge-Based Organization*, Vol. XXVI No 2 2020, s. 144.

⁴⁰ YERDELEN, Erdal, *Soruşturma ve Koruma Tedbirleri*, Adil Yayınevi, Ankara, 2006, s.122.

aşmadığının göz önünde bulundurulması gerektiği savunulmaktadır⁴¹.

5. Şüphe bakımından

5271 sayılı CMK 139. maddesinde gizli soruşturmacı görevlendirilmesi için, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebinin varlığı aranmıştır. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi koruma tedbirinde ifade olunan kuvvetli şüphe sebebinden anlaşılması gereken, kuvvetli şüphe derecesini ulaşmasa da basit bir başlangıç şüphesinden daha yoğun bir şüphenin varlığıdır⁴². Söz konusu tedbirin uygulanmasında, kuvvetli şüphe sebebinin varlığı tek başına yeterli olmayıp ayrıca soruşturma konusu suçla ilgili başka surette delil elde edilmesini imkanının bulunmaması da gerekmektedir. Kanun koyucunun bu ilave şartı düzenlemesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri ile başkaca bir tedbir arasında son çare olarak uygulanması zorunluluğunu getirmektedir. Diğer bir deyişle başka bir tedbire başvurularak delil elde edilmesi mümkün ise, diğer şartları sağlıyor olsa bile gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine başvuru olamayacaktır.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirini düzenleyen 135. maddede “başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması” ndan bahsederken, 139 ve 140. maddelerde “*başka surette delil elde edilememesi*” durumundan bahsetmektedir. İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması koruma tedbirine başvurulması esnasında, somut olayda birebir tecrübe edilmemiş olsa da yetkilinin yapmış olduğu değerlendirme neticesinde başka suretle delil elde edilemeyeceği kanaati oluştuğunda Kanununun 135. madde hükmü uygulanabilecektir. Oysaki özel soruşturma tedbirlerinden 139. ve 140. Maddelerinin uygulanabilmesi için somut olayda diğer koruma tedbirlerine başvurulmuş, buna rağmen maddi gerçeğin ortaya çıkmasına yönelik bir delil elde edilememiş, bu sebeple son çare olarak gizli soruşturmacı görevlendirilmesi yoluna gidilmek durumunda kalınmış olmalıdır. Kanun koyucunun bilinçli olarak bu anlamı ortaya koyan ifadeleri kullanmadığı kanaatindeyiz. Zira suçla mücadele kapsamında delillerin değiştirilmesi ve yok edilmesinin önüne geçmek öncelikli olmalı, bu sebeple genel bir değerlendirme yapılarak henüz somut olayda uygulanması dahi diğer tedbirlerin uygulanmasının faydasız olduğu kanaati oluşacak ise gizli soruşturmacı tedbirine başvurulması mümkün

⁴¹ ÖZBEK (Gizli Görevli): s.23.

⁴² ÖZBEK, Veli, Özer, CMK İzmir Şerhi Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 605.

olmalıdır. Kanun koyucu 139 ve 140. maddelerde ikincilik prensibini vurgulama gayretiyle söz konusu düzenlemeyi gerçekleştirmiştir. Kaldı ki somut delillere dayanan kuvvetli şüphe şartında kanun koyucunun, şüphe derecesini kuvvetlendiren delilin varlığını aradığı kanaatindeyiz. Aksi takdirde hüküm içerisinde tezatlık ortaya çıkacaktır.

Son çare olarak başvurulması prensibi çerçevesinde göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus da temel hak ve özgürlüklere en az müdahale eden tedbirin tercih edilmesi durumudur. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri ile diğer gizli tedbirler arasında hangisi temel hak ve özgürlüklere daha az müdahale ediyor ise o tedbire öncelik verilmelidir. Fakat gerektiği takdirde her bir tedbire aynı anda başvurulmasına da bir engel bulunmamaktadır⁴³. Özellikle gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin düzenlenmesinde “istisnanın istisnası” ilkesi benimsenmesi sebebiyle başka suretle delil elde edilemediği takdirde bu tedbire başvurulması mümkün olmalıdır⁴⁴.

Gerek gizli olması gerekse temel hak ve özgürlüklere ciddi bir müdahale oluşturması sebebiyle kanun koyucu bu tedbire başvurulmasında sadece şüphe derecelendirmekle yetinmeyerek gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine başvurabilmesi için kanunda belirtilmiş olan katalog suçlardan birinin işlenmiş olmasını aramıştır. Kanun koyucunun burada ilave şartları öngörmesinin bir diğer sebebi de görevlendirilmiş olan gizli soruşturmacının diğer gizli soruşturma tedbirlerinden daha geniş bir kapsamda yetki ve görevinin olmasıdır. Nitekim 5271 sayılı CMK'nun 139. maddesinin dördüncü fıkrasında soruşturmacının, hakkında görevlendirilmiş olduğu örgüte dair her türlü araştırmada bulunmakla ve örgüt faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlara ilişkin delilleri toplamakla yükümlü kılınmıştır. Kanun koyucunun, soruşturmacıyı her türlü araştırmada bulunmakla görevli kılması, başkaca bir tedbire başvurma ihtiyacı hasıl olduğunda kanunda aranan şartların yok sayılması anlamına gelmemelidir. Dolayısıyla soruşturmacı delillerin toplanması bakımından başkaca bir tedbire ihtiyaç duyuyorsa, tedbirin düzenlenmiş olduğu kanun hükmündeki şartların sağlanması gerekir. Konumuzla ilgili olacak şekilde gizli soruşturmacının teknik araçlar kullanabileceği suçlar kanun koyucu tarafından ayrıca sınırlandırılmış ve sadece uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunda başvurulabilecek bir yetki olarak tanımlanmıştır.

⁴³ ERDEM (İletişimin Denetlenmesi): s. 100.

⁴⁴ KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s.744.

Kanunda yer alan katalog suçlar hakkında diğer şartlar da sağlandığı takdirde gizli soruşturmacı görevlendirilmesi koruma tedbirine karar verilebilecektir. Kanunun 139. maddesinin yedinci fıkrasının a bendinin 1. bendi haricindeki suç tipleri örgüt kapsamında işlenebilecek iken kanun koyucu özellikle örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğini bakılmaksızın uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticaretine ilişkin olarak soruşturmacı görevlendirilmesini mümkün kılmıştır. Oysa ki gizli soruşturmacı görevlendirilmesi koruma tedbiri örgüt kapsamında işlenen suçların aydınlatılması ve bu çerçevede işlenecek muhtemel suçların önüne geçilmesi amacıyla düzenlemeye alınmış bir koruma tedbidir. Bu sebeple bu hükmün örgüt faaliyeti çerçevesinde uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti şeklinde yeniden düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Aksi durum koruma tedbirinin düzenleniş amacına ters düşmektedir. Ayrıca kanun koyucunun 140. maddede düzenlenen teknik araçlarla izleme koruma tedbirine kıyasla gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin katalogu daha dar tuttuğu anlaşılmaktadır. Daha sıkı şartlara bağlamış olduğu gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine ilişkin örgüt faaliyeti kapsamında olmayan uyuşturucu imal ve ticareti suçunun dahil edilmemesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

26434 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Ceza Mahkemesinde Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 26. maddesinde tedbirin uygulanabileceği suçlar düzenleme altına alınmıştır. Maddenin ilk cümlesinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 139. maddesine paralel olarak söz konusu kanunda ifade olunan katalog suçlar için bu tedbire başvurulabileceği ifade olunmuştur. Fakat maddenin devamı olan ikinci cümlede ayrıca tedbirin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 220. maddesinin 2., 7. ve 8. fıkralarında yer alan suçların bir terör örgütünün faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde bu suçlar için de uygulanabileceği hükme bağlanmıştır. Yönetmeliğin 26 maddesini birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan hüküm, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin hukuki dayanağı olan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 139. maddesinde belirtilmiş olan katalog suçları arasında yer almamaktadır. Söz konusu Yönetmeliğin normlar hiyerarşisinde en alt basamakta yer alan norm olması sebebi ile kendinden hiyerarşik anlamda üst norm olan kanuna uygun olması gerekir. Kaldı ki 5271 sayılı CMK’nda düzenlenen koruma tedbirlerinin temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıdığı göz önünde bulundurulması gerekir.

Anayasal hüküm gereği temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan düzenlemeler sadece kanunda yer alabilir. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi hükmü de gizli koruma tedbirlerinden biri olması sebebi ile söz konusu tedbire ilişkin esaslar ancak kanunla düzenlenebilir. Kanunda yer alan söz konusu tedbire ilişkin hükümlerin açıklayıcı ve ayrıntılı ifadelerine yönetmelikte yer vermek mümkündür. Fakat kanunda yer almayan bir düzenlemenin, yönetmelikte yer alması hukuka aykırı olacaktır. Bu sebeple anılan yönetmeliğin 26. maddesinin ikinci cümlesinde Türk Ceza Kanunu 220. maddesinin 2,7 ve 8. fıkralarında yer alan suçların terör faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine başvurulacağı hükmü kaldırılmalıdır.

III. İki Tedbirin Bir Arada Uygulanması Sorunu

A. Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin İcrası

Mahiyeti gereği gizli⁴⁵ olan teknik araçlarla izleme koruma tedbirine soruşturma ve kovuşturma evresinde başvurulabilecektir⁴⁶. Tedbirin gizli olmasına rağmen, kovuşturma evresinde de uygulanabiliyor olması doktrinde eleştirilmektedir⁴⁷. Madde metninde mahkmeden bahsetmeyip, kararın hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısı tarafından verilebileceği ifade olunmuştur (CMK m. 140/f. 2). Söz konusu fıkra hükmü lafzi yorum göz önünde bulundurularak değerlendirildiğinde tedbire esas itibariyle soruşturma evresinde başvurulması mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Zira kanun koyucu mahkeme yerine, “hakim” ifadesini kullanmaktadır. Kaldı ki delillerin toparlanması büyük oranda soruşturma evresinde gerçekleştirilmektedir. Fakat maddede sanıktan da bahsetmesi kovuşturma evresinde de başvurulabileceğine işaret eder. Lakin bu düzenleme olmasaydı da soruşturma evresinde başvuru bu tedbirin mahiyeti gereği delillerin toparlanması sebebiyle süresi uzar ise kovuşturma evresinde de bu tedbire devam olunabilmelidir.

Kanun koyucu teknik araçlarla izleme koruma tedbiri kararında içerik olarak bulunması gerekenleri hükme bağlamamıştır. CMK'nun 135. maddesinin dördüncü fıkrası kıyasen uygulanabilir⁴⁸. Buna göre kararda

⁴⁵ ÖZEN, Mustafa, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 8. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2023, s. 604; CENTEL / ZAFER, s. 505.

⁴⁶ ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAŞIZ: s. 451; ÖZEN, s. 583; CENTEL / ZAFER, s. 505; ÜNVER, Yener/ HAKERİ Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 20. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2023, s. 474.

⁴⁷ CENTEL / ZAFER, s. 507.

⁴⁸ ÖZTÜRK/DURMUŞ/ERDEM/GEZER/KIRIT,SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN, ALAN/TÜTÜNCÜ/ TOK: s. 582; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 488.

yüklenen suçun türü, tedbirin kapsamı, süresi yasal dayanağı, başka surette delil elde edilemediğine ilişkin olgular ve kuvvetli şüpheye yol açan somut delillerin yer alması gerekir.

Tedbir, Cumhuriyet savcısı himayesinde adli kolluk tarafından yerine getirilir⁴⁹.

Kararda belirtilen süresinin dolması ya da tedbir şartlarından herhangi birinin ortadan kalkması halinde tedbir uygulanmamalıdır. Aksi halde bu süreçte elde edilen deliller hukuka aykırı delil niteliği taşır. Tedbir süresince soruşturma evresinden kovuşturma aşamasına geçilmesi tedbirin uygulanmasına engel olmamalı, söz konusu tedbir hakim kararına gerek kalmaksızın uygulanmaya devam etmelidir.

Teknik araçlarla izleme koruma tedbirinin uygulanmasından ortaya çıkan ses veya görüntü kayıtlarının duruşma esnasında doğrudan dinlenilmesi ya da izlenilmesi mümkün olduğu gibi metin haline getirilip tutanağa bağlanması da mümkündür. Tedbir kapsamında kayıt altına alınmış olan görüntü ya da ses verilerinin tam ve net olarak anlaşılabilmesi halinde bilirkişiye başvurulması ihtimal dahilindedir. Bununla beraber teknik araçlarla izleme tedbirine uygulayan görevli de tanık olarak dinlenebilir⁵⁰. Tüm bunların yanında ceza muhakemesinde, özellikle yargılama aşamasında doğrudanlık prensibi göz ardı edilmemelidir. Bu itibarla, özellikle görüntü kaydı söz konusu olduğunda elde edilen verilerin mahkeme tarafından doğrudan dinlenip izlenmesi gerekir.

Teknik araçlarla izleme koruma tedbiri, ilgili kanun maddesinde belirtilmiş olan katalog suçlar için söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla elde edilen deliller de tedbir kararı hangi suç hakkında ise o suça ilişkin olmalıdır. Tedbir kararı kapsamı dışında bir suça ilişkin delil elde edilmiş ise söz konusu delil, Cumhuriyet savcısının gözetiminde bir an önce yok edilmelidir (CMK m. 140/f.4)

B. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Tedbirinin İcrası

Gizli soruşturmacı hakkında görevlendirildiği örgüte ilişkin, örgüt faaliyetlerinin izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlarla alakalı olarak delilleri toplamakla yükümlüdür (CMK m. 139/f.4). Örgüt faaliyeti kapsamında

⁴⁹ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 490.

⁵⁰ CENTEL / ZAFER, s. 507.

olmayan suçlar bakımından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 160. maddesi hükümlerine göre hareket edilmelidir.

Gizli soruşturmacı, görevin ifası sırasında kimliğini değiştirebilir, zorunluluk halinde gerekli belgeler değiştirilebilir, kullanılabilir. Önemli olan gizli soruşturmacının örgütün içine herhangi bir şüphe uyandırmadan sızması ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için gerekenleri yapmasıdır⁵¹. Gizli soruşturmacının kimliğinin ve diğer bilgilerinin değiştirilmesi ve bu suretle kullanılması örgütün güveninin kazanılması içindir. Öyle ki gizli soruşturmacı, hakkında düzenlenmiş olan yeni kimlik bilgileri ile hukuki işlemler yapabilir, şirket kurabilir, davada taraf olabilir⁵².

Gizli soruşturmacı hakkında düzenlenen, değiştirilen tüm belgeler görevlendirme kararıyla birlikte Cumhuriyet başsavcılığında muhafaza edilir (CMK m. 139/f.3). Soruşturmacının kimlik bilgileri, hakkındaki tüm bilgi ve belgeler gizli tutulacağı gibi görevlendirme kararında da bu bilgiler gösterilemez (Yönetmelik m. 31). Soruşturmacının kimlik bilgileri görevi bittikten sonra dahi gizli tutulur (CMK m. 139/f.3).

Örgüt faaliyeti kapsamında fakat görevlendirilen soruşturma ve kovuşturma kapsamı dışında gizli soruşturmacının elde ettiği kişisel bilgiler kullanılamaz (CMK m. 139/f. 6).

Suçla bağlantılı olmayan kişisel bilgiler derhal yok edilir (CMK m139/f. 6). “Derhal” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde tartışma bulunmaktadır. Şayet elde edilen bilgiler gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine ilişkin olan soruşturma ya da kovuşturmayla ilgili değilse, Yönetmeliğin 29. maddesi hükmü gereği kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın verilmesinden sonra, cumhuriyet savcısı ve kolluk görevlisi tarafından toplam süresi on günü geçmemek kaydıyla imha edilmesi gerekir. Fakat kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karara itiraz mümkündür. Örgüt faaliyetinde işlenen suçlara ilişkin delil toplaması kolay olmamaktadır. Dolayısıyla bizim de katıldığımız görüşe göre söz konusu delillerin imhası en azından kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararın kesinleşmesine kadar ertelenmeli, söz konusu deliller savcılık tarafından muhafaza edilmelidir⁵³. Bu itibarla yönetmeliğin 29. Maddesinin

⁵¹ ÜNVER / HAKERİ, s. 479.

⁵² ÖZBEK (Ceza Sorumluluğu): s. 136.

⁵³ MERAN, Necati, *Ceza ve Hukuk Davalarında Yasak Delil İletişimin Denetlenmesi Gizli Soruşturmacı ve Teknik Takibin Hukuki Boyutu*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 476; ŞEN, Ersan: “Gizli Soruşturmacı Tanık Olarak Dinlenebilir mi?”, *Yorumluyorum-V*, Ankara 2014, s. 173-182, s. 175.

yeniden düzenlenmesi gerekir.

Yönetmelik'te ayrıca gizli soruşturmacının çalışma prensiplerine ilişkin düzenleme yer almaktadır (m. 28). Gizli soruşturmacıya görevinin gerektirdiği belgeler temin edilmelidir. Özlük haklarının korunması ve benzeri işlemlerin ilgili kolluk birimi tarafından yerine getirilmesi gerekir. Ayrıca görevlendirilen gizli soruşturmacının takibi, can güvenliğinin temini ve hayatının tehlikeye düştüğü hallerde, kollukla irtibatını sağlamak üzere ilgili kolluk birimi tarafından sorumlu kolluk görevlisi de belirlenmelidir. Dolayısıyla yönetmelik gereğince soruşturmacı kolluk görevlisinin yanında, gizli soruşturmacıdan sorumlu olan sorumlu kolluk görevlisi de bulunmaktadır. Her iki kolluk görevlisi de birime sunulacak raporun ne şekilde verileceğine karar verir. Kolluk birimine sunulan raporda, gizli soruşturmacının örgüt faaliyeti kapsamında elde ettiği bilgiler, topladığı deliller yer alır.

C. İki Tedbirin 7. Yargı Paketi Yeniliği Kapsamında Bir Arada Uygulanabilirliği

1. Zaman ve Süre Bakımından

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesinde gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, 140. maddesinde teknik araçlarla izleme tedbiri hüküm altına alınmıştır. Her iki koruma tedbiri de mahiyetinin gereği gizlidir. Her ikisine de soruşturma ve kovuşturma evrelerinde başvurulabilir. Kanun koyucu, gizli soruşturmacı görevlendirilmesine hakimi, teknik araçlarla izleme tedbirine ise hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısını yetkili kılmıştır. Kanaatimizce her iki tedbir için de kanun koyucunun "mahkeme" ifadesinden ise "hakim" lafzını tercih etmesi, tedbirlerin daha çok soruşturma evresinde kullanılmasından yana kanaatinin olduğunu göstermektedir. Öyle ki tedbirlerin gizli nitelikte olması soruşturma evresi açısından uygulanabilir iken, kovuşturma evresinin alenilik prensibine uygun düşmemektedir. Doktrinde her ne kadar kanun maddesinde sanık ifadesinin yer almasının maddi hata olarak değerlendiren görüş⁵⁴ bulunmakta ise de, kanun koyucunun madde içerisinde şüpheli ve sanıktan bahsetmiş olması tedbire kovuşturma aşamasında da başvurulabileceği imkanı vermektedir. Dolayısıyla her iki tedbir bakımından da şartları sağladığı takdirde bir arada uygulanmasına zaman ve süre bakımından bir engel bulunmamaktadır. Fakat doktrinde tedbirlere

⁵⁴ TURİNAY, s. 442.

sadece soruşturma aşamasında başvurulabileceği, kovuşturma aşamasında başvurmanın mümkün olmadığını belirten görüşler de bulunmaktadır⁵⁵.

Gizli soruşturmacının görevlendirilme süresi kanunda öngörülmemiş iken, teknik araçlarla izleme tedbirine en çok üç haftalık süre için karar verilebilir. Süre bir hafta uzatılabilir. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından en fazla dört haftaya kadar hakim kararıyla uzatılabilir. Uzatma kararı hakimın gerekli görmesi ve her defasında birer haftayı geçmemek kaydıyla mümkündür. Teknik araçlarla izleme tedbiri ile gizli soruşturmacı tedbirinin bir arada uygulanması halinde süreler bir kat artırılır (CMK m. 140/f. 3). Dolayısıyla tedbirlerin bir arada uygulanabilirliği, belirli bir süre için mümkün olabilecektir. Suçun aydınlatılmasında uygulama süresi biten teknik araçlarla izleme tedbirine devam olunamayacak, gizli soruşturmacı görevin ifasına devam edecektir. Yedinci yargı paketi ile ilave olunan ek cümle olmasaydı, gizli soruşturmacının teknik araçlarla izleme tedbiri mahiyetinde faaliyette bulunması hukuka aykırılık teşkil edecekti. Dolayısıyla gizli soruşturmacının ses ve görüntü kaydı alması suretiyle elde ettiği deliller de hukuka aykırı olacak idi.

28.03.2023 tarih ve 7445 sayılı Kanun ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesinin 3. fıkrasına getirilen ek cümle sayesinde, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu bakımından, gizli soruşturmacının cihazla görüntü ve ses kaydı alması için 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesinde aranan teknik araçlarla izleme tedbir şartlarının varlığının aranmasına gerek kalmamıştır. Dolayısıyla gizli soruşturmacı, hakim kararıyla kamuya açık yerlerde ve işyerinde görüntü ve ses kaydı alabilecektir. Ek cümlede tedbirin uygulanma süresine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Fakat ek cümle çerçevesinde gizli soruşturmacının ses ve görüntü kaydı almak suretiyle delil toplaması, kişisel verilere ağır bir müdahale niteliğindedir. Bu nedenle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesine 28.03.2023 tarih ve 7445 sayılı Kanun ile getirilen ek cümleye, tedbirin uygulanma süresini düzenleyen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesinin üçüncü fıkrasının kıyasen uygulanması gerekir. Bu itibarla gizli soruşturmacının ses ve görüntü kaydı alma süresi sınırlandırılarak temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmış olur. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesinin 3. fıkrasının son cümle lafzına bakıldığında, gizli soruşturmacı ile teknik

⁵⁵ KÖKSAL, Atacan, "Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4), 2016, s. 2160.

araçlarla izleme tedbirinin birlikte uygulanması halinde belirtilen sürelerin bir kat arttırılmasından bahsedildiği görülmektedir. Bu nedenle hakim, gizli soruşturmacının ses ve görüntü kaydı alması kararında, işlemin ne kadar süre ile uygulanması gerektiğini belirtmelidir. Bu çerçevede, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesinin 3. fıkrası kıyasen uygulanarak, gizli soruşturmacının ses ve görüntü kaydı alması kararı en çok altı haftalık süre için verilebilir. Bu süre gerekli görülmesi halinde sekiz haftaya kadar uzatılabilir. Örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde her defasında bir haftadan fazla olmamak kaydıyla toplam sekiz haftayı geçmemek üzere uzatma kararı verebilir. Böylelikle örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak iki tedbir en fazla on altı hafta uygulanabilecektir.

2. Şüphe ve Başvurulacak Suçlar Bakımından

Her iki tedbir için kanun koyucunun şüphe bakımından aradığı kriter aynıdır. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu her iki tedbir bakımından da suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi şartını aramaktadır. İlaveten bu şüphe derecesi yeterli görülmemiş, her iki tedbirin uygulanması için ilgili kanun maddelerinde ayrıca katalog suçlar öngörülmüştür. Tedbirler için öngörülen katalog suçlara bakıldığında her iki tedbir için de öngörülen ortak suç tipi uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK m. 188), Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68 ve 74. maddelerinde tanımlanan suçlar, suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK m. 220) suçudur. Teknik araçlarla izleme tedbirine başvurmak için uyuşturucu imal ve ticareti suçu bakımından örgüt faaliyeti kapsamında suçun işlenip işlenmediği önem arz etmez iken, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi hükmünde kanun koyucunun *ayrıca ve açıkça* belirtmesi üzerine söz konusu suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın diğer şartları da sağladığı takdirde gizli soruşturmacı görevlendirme kararı verilebilecektir. Oysaki 139. madde içinde gizli soruşturmacının örgüt içerisinde işlenen suçlardan sorumlu olup olmayacağına, örgüt içine sızmak için kimlik bilgi ve belgelerinin değiştirilebileceğine ve bu bilgilerin gizli tutulacağına ilişkin hükümler yer almaktadır. Kaldı ki görevlendirilen gizli soruşturmacının mahiyeti de toplanılması zor delillerin örgüt içine sızılarak elde edilmesidir. Kanun koyucunun uyuşturucu ve imal ticaretine ilişkin *“örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın”* ifadesi, ikileme sebebiyet vermektedir.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi başlığı altında ifade etmiş olduğumuz gibi, Ceza Muhakemesi Kanunu' nun 139. maddesinin 7. fıkrasının a bendinin 1. alt bendinde yer alan hükmün, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu olarak yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Zira uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve alım-satımının tek seferlik gerçekleşmesi halinde, somut olayın aydınlatılmasında gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, tedbirin mahiyeti gereği uygun değildir. Herhangi bir örgütle bağlantısı olmaksızın bireysel gerçekleştirilen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun aydınlatılmasında, kimliğini gizleyen kolluk görevlisinin görevlendirilmesi uygun olacaktır. Zira bir örgütle bağlantısı olmayan failin, münferit uyuşturucu veya uyarıcı madde alım-satımı sırasında, görevli kolluğun kendisini farklı bir kişi olarak gösterip satın alması suçüstü yakalama için yeterlidir. Buna rağmen somut olayda, münferit suçlara ilişkin olarak gizli soruşturmacının görevlendirilmesi halinde soruşturmacının birden fazla defa uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alması ile karşı karşıya kalmabilir, ki bu durum hukuka aykırılık teşkil eder. Bu halde gizli soruşturmacının keyfiligi yetki aşımına sebebiyet verecektir⁵⁶.

Gizli soruşturmacı delil toplama faaliyetlerini herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın gerçekleştirebilir. Fakat bu yetki, tedbirin amacının gerçekleşmesi ile son bulmalıdır. Gizli soruşturmacının görevlendirilmesinde amaç süreklilik arz eden ve hiyerarşik yapılanmadaki suç örgütlerinin içine sızmaştır. Bu nedenle kimliğin değiştirilmesi ihtiyacı hasıl olur. Fakat münferit gerçekleşen suçların çoğunlukla örgütle bir bağlantısı bulunmamaktadır. Dolayısıyla münferit gerçekleşen suçların suçüstü yakalanması için kolluk görevlisinin suç teşkil eden fiile dahil olmasında kimliğini değiştirmesine gerek kalmaz. Kimliğini gizlemesi yeterlidir. Kanunda gizli soruşturmacı ile kimliğini gizleyen kolluk görevlisi ayrımı yapılmadığından gizli soruşturmacı haricindeki kolluğun, söz konusu suça ilişkin olarak tek seferlik uyuşturucu veya uyarıcı madde alım satımı esnasında üzerine takılı olan cihazla ses ve görüntü aktarımı yapabilmesi yahut bu cihazla ses ve görüntü kaydı oluşturabilmesi için Ceza Muhakemesi Kanunu 140. maddesi hükümlerine göre hareket edilmesi gerekir. Diğer bir deyişle kimliğini gizleyen kolluk görevlisinin (diğer bir ifade ile gizli soruşturmacı dışındaki bir kolluk görevlisinin) örgüt faaliyeti

⁵⁶ DOĞAN, Koray, “Soruşturmada Tuzağa Düşürme Yasağı”, Dr.Dr.h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.975-976.

çerçevesinde olmayan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçuna ilişkin delil edebilmesi için teknik araçlarla izleme koruma tedbirinin şartlarının varlığı gereklidir. Gizli soruşturmacının ise bu kapsamda ses ve görüntü kaydı alması hakim kararına bağlıdır. Gizli soruşturmacının kayıt yapmaksızın, ses ve görüntü nakli için Ceza Muhakemesi Kanunu 140. maddesi hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Gizli soruşturmacının görevlendirilmesini tedbirini düzenleyen 139. maddenin örgüt faaliyeti çerçevesindeki suçlarla sınırlı tutulması ve münferit gerçekleşen suçların suçüstü yakalanmasında görevlendirilen kolluğun yetkilerinin mevzuatta açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Ayrıca münferit suçlarda suçüstünde görevlendirilecek kimliğini gizleyen kolluk görevlisine ilişkin olarak görev tanımlaması mevzuatta yer almalıdır. Bu itibarla Cumhuriyet savcısının emri ve denetiminde, sadece belirli bir suç şüphesinin tespiti için kimliğini gizleyen kolluk görevlisi görevlendirilmesine ve yetki sınırlarına ilişkin kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır⁵⁷.

Örgüt faaliyeti kapsamında olmayan uyuşturucu imal ve ticareti suçu bakımından son çare ilkesinde keyfiliğe yol açma riski taşımaktadır. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin varlık sebebi örgüt faaliyeti çerçevesindeki suçlarla mücadele etmektir. Kanun koyucunun uyuşturucu imal ve ticareti suçu bakımından bu ifadesi tedbirin düzenlenme amacına ters düşmektedir.

Tüm bunlar ışığında her iki tedbirin de bir arada uygulanmasında şüphe derecesi bakımından bir engel bulunmamaktadır. Her iki tedbir bakımında katalog suçlardan ortak olan hükümler kapsamında bir arada uygulanması mümkündür. Bu itibarla her ne kadar örgüt faaliyeti ile sınırlandırılması gerektiği kanaatinde olsak da, mevcut düzenlemeye göre uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu, suç işlemek amacıyla örgüt kurma, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68 ve 74'üncü maddelerinde tanımlanan suçlar bakımından bir arada uygulanabilir. Ayrıca teknik araçlarla izleme tedbiri için düzenlenen katalog suçlardan 140'ıncı maddenin 1. Fıkrasının a bendinin 12., 13., ve 14. Alt benlerinde yer alan suçlarını işlemek amacıyla silahlı örgüt suçunun işlenmesinde gizli soruşturmacı görevlendirilmesine de eş zamanlı olarak karar verilebilir.

⁵⁷ DOĞAN, Koray, "Soruşturmada Tuzağa Düşürme Yasağı", Dr.Dr.h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 973, 985.

3. 28.03.2023 tarih ve 7445 Sayılı Kanun ile Getirilen Ek Cümle Çerçevesinde Bir Değerlendirme

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. Maddesinin 4. Fıkrasına 28.03.2023 tarih ve 7445 sayılı Kanun ile "*Hakim soruşturmacının yedinci fıkranın (a) bendinin (1) numaralı alt bendinde yer alan suç bakımından kamuya açık yerlerde ve işyerlerinde delil toplamak amacıyla ses ve görüntü kaydı yapılmasına izin verebilir.*" hükmü getirilmiştir. Bu hüküm gereği, tedbirin uygulanması esnasında delil toplamak amacıyla ses veya görüntü kaydı alınabilecektir. Gizli soruşturmacı, hakim kararına dayalı olarak ses veya görüntü kaydını kamuya açık yerlerde veya işyerlerinde alabilir. Dolayısıyla konutta bu uygulama yapılamaz. Oysaki kanun koyucu gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin yer bakımından uygulanmasına ilişkin herhangi bir kısıtlama getirmemiştir. Bu itibarla Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesine dayalı olarak görevlendirilen gizli soruşturmacı, konutta dahi suçla ilgili delilleri toplama yetkisine sahip iken konutta ses ve görüntü kaydı alamayacaktır. Kanun koyucunun, gizli soruşturmacının kişinin konutunda ses ve görüntü kaydı almasını yasaklaması özel hayatın gizliliğinin korunması açısından önem arz eder. Mahremiyetin korunmasına hizmet eden bu düzenlemenin getirilmesi yerinde olmuştur.

Gizli soruşturmacının ses ve görüntü kaydını almasına ilişkin CMK'ndaki ek cümle ile getirilen bu düzenleme teknik araçlarla izleme tedbirine benzemektedir. Kanun koyucu 140. maddede düzenlenen teknik araçlarla izleme tedbirine atıf yapmak yerine, 139. madde içerisinde, ek cümle ile düzenlemeyi uygun bulmuştur. Dolayısıyla bu düzenleme ile teknik araçlarla izleme tedbiri için başvurulacak şartların aranmasının önüne geçilmiştir.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme son çare prensibi esas alınarak uygulanması gereken tedbirlerdir. Bu nedenle bu tedbirler ile diğer ceza muhakemesi tedbirleri arasında öncelik sonralık ilişkisi gözetilmelidir. Söz konusu iki tedbire ilişkin ikincillik prensibinin esas alınıp alınmayacağı tartışılması gereken hususlardan biridir. Her iki tedbir de gizli soruşturma tedbiri olup, kapsadığı katalog suçlar bakımından genel itibarıyla farklılıklar taşımaktadır. Bu nedenledir ki, uygulamada özellikle örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçların aydınlatılması bakımından gizli soruşturmacının görevlendirilmesi tedbiri, amaca hizmet edecektir. Önceden bahsettiğimiz gibi her iki tedbir bakımından katalogda

ortak suçlar yer almaktadır. Ortak suçlar bakımından her iki tedbirin bir arada uygulanması mümkündür. 2023 yılında Ceza Muhakemesi Kanunu madde 139/f. 4' e getirilen ek cümle ile iki tedbirin bir arada uygulanabilirliği, söz konusu ek cümlenin teknik araçlarla izleme tedbiri kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ile yakından ilgilidir.

Teknik araçlarla izleme, kişinin teknik cihazlarla dinlenilmesini, izlenilmesini, görüntü ve ses kaydı alınmasını sağlayan bir tedbirdir. Görüntü ve ses kaydı alma işlemi teknik araçlarla izleme tedbiri kapsamındadır. Fakat bu işlem tek başına teknik araçlarla izleme kavramını tanımlamakta yetersiz kalmaktadır. Diğer bir deyişle tek seferlik görüntü veya ses kaydı alınması teknik araçlarla izleme olarak değerlendirilemez⁵⁸.

5271 sayılı CMK 'nun 139. maddesinin 4. fıkrasına 28/03/2023 tarih ve 7445 sayılı Kanun ile ilave olunan cümle ile, dolaylı olarak gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri ile teknik araçlarla izleme tedbiri arasında teknik araçlarla izleme tedbirinin son çare olarak uygulanması gerektiği sonucuna varılır. Zira ses ve görüntü kaydı teknik araçlarla izleme yöntemlerinden biri olup ayrı bir düzenleme konusu olmuştur. Özel düzenleme niteliğindeki bu ek cümle, uyuşturucu veya uyarıcı imal ve ticareti suçuna ilişkin gizli soruşturmacının ses ve görüntü kaydı almasına ilişkin olarak genel şartların aranması ihtiyacını ortadan kaldırmaktadır. Fakat CMK m. 140' da belirtilen şartları sağladığı ve gerekli görüldüğü takdirde ayrıca teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulmasına bir engel bulunmamalıdır. Aynı zamanda bu ek cümle, gizli soruşturmacının delil toplama faaliyetlerinde iken kendiliğinden ses ve görüntü kaydı almasını da yasaklar. Görevlendirilen gizli soruşturmacının ses ve görüntü kaydı alabilmesi, hakim kararına bağlıdır. Kayıt altına alma işlemi sadece uyuşturucu madde imal ve ticareti suçu bakımından mümkün olabilecektir. Dolayısıyla katalogda yer alan diğer suçlar bakımından ses ve görüntü kaydının gizli soruşturmacı tarafından alınması mümkün değildir.

7445 sayılı Kanun ile getirilen ek cümle her iki tedbirde yer alan katalog suçlardaki ortak hükümleri içermemesinden dolayı eleştiriye açıktır. Katalogda yer alan suçlar bakımından hem teknik araçlarla izleme hem de gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine başvurulabilecektir. Kanun koyucu bu suçlar arasından sadece uyuşturucu imal ve ticareti suçu

⁵⁸ YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayın, 11. Baskı, İstanbul, 2023, s. 666.*

bakımından gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanması esnasında ses ve görüntü kaydı kararına müsaade etmiştir. Söz konusu suç haricindeki katalogda yer alan diğer ortak suçlar bakımından gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararının uygulanması sırasında ses ve görüntü kaydına alınmasına ilişkin, teknik araçlarla izleme tedbiri genel hükümleri uygulanacaktır. Fakat teknik araçlarla izleme koruma tedbirindeki sıkı şartlar gizli soruşturmacının ses ve görüntü kaydı almasına ilişkin kararda aranmamaktadır. Ayrıca kanun koyucu yerinde bir düzenleme ile, ek şart olarak gizli soruşturmacının ses ve görüntü kaydını konutta yapamayacağı hükmünü düzenleyerek ilave bir güvence getirmiştir.

Teknik araçlarla izleme tedbiri, şüpheli ya da sanığın teknolojik imkanlarla izlenilmesi, ses veya görüntü kaydının alınmasıdır. 139. maddenin 4. fıkrasına ilave olunan ek cümlede “*kayıt*” ifadesine yer verilmiş olup kayıt olmaksızın dinleme ya da görüntüleme bahsedilmemektedir. Herhangi bir kayıt olmaksızın gizli soruşturmacının cihazla ortam dinlemesini yapmak için karara ihtiyaç olup olunmadığı belirsizdir. Sadece ek cümle göz önünde bulundurularak değerlendirildiğinde, görüntü ve ses kaydı işlemi için hakim kararının alınması, kayıt olmaksızın ortam dinlemesi gibi işlerin ise gizli soruşturmacının kendi görevlendirme kararı kapsamında delil toplama faaliyetleri içerisinde gerçekleştirilebileceği düşünülebilir. Fakat insanın doğası gereği işitme ve görme kabiliyetinden öte olan bir takım izleme faaliyetleri, 5271 sayılı CMK’na göre teknik araçlarla izleme tedbirine tabidir⁵⁹. Bu sebeple her ne kadar kayıt altına alınmasa da mikrofon gibi çeşitli teknik cihazlarla ortam dinlemesi ya da görüntüleme işlemlerinin yapılması hâlinde 5271 sayılı CMK’nun 140. maddesinde belirtilen şartların sağlanması gerekir. Kaldı ki ortam dinlenmesi yahut görüntülenmesi, bulunduğu mekandan başka bir ortama eş zamanlı olarak ses ve görüntülerin aktarılmasını gerektirdiğinden, sadece gizli soruşturmacının değil, koordineli bir şekilde işin ehli başka kişilerin de dahil olmasını zorunlu kılar. Bu durumda temel hak ve özgürlüklere daha ağır müdahalenin olacağı açıktır.

Bir diğer değerlendirilmesi gereken konu, gizli soruşturmacının delil toplama faaliyetlerini konutta gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği hususudur. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin düzenlemede, kanun koyucu yer bakımından bir kısıtlamaya gitmemiştir. Dolayısıyla

⁵⁹ ÖZTÜRK, Bahri / EKER, Kazancı, Behiye / SOYER, Güleç, Sesim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 327.

görevlendirilen gizli soruşturmacı, konutta da delil elde etme yöntemlerini kullanabilir. Bu durumda kanun koyucunun ek cümle ile getirdiği düzenleme ile gizli soruşturmacı faaliyetini konutta gerçekleştirirse bile kayıt altına alabilecek midir? Teknik araçlarla izleme tedbirini düzenleyen 140. madde süre öngörmüş iken, 139. maddede ayrı bir düzenlemeye gidilmesi özel kanun genel kanun ilişkisi bakımından 140. maddenin uygulanmasına engel teşkil edecektir. Dolayısıyla her hangi bir süre kısıtlaması olmaksızın gizli soruşturmacı ses ve görüntü kaydı alabilecektir. Fakat sadece örgüt faaliyet çerçevesinde olmasına bakılmaksızın uyuşturucu imal ve ticareti suçunda şüpheli ya da sanığın konutunda gizli soruşturma faaliyetleri gerçekleştirilebilecek fakat ses ve görüntü kaydı alınamayacaktır.

Örgüt çerçevesinde işlenen suçlara ilişkin faaliyetler suçun hazırlık aşamasında ve/veya işlenmesi sırasında belirli bir zaman alır. Bu nedenle suçların organizasyonu için bir komuta merkezi varlığına ihtiyaç duyulur. Hukukun hassasiyetle güvence altına aldığı giz alanı sebebiyle, konut dokunulmazlığı güvencesinin farkında olan örgüt mensupları, komuta merkezi olarak yaşam alanlarını kullanmayı tercih etmektedir. Bu durumda konut niteliğini kaybederek, başka amaçlar doğrultusunda kullanılan bir paravana dönüşmektedir. Özel hayatın gizliliği, barınma gibi hakların kötüye kullanılması söz konusudur. Hukuk, hakkın kötüye kullanılmasına müsaade etmez. Bu nedenle bu hallerde konutta ses ve görüntü kaydı alınabileceği, teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulabileceği kanaatindeyiz. Bu konuda kanunda düzenlemeye ihtiyaç olduğu açıktır.

Sistematik açıdan değerlendirildiğinde, ek cümlenin ayrı bir hüküm içerisinde düzenlenmesi, bu işlemin hukuki nitelik itibariyle teknik araçlarla izleme tedbiri olma niteliğinden uzaklaştırır. Bu nedenle konutta ses ve görüntü kaydı ek cümlede açıkça ifade olunmasaydı, konutta da bu işlemlerin yapılması tehlikesi ile karşı karşıya kalınacaktı. Dolayısıyla kanun koyucunun açıkça yer bakımından uygulanmasını ifade etmesi yerinde olmuştur.

5271 Sayılı CMK' nun 139. maddesinde düzenlenen tedbir kamu görevlisinin suç örgütü çerçevesinde işlenen suçlara ve örgüte ilişkin bilgi edinilmesine yöneliktir. Gizli soruşturmacının, CMK'ndaki herhangi bir tedbire ilişkin faaliyette bulunabilmek için söz konusu tedbire ilişkin kanuni şartların sağlanması gerekir kanaatindeyiz. Bu itibarla 139. madde 4. fıkraya ilave olunan ek cümle içerisinde kanun koyucunun ayrıca ve açıkça teknik araçla izleme faaliyetine ilişkin sürenin kapsama dahil

ederek yeniden düzenlenmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz. Zira ceza muhakemesi tedbirleri temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale teşkil etmektedir. Bu nedenle kanunda düzenlenmesi gerekir. Şayet yukarıda izah olunan ek süreye ilişkin kıyas uygulamasına gidilmediği düşünüldüğünde, mevcut düzenlemeye göre gizli soruşturmacı hakim kararına dayalı olarak görüntü ve ses kaydını süreye bağlı olmaksızın alabilecek iken, teknolojik aygıtlarla dinleme ya da görüntüleme işlemlerini CMK m. 140' a tabi olması sebebi ile belirli süre kısıtlaması içerisinde yapabilecektir. Gizli soruşturmacının genel hükümlerde öngörülen süreye ilişkin kanuni şartların yerine getirilmeksizin koruma tedbirini görevini ifa sırasında uygulaması keyfiliğe yol açabileceği gibi, kanuna aykırılık da teşkil edecektir.

Teknik araçlarla izleme kararı en çok üç haftalık süre için verilebilir. Bu süre gerekli olduğu takdirde bir hafta daha uzatılabilir. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından gerekli olduğu halde hakim kararıyla her defasında bir haftadan fazla olmamak ve toplamda dört haftayı geçmemek şartıyla sürenin uzatılması mümkündür (CMK m. 140/f. 3.). Gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin kanun koyucu herhangi bir süre ön görmemiştir. Dolayısıyla bu tedbirin uygulanmasında, dürüst işlem ve orantılılık ilkeleri keyfiliğin önüne geçmesini sağlayacak, göz önünde bulundurulması gereken ilkelere⁶⁰. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin kanunda herhangi bir sürenin öngörülmemiş olması, bunun sürekli olarak uygulanması anlamına gelmez. Dolayısıyla tedbirin amacını gerçekleştirmesi durumunda uygulanmasına son verilmelidir. Gizli soruşturmacı hakkında görevlendirildiği örgüte ilişkin faaliyetleri izlemek, örgüt hakkında araştırma yapmak ve örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delil toplamakla görevlidir. Her ne kadar gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri içerisinde birçok ceza muhakemesi tedbiri iç içe imiş gibi görünse de, 5271 sayılı CMK'da tanımlanmış olan koruma tedbirlerine ilişkin bir işlem ya da faaliyet yapılacak ise, bu delillerin hukuka uygun kabul edilebilirliği bakımından ilgili kanun hükmüne uygun bir şekilde şartların sağlanmış olması gerekir. Aksi takdirde elde edilen deliller hukuka uygun sayılmayacaktır. Bu sebeple gizli soruşturmacı görevini ifa ederken kanunda ayrıca düzenlenmiş bağımsız bir ceza muhakemesi tedbirine varmayacak şekilde faaliyetlerde bulunmalıdır. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri esas itibariyle

⁶⁰ MERAN, s. 475; AYDIN, Devrim, *Ceza Muhakemesinde Deliller, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 124.*

örgütün güvenini kazanmak suretiyle örgüt içine sızmadır. Dolayısıyla ek cümlede bahsolunan düzenleme tek seferliğine kayıt işlemine de müsaade etmektedir. Teknik araçlarla izleme ise belirli süre devam eder. Bu itibarla tek seferlik görüntü veya ses kaydı alınması teknik araçlarla izleme olarak değerlendirilemez⁶¹. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesi hükmü gereği teknik araçlarla izleme tedbiri ile birlikte gizli soruşturmacı görevlendirilmesi halinde süreler bir kat artırılarak uygulanır. Kanunda, teknik araçlarla izleme kapsamında ses ve görüntü aktarımı belirli sürelerle sınırlandırılmış iken, evleviyetle belirli bir süre devam eden ses ve görüntü kayıt işleminin de belirli bir süreye tabi kılınması gerekir. Zira kişilerin ses ve görüntülerinin kaydedilmesi temel hak ve özgürlüklere doğrudan bir müdahale niteliğindedir. Bu nedenle 140. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesinin, 139. maddenin 4. fıkrasının son cümlesine kıyasen uygulanması gerekir. Bu kapsamda hakim'in gizli soruşturmacının ses ve görüntü kaydı alması kararının uygulanması gizli soruşturmacının görev süresi boyunca değil, kanunda belirtilen sürelerle sınırlandırılmalıdır. Söz konusu tedbirin uygulanma süresine ilişkin ayrıntılı açıklama yukarıda yukarıdaki başlıklarda yapıldığı için burada süre hesaplamalarına tekrar yer verilmemiştir.

Uygulamada, özellikle uyuşturucu ve uyarıcı imal ve ticareti suçuna ilişkin olarak gizli soruşturmacının uyuşturucuyu alınması ya da satılması esnasında herhangi bir hakim kararı olmaksızın görüntü ve ses kaydını aldığı görülmektedir. Oysaki gerek gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri, gerekse teknik araçlarla izleme tedbiri mahiyeti gereği gizli koruma tedbirleridir. Bu sebeple muhatabı olunan kişi ya da kişilerin bilgisi olmaması nedeniyle temel hak ve özgürlüklere ağır bir müdahalede bulunmaktadır. Temel hak ve özgürlüklere müdahaleler ancak kanunla mümkündür. Diğer bir deyişle gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri ile teknik araçlarla izleme tedbiri bir arada uygulanabilir ise de⁶² gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararı, kendiliğinden teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulmasını sağlamamaktadır. Dolayısıyla uygulamadaki herhangi bir kanuni dayanağı olmaksızın gizli soruşturmacının görüntü ve ses kaydı alma işlemleri hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim Yargıtay 10. Ceza Dairesinin birbirini destekler nitelikte bu yönde kararları

⁶¹ YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayın, 11. Baskı, İstanbul, 2023, s. 666.*

⁶² GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat / ALŞAHİN M. Emin / ÇAKIR, Kerim, *Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2023, s. 515*

bulunmaktadır: “CMK’nın 139. maddesine göre alınan gizli soruşturmacı görevlendirilmesine dair karara dayanılarak ve CMK’nın 140. maddesine göre ayrıca bir karar alınmadan teknik araçlarla izleme yapılamaz. Buna rağmen teknik araçlarla izleme, görüntü ve ses kayıtları yapılmıştır. ... Hukuka uygun olmayan teknik izlemelerle elde edilen delillere dayanılarak sübuta gidilmesi mümkün değildir.”⁶³ şeklinde karar vermiştir.

Gizli soruşturmacı görevini ifa ederken, gerek teknik araçlarla izleme gerekse bağımsız bir başka tedbire başvurusu gerekiyor ise, ilgili kanun maddesinde düzenlenen şartları taşıması gerekir. Aksi takdirde hukuka aykırı delil elde edilmiş olur.

D. Sonuç

Teknolojik gelişmelerle birlikte suç yapısının karmaşıklaşması, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi nedeni ile, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için klasik ceza mahkemesi tedbirleri yeterli gelmemektedir. Bu itibarla teknolojik imkanlardan faydalanmak suretiyle delillerin korunması ve elde edilmesi amacıyla teknik ve gizli tedbirler düzenleme altına alınmıştır. Çalışma konumuzun kapsamında olan teknik araçlara izlemeyi düzenleme altına alınan madde metninde, tedbirden ne anlaşılması gerektiğine yer verilmemiştir. Kanun koyucunun teknik araçlarla izleme kavramının tanımlamasını yapmaktan kaçınmasında haklılık payı vardır. Zira teknolojik gelişmenin sınırını belirlememenin imkanı bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle araçların nelerden ibaret olduğunu kanunda belirtmek teknolojinin gelişim hızı göz önünde bulundurulduğunda bir süre sonra atıl olmasına sebep olacaktır. Fakat kanunda çerçeve bir hükmün belirlenmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Böylelikle teknoloji sebebiyle alıcılarının veri işleme kabiliyet ve kapasitesi artması dolayısıyla da özel hayatın gizliliği için tehdit oluşturan araçların kullanım sınırları belirlenmiş olacaktır. Böylelikle özel hayatın gizliliği hakkı güvence altına alınacaktır.

Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların, örgütün içine kapanık yapısı, delil elde edilmesini zorlaştırmaktadır. Bu itibarla kanun koyucu

⁶³ Yargıtay 20. CD, 14.01.2016, E. 2015/15770, K. 2016/121, , benzer yönde; Yargıtay 20. CD, 14.03.2016, E. 2015/15357, K. 2016/1455; Yargıtay 20. CD, 04.05.2016, E. 2016/140, K. 2016/2733; Yargıtay 20. CD, 08.03.2016, E. 2015/15972, K. 2016/1364; Yargıtay 20. CD, 15.10.2015, E. 2015/13889, K. 2015/4086; Yargıtay 20. CD, 29.06.2015 E. 2015/312, K. 2015/2691, , Yargıtay 20. CD, 15.10.2015, E. 2015/13889, K. 2015/4086; Yargıtay 20. CD, E. 2015/15895, K. 2016/1979, Yargıtay 10. CD, 13. 10.2022 ,E. 2022/1195 ve K. 2022/10295; 11.04.2016, Yargıtay 20. CD, 16.02.2016, E. 2015/14831, K. 2016/793; 10. CD, 30.03.2021, 2019/6064 E., 2021/4162 K; Yargıtay 10. CD, 17.03.2021 , E.2017/6030 ve K. 2021/3616 sayılı kararı

özellikle örgütün güvenilirliği kazanmak suretiyle, örgütün içine sızmayı hedefleyen gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirini düzenlemiştir. Tedbirin asıl amacı örgütün karanlık yapısını açığa çıkarmaktır. Bu sebeple de hakkında tedbire başvurulacak katalog suçlar arasında örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğini bakılmaksızın uyuşturucu imal ve ticareti suçuna da gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararının çıkarılabilecek olması eleştirilmelidir. Örgüt faaliyetinde olmayan uyuşturucu imal ve ticareti suçuyla mücadelenin çözümü, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin amacına ve mahiyetine ters düşen bir düzenlemenin getirilmesi olmamalıdır.

Koruma tedbirleri yapı itibariyle temel hak ve özgürlükleri ciddi müdahalelerde bulunmayı gerektirir. Anayasal güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere müdahaleler ancak kanunla mümkündür. Bu sebeple kanun koyucu 5271 sayılı CMK’nda tedbirleri ayrıca bir açıkça hüküm altına almıştır. Şartları oluşmadığı takdirde tedbirlerin herhangi bir hukuki dayanağı olmaksızın uygulanması hukuka aykırılık teşkil ettiği gibi, bu suretle elde edilen deliller hukuka aykırı delil niteliği taşıyacaktır.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ile teknik araçlarla izleme tedbiri gerek şüphe bakımından gerekse başvurulacak suçlar açısından ortak özellikleri bulunsa da, her bir tedbir için ayrı usulüne uygun kararların alınmasını gerektiren, gizli mahiyetteki tedbirlerdir. Bu sebeple gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanması esnasında teknik araçlarla izleme tedbirine de ihtiyaç duyuluyor ise, 5271 sayılı Ceza Mahkemesi Kanunu’nun 140. maddesinde belirtilen şartların varlığı gerekir. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirini düzenleyen 139. maddeye 28.03.2023 Tarih ve 7445 sayılı kanun ile dördüncü fıkrasına ilave oluna cümlenin tam olarak teknik araçlarla izleme tedbiri niteliğinde olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu sebeple gizli soruşturmacı görevini ifa ederken ses ve görüntü kaydı alması gerekiyor ise ek cümlede belirtilmiş olan hüküm gereği hakim kararına ihtiyaç duyacak fakat bunun dışında teknik araçlarla izleme tedbiri olarak adlandırılabilen diğer işlemlerin gerçekleştirilebilmesi için 140. maddenin şartlarını sağlaması gerekecektir. Kanun koyucunun bu ek cümlede doğrudan 140. maddeye atıfta bulunmayıp da sadece ses ve görüntü kaydına alınmasına ilişkin bir düzenleme getirmiş olması ses ve görüntü kaydı alınmasının somut olayda süre bakımından uygulanmasında belirsizliklere neden olacak mahiyettedir. Mevcut halde, gizli soruşturmacı tarafından yapılan belirli bir süre devam

eden ses ve görüntü kaydı işlemlerine ilişkin olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesinin 3. fıkrasında yer alan süreye ilişkin hükmün kıyasen uygulanması gerekir. Fakat ek cümlede gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirinin bir arada uygulanmasına esas alınacak süreleri düzenleyen 140. maddenin 3. fıkrasında yer alan ek cümleye doğrudan atıfta bulunması kanunilik ilkesinin bir gereğidir. Zira tek seferlik ses ve görüntü kayıt işlemlerinin teknik araçlarla izleme olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu halde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddenin 3. fıkrasında yer alan ek cümleyi kıyasen uygulamanın mümkün olamayacağı kanaatindeyiz.

Ayrıca kanun koyucununun 139. maddeye 28.03.2023 Tarih ve 7445 sayılı kanun ile dördüncü fıkrasına ilave olunan cümleyi “örgüt faaliyeti çerçevesinde” işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticaret suçuna ilişkin olarak yeniden düzenlemesi yerinde olacaktır.

Kaynakça

- [1] Aydın, Devrim, Ceza Muhakemesinde Deliller, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- [2] Birtek, Fatih (Çev.), “Avrupa Konseyi İletişimin Denetlenmesi ve Gizli İzleme Raporu (En İyi Uygulama Mütalaası 3)”, TBB Dergisi, 2011 (94), s. 393-428.
- [3] Bodur, Harun, “Şüphe, Makul Şüphe ve Arama Hukuku”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006/1.
- [4] Brandev, Atanas “Legal Mechanism Of Using Agent/S Undercover In Crime Detection Of Organized Crime Group”, International Conference Knowledge-Based Organization, Vol. XXVI No 2 2020, ss.141- 144.
- [5] Centel, Nur/ Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku. 21. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2022.
- [6] Cherniavskiy, Serhii S., Hribov, Mykhailo L., Nebytov, Andrii A., Kniaziev, Serhii M., Telenyk, Serhii S., “The Forms Of International Co-Operation In The Area Of Undercover Investigations”, Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues, Volume 23, Issue 1, 2020, s. 1-9.
- [7] Çolak, Haluk/ Taşkın, Mustafa Ceza Muhakemesi Kanunu: Açıklamalı - Karşılaştırmalı – Uygulamalı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- [8] DOĞAN, Koray, “Soruşturmada Tuzağa Düşürme Yasağı”, Dr.Dr.h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.969-989.
- [9] Donay, Süheyl, Ceza Yargılama Hukuku, Beta Yayın, 2. Baskı, Ankara, 2015.
- [10] Erdem, Mustafa, Ruhan, “5271 Sayılı CMK’da İletişimin Denetlenmesi”, HPD, Nisan 2005, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc>, erişim tarihi, 25.06.2023, (İletişimin Denetlenmesi).
- [11] Erdem, Mustafa, Ruhan, Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2001 (Organize Suçluluk).
- [12] FRISTER, Helmut, Zur Frage der Vereinbarkeit verdeckter Ermittlungen in Privatwohnungen mit Art. 13 GG, StV 1993, 153, 154, akt: PLAGEMANN, Gottfried, Alman Hukuku’nda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturacının Yetkileri”, CHKD, C.2, S. 1-2; 2014

[13] Gökçen, Ahmet / Balcı, Murat / Alşahin M. Emin / Çakır, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2023.

[14] Gülan, Aydın, “Kamu Hizmeti Kavramı”, İHİD, Prof. Dr. Lütfi Duran’a Armağan özel Sayısı, Y. 9, S. 1-3, 1988, s.. 147-159.

[15] <http://www.cigm.adalet.gov.tr/yonetmelik/iletisim.doc>

[16] Köksal, Atacan, “Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4), 2016, ss. 2133-2176.

[17] Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.

[18] Malkoç, İsmail / Yüksektepe, Mert, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Malkoç Kitabevi, Batman, 2005.

[19] Meran, Necati, Ceza ve Hukuk Davalarında Yasak Delil İletişimin Denetlenmesi Gizli Soruşturmacı ve Teknik Takibin Hukuki Boyutu, 3. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

[20] Meyer - Goßner L. / Schmitt B. , Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 55. baskı, München, 2012.

[21] Okuyucu, Ergün, Güneş, Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu, Çakmak Yayınevi, Ankara 2010.

[22] Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumî Esasları, Cilt I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.

[23] Özay, İl Han, “Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: “Çok Yaşa” ya da “A Tes Amour”, İÜHFİM, C. 56, S. 1-4, 1998.

[24] Özbek Veli Özer, CMK İzmir Şerhi Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.

[25] Özbek, Veli Özer, Organize Suçlulukta Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevinin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği, Yetkin Yayınları, Ankara 2003 (Gizli Görevli).

[26] Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

[27] Özbek, Veli, Özer, “Türk Hukuku’nda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu”, CHKD, C. 2, S. 1-2, 2014, s. 135-155, (Ceza Sorumluluğu).

[28] Özen, Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 8. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2023.

[29] Özgüven, A. Duygu, “Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde “Adli Kontrol””, TBB Dergisi, S. 81, Mart 2009, s. 311-351.

[30] Öztürk, Bahri / Eker, Kazancı, Behiye / Soyer, Güleç, Sesim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.

[31] Öztürk, Bahri/ Durmuş, Tezcan/ Erdem, Mustafa, Ruhan/ Gezer, Sırma, Özge / Kırıt, Saygılar, Yasemin, F./ Özaydın Özdem/ Akcan Alan Esra/ Tütüncü Erden Efser/ Tok Mehmet Can, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 17. Baskı, Ankara, 2023.

[32] Plagemann, Gottfried, “Alman Hukuku’nda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri”, CHKD, C.2, S. 1-2, s. 157-187, 2014.

[33] Şerb, Stancu, Ungureanu, Petre, “Considerations on The Use of Technical Surveillance In Criminal Proceedings”, Acta Universitatis George Bacovia. Juridica - Volume 5. Issue 2/2016, ss.1-5.

[34] Sezer, Yasin / İpek Ali İhsan / Parlak, Engin, Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Araçlarla İzleme, Seçkin Yayın, Ankara 2012.

[35] Silva, Juan Carlos Da/ Stange, Albrecht/ Özbek, Veli Özer, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi, Teknik Araçlarla İzleme ve Gizli Soruşturmacı Tedbirleri, Eğitim Modülü, Matbam Ajans & Reklam & Tanıtım, Ankara 2014.

[36] Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2020.

[37] Şahin, Cumhur / Göktürk, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku 13. Baskı, Seçkin Yayın, Ankara 2022.

[38] Şahin, İlyas, Teknik Araçlarla İzleme, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

[39] Şen, Ersan, “Gizli Soruşturmacı Tanık Olarak Dinlenebilir mi?”,

Yorumluyorum-V, Ankara 2014.

[40] Tamöz, Mehmet/ Kocabey Hüseyin, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Önleme ve Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Teknik Araçlarla İzleme, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2009.

[41] Turinay, Y. Faruk, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Teknik Araçlarla İzleme”, TAAD, Y. 2, S. 46 (Nisan 2021), s. 413-454.

[42] Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>[43] Ünver, Yener/ Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2023.

[43] Ünver, Yener/ Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2023.

[44] Yaşar, Osman, Ceza Muhakemesi Kanunu, II. Cilt, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.

[45] Yenisey, Feridun, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Teknik İzleme”, Yargı Dünyası Dergisi, S. 131, Kasım 2006, s.1-11.

[46] Yenisey, Feridun/ Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayın, 11. Baskı, İstanbul, 2023.

[47] Yerdelen, Erdal, Soruşturma ve Koruma Tedbirleri, Adil Yayınevi, Ankara, 2006

[48] (<https://www.yargidunyasi.com/bilimselincelemeler.>, erişim tarihi, 23.06.2023).