

İLETİŞİM SIRASINDA ELDE EDİLEN GİZLİ SES KAYITLARININ CEZA MUHAKEMESİNDE DELİL OLARAK KABUL EDİLEBİLİRLİĞİ SORUNU*

*Arş. Gör. İsa BAŞBÜYÜK***

Öz

İletişim esnasında gerçekleştirilen ses kayıtlarının delil niteliği, ceza yargılaması hukukunda tartışma konusu olmaktadır. Özellikle yüz yüze veya telekomünikasyon aracılığıyla gerçekleştirilen iletişim esnasında işlenen hakaret, tehdit gibi suçlar karşısında yaşanan ispat imkânsızlığı, suç mağdurlarını gizli ses kaydı yapmaya ve bu ses kayıtlarıyla adli makamlardan koruma talep etme yoluna itmektir. Bu çalışmada, iletişim esnasında mağdur tarafından yapılan ses kayıtlarının delil olarak kullanılabilmesi noktasında doktrin ve yargının yaklaşımı ele alınacak, nihayet bu kayıtların hangi koşullar altında delil olarak kullanılabileceğine ilişkin görüşümüz ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Gizli ses kaydının delil niteliği, mağdurun iletişimi kayda alması, hukuka aykırı delil, telefonda hakaret ve tehdit, suçu gizlice kayıt, ses kaydı, ispat

* 2014 yılında hakem denetiminden geçerek tamamlanan bu çalışma, basım sürecindeki aksaklıklar nedeniyle vaktinde yayımlanamamıştır. Geçen süre içinde konuya ilişkin güncel bir yaklaşımın olmadığı tespit edildiğinden, bu çalışmanın ilk haline sadık kalınarak yayımlanması amaçlanmıştır.

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: isa.basbuyuk@gmail.com) (Makale Gönderim Tarihleri: 05.05.2017-05.05.2017/Makale Kabul Tarihleri: 22.05.2017-03.07.2017)

**THE EVIDENCE VALUE OF THE VOICE RECORDS
OBTAINED DURING COMMUNICATION IN
CRIMINAL PROCEDURAL LAW**

Abstract

The evidence character and value of the voice records have been discussed in criminal law. Victims are urged to record the voices of the perpetrators secretly and present these records to judicial authorities because it is almost impossible to prove threat or insult committed during a direct conversation or on the phone. This work will handle the judicial decisions and academic works that handle the possibility of using the records taken by victims and finally present an opinion on the question under which circumstances these records can be used as evidence.

Keywords

Evidence character of secret voice records, voice recording by the victim, illegally obtained evidence, libel and threat while conversation, secretly recording voice of crime, voice recording, evidence

GİRİŞ

İster yüz yüze isterse de bir haberleşme aracı vasıtasıyla gerçekleştirilsin, iletişim sırasında işlenen suçlardaki en temel zorluk, ispat konusunda karşımıza çıkmaktadır. Nitekim çoğunlukla iki kişi arasında gerçekleşen ve aleni olmayan bu konuşmalar, iletişime taraf olmayan kişiler bakımından herhangi bir iz, emare bırakmamaktadır. Bu hususta CMK'da bazı tedbirler öngörülmüş olmakla birlikte, bu tedbirler, gerek fiili gerekse hukuki nedenlerden ötürü, iletişim esnasında işlenen suçun tespit edilmesi bakımından işlevsiz kalabilmektedir. Oysa iletişim esnasında işlenen hakaret, tehdit, cinsel taciz gibi saldırılar yalnızca iletişimin tarafları arasında cereyan etmekte ve çoğu kez tekrarı olmayabilmektedir. Bu noktada yaşanan sorun, mağdur konumunda olan kimseleri, içeriği suç oluşturan iletişim konuşmalarını kayıt altına alma yönünde bir çözüme mecbur kılmaktadır. Aynı durum, iletişime konu konuşmaların, daha önce işlenmiş bir suçla bağlantısı olduğundan bahisle, taraflardan herhangi birisince kaydedilmesi noktasında da karşımıza çıkmaktadır. Kendini koruma içgüdüsüyle donatılmış insanoğlu için gayet mantıklı ve makul karşılanabilir olan bu yöntemin, ne derece hukuka uygun olduğu ise tartışma konusudur. Şu durumda, mağdur başta olmak üzere, özel kişilerce suçun/suçlunun ispatı amacıyla iletişime konu konuşma içeriklerinin tek taraflı olarak kayıt altına alınması, bu şekilde elde edilen delillerin (kayıtların) hukuka uygunluğu problemini gündeme getirmektedir.

Çalışmanın temel amacı, delil elde etmek üzere, iletişime katılan kimse (örn. mağdur) tarafından yapılan iletişim kayıtlarının, ceza yargılaması hukuku anlamında hukuka uygun bir yöntemle elde edilmiş bir delil olup olmadığının ortaya konulmasıdır. Buradaki iletişim, yalnızca telefon gibi haberleşme araçlarıyla gerçekleştirilenlerle sınırlı olmayıp, yüz yüze gerçekleştirilen iletişimi de kapsama almaktadır. Nitekim aynı problem, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kayıt altına alındığı durumlarda da karşımıza çıkmaktadır. Şu durumda, ister telefonla, ister yüz yüze olsun, her iki iletişim türünde de sorun ortaktır: Konuşmaya katılan diğer kişinin sesinin gizlice kaydedilmesine hukuk düzeni onay vermekte midir?

Sistematik açıdan, öncelikle karşılaştırmalı Alman ve Amerikan Hukukuyla birlikte, Türk doktrin ve yargı kararlarında benimsenen görüşlere yer

vereceğiz. Bunu yaparken, gerek doktrin gerekse de Yargıtay'ın yaklaşımına yönelik eleştirilerimizi aynı başlık altında kaleme alacağız. Sonrasında, incelememize yardımcı olması açısından, kural olarak iletişimin tek taraflı olarak kayıt altına alınmasının hukuka aykırılığı sorununa değineceğiz. Nihayet, suçun/suçluluğun ispatı bakımından tek taraflı olarak yapılan iletişim kayıtlarının hangi durumlarda, hukuka uygun yöntemle elde edilmiş geçerli bir delil sayılabileceğine ilişkin görüşümüzü ortaya koyacak ve eksik gördüğümüz noktada çözüm önerisi getirmeye çalışacağız.

I. SORUNUN TESPİTİ

Karşı tarafın bilgisi olmaksızın, tek taraflı olarak gerçekleştirilen iletişim kayıtlarının hukuka uygun bir delil olarak ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılmayacağı konusunda gerek doktrin gerekse de yargı kararlarında farklı görüşler bulunmaktadır. Özellikle telefonda gerçekleştirilen tehdit, cinsel taciz, hakaret suçlarının mağdurlarının elde etmiş oldukları görüşme kayıtları karşısında, nasıl bir tutum sergileneceği konusunda açık bir düzenleme olmaması tartışmayı derinleştirmektedir.

Mevcut düzenlemelere bakılacak olursa, CMK m.135'te yer verilen "*Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*" koruma tedbiri, suçun aydınlatılması ve suçlunun ortaya çıkarılması sürecinde haberleşme hürriyetine bazı durumlarda müdahale edilebilmesine imkân tanıyan bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tedbirin uygulanması, suçun niteliği, şüphe derecesi, kişi, kararı verecek merci ve süre yönünden bazı sınırlandırmalara tabi tutulmuş; aynı maddenin 7. fıkrasında "*Bu Maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz.*" kuralına yer verilmiştir. Anlaşıldığı üzere, CMK m.135/7'teki düzenleme, esas itibarıyla kanunda gösterilen koşullar ve makamlar dışındaki üçüncü kişilerin, telekomünikasyon yoluyla gerçekleşen iletişime müdahalesini yasaklamaya yöneliktir. Şu durumda, CMK m.135 iletişimin "dinleyen" konumundaki taraflarına, kendileriyle yapılan konuşmaları bizzat kayıt alabilecekleri konusunda ne bir yetki ne de bir yasak öngörmektedir.

CMK m.135'de öngörülen düzenlemenin dışında, gizli soruşturma tedbirlerine ilişkin yönetmeliğe göre, yetkili makamlara talepte bulunan

şikâyetçilerin iletişimlerinin tespit edilmesi mümkün olduğundan¹, bu kapsamda elde edilen delillerin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir². Fakat, içerik kaydını kapsam dışı bırakıp, yalnızca iletişimin tespitini konu alan ve adli makamlar tarafından gerçekleştirilen bu tedbir de soruna yanıt vermemektedir. Diğer taraftan, telekomünikasyon araçları dışında, yüz yüze gerçekleştirilen iletişime müdahale imkânı tanıyan CMK m.140'daki teknik araçla izleme de, tıpkı CMK m.135'te olduğu gibi, soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından, kanunda gösterilen şartlar dâhilinde başvurulabilen bir tedbir olup, iletişime katılan taraflardan birinin, konuşmaları kaydetmesinin hukuka uygunluğu konusunda bir çözüm ortaya koymamaktadır.

Görüldüğü üzere, CMK'da yer verilen tedbirler, suçun/suçlunun ispatı amacıyla **iletişimin, karşı tarafın bilgisi olmaksızın, konuşmaya katılanlarca kaydedilip kaydedilemeyeceği sorununa yanıt vermemektedir**. Buna nedenle, inceleme konumuzu oluşturan sorun, CMK'daki düzenlemelerden bağımsız olarak ele alınmalıdır.

Sorunun çözüme kavuşturulmasındaki pratik fayda, şu noktada toplanmaktadır: Eğer iletişimin mağdur gibi özel kişiler tarafından gizlice kaydedilmesi hukuka uygun kabul edilirse, elde edilen iletişim kaydı ceza muhakemesinde delil olarak kullanılabilir. Buna karşılık, söz konusu kayıtların hukuka aykırı olduğu kabul edilirse, o zaman da elde edilen kayıtların delil olarak kullanılması mümkün olmayacaktır. Nitekim, Anayasa m.38/8'de kanuna aykırı olarak elde edilen bulguların delil olarak kabul edilmeyeceği, CMK m.217/2'de yüklenen suçun ancak hukuka uygun elde edilmiş

¹ **Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik**, (14.02.2007 tarih ve 26434 sayılı R.G), **m.10/4**: Bir soruşturma sırasında delil toplama kapsamında, somut olayın özelliğine göre maddî gerçekliğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için zorunlu olduğu takdirde, açık rızasının bulunması ve iletişim aracının kendisine ait olması şartıyla şikâyetçinin iletişimlerinin tespiti Cumhuriyet savcısının yazılı kararıyla Başkanlıktan istenir.

² Bkz. **Kaymaz**, Seydi: Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2009, s. 301; **Erdağ**, Ail İhsan: İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi, TBBD, 2011 (92), s. 58.

delillerle ispat edilebileceği; nihayet CMK m.206/2-a'da muhakeme esnasında ortaya konulması istenen delilin, kanuna aykırı olarak elde edilmişse reddolunacağına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemeler, Türk hukukunda, hukuka aykırı yöntemle elde edilen delillerin (*delil elde etme yasağı*) değerlendirme dışında tutulacağı konusunda (*delil değerlendirme yasağı*) genel düzenlemeler öngörüldüğünü³, dolayısıyla deliller arasında herhangi bir ayırım gözetilmediği ve mutlak delil yasağı prensibinin benimsendiğini açıkça ortaya koymaktadır⁴. O halde, iletişime konu konuşmaların, tek taraflı olarak kayıt altına alınmasının, delil elde etme yasağı karşısında hukuka uygun bir yöntem olup olmadığının tartışılması gerekmektedir.

II. DOKTRİNDEKİ YAKLAŞIM VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

A. Türk Doktrinindeki Görüşler

Kendisine yönelik bir suçu ispat edebilmek için, mağdurun iletişimi kaydetmesi doktrinde hukuka uygun olarak kabul edilmekte; hukuka uygunluk temel olarak kast görüşü, meşru savunma görüşü ve zorunluluk hali görüşü şeklinde sınıflandırdığımız üç farklı gerekçeye dayandırılmaktadır. Bu görüşler ve bunlara yönelik eleştirilerimiz şu şekildedir.

1. Kast Görüşü

Meran, kişinin kendisine yapılan haksız harekete karşı delil toplama niteliğinde bir eylemde bulunduğunu, konuşmaları karşı tarafın rızası olmadan kayda alma kastının olmadığını, kendisine karşı gerçekleştirilen eylemi delillendirme iradesi ve kastının bulunduğunu ve bu yüzden de iki kişi arasındaki konuşmanın mağdur tarafından delil olarak kayda alınmasının suç

³ **Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, M. Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2011, s. 659; **Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2008, s. 493.

⁴ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Muhakeme, s. 660. **Ünver**, Yener/**Hakeri**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2011, s. 614; **Öztürk/Erdem**, s. 495.

oluşturmayacağını ve bunların mahkemede delil olarak kullanılabileceğini belirtmektedir⁵.

Eleştirisi: Anlaşıldığı kadarıyla bu görüş temelini “**kast teorisi**”nden almaktadır. Nitekim, bu teoride kast, yalnızca suçun maddi unsurlarını değil, aynı zamanda fiilin haksızlık teşkil edip etmediğinin bilinmesini de kapsamaktadır⁶. Şu durumda, söz konusu görüşü iki noktada eleştirmek gerekmektedir. Birincisi, TCK’nın kabul ettiği sistemde, kast suçun objektif unsurlarının bilinmesi ve neticenin istenmesi şeklinde tanımlanmaktadır. Bu bakımdan, eylemin haksızlığı, kastın bilme unsurunun kapsamı dışında kalmaktadır. İkincisi, kastı, “*işlenen fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmek*” şeklinde formüle etsek dahi, haksızlık bilincinin yokluğu fiilin hukuka aykırılığına değil, failin kusurluluğuna etki edeceği için, ortada yine hukuka uygun bir fiilin varlığından söz edilemeyecektir. Bu iki gerekçeyle, kastın yokluğuna dayanan görüşün inceleme konumuz olay bakımından bir çözüm getirmediğini belirtmek gerekir.

2. Meşru Savunma Görüşü

Şen’e göre, hakaret, tehdit ve şantaj suçlarına muhatap kalan ve o an konuşmaları kayıt altına alan mağdurun elde ettiği bu delil, fiil meşru savunma sınırları içerisinde kaldığı için, hukuka uygun sayılacaktır⁷. Yazara göre, özellikle kişinin telefonuna yapılan çağrıyla veya kişinin telefon etmesiyle başlayan ani süreçte yapılan konuşmalarda, mağdura hakaret edilmesi, mağdurun tehdit edilmesi veya mağdurun hak ve hürriyetini ilgilendiren konularla ilgili sözler söylenmesi durumunda, **mağdurun önceden bu**

⁵ **Meran**, Necati: Açıklamalı- İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 683.

⁶ Bu teoriye göre, kasıtlı suçtan sorumluluk için, failin işlemiş olduğu fiilin haksızlık teşkil ettiği bilincinde olması gerekir. İşlediği bir fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmemekle beraber, somut olayda kişi bu fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilebilecek durumda ise, taksirle hareket etmiş sayılmaktadır. Bkz. **Özgenç**, İzzet/ **Şahin**, Cumhuriyet: Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Bası, Ankara 2001, s. 233. Ayrıca bkz. **Koca**, Mahmut/ **Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2011, s. 129-130.

⁷ Buna karşılık suç mağduru olduğunu iddia eden kişinin, önceden kurduğu düzenek yoluyla telefon görüşmelerini kaydettiğinin anlaşılması halinde elde edilen bu kayıt hukuka aykırı delil sayılacaktır. Bkz. **Şen**, Ersan: Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, 2. Baskı, Ankara 2008, s. 74.

konuda bir plan yapmaması ve karşı tarafı tahrik edip, onun bilgisi dışında konuşmaları kaydederek kullanmaması şartıyla, meşru savunma hükümleri uygulama alanı bulabilir⁸.

Erdağ'a göre, meşru savunma hukuka uygunluk sebebinin düzenlendiği TCK m.25/1'de, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak ifade-sine yer verildiği, bu ifade çerçevesinde kayıt altına alma, gerçekleşen bir haksız saldırıya karşı; kayıtları ceza takip organlarına verme ise, tekrarı muhakkak bir haksız saldırıya karşı yapılmaktadır. Buna göre, meşru savunma hükümleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılacağından, mağdurun iletişimi kayda alması, ne haberleşmenin gizliliğini ihlal ne de kişiler arasındaki konuşmaların kayda alınması suçuna vücut vermeyecek, böylece de söz konusu kayıtların hukuka uygun bir şekilde delil olarak kullanılması mümkün olacaktır⁹.

Kaymaz da, meşru savunma düzenlemesine göndermede bulunarak, kendisini koruma ve savunma içgüdüleriyle hareket eden mağdurun, telekomünikasyon araçları vasıtasıyla yapılan saldırı sırasında iletişimi kaydetmesinin hukuka aykırı olmadığını belirtmiştir. Şöyle ki, meşru savunmanın özünde bir insanda varolan kendini koruma içgüdüğü bulunmaktadır. Dolayısıyla, mağdurun iletişimi kaydetmesi halinde, saldırıyı uzaklaştırmak amacıyla gösterilen bir tepki söz konusudur¹⁰.

⁸ Kişiler arasındaki iletişimin Alman Anayasası Hukuku'na göre kişiliği serbestçe geliştirme hakkı çerçevesinde koruma altına alındığı; bu hakkının Alman Temel Anayasa'nın 2/I. Maddesi kapsamında "başkalarının hakkı", "anayasal düzen" ve "örf/adet hukuku" çerçevesinde sınırlandırılabilirliği; dolayısıyla şantaj ve benzeri durumlarda mağdur tarafından ses kaydı yapılmasının "meşru müdafaa" kapsamında hukuka uygun olduğu konusunda bkz. *Sağlam*, Fazıl: Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı, C:30, S.1-4, 1977, s. 108-109.

⁹ *Erdağ*, s. 54. *Yaşar/Gökcan/Artuç* da, kendisine karşı yapılan haksız saldırıyı onunla orantılı olarak defetmek için kişiler arasındaki konuşmaları kaydeden kimsenin fiilinin meşru savunma hukuka uygunluk sebebi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir (bkz. *Yaşar*, Osman/*Gökcan*, Hasan Tahsin/*Artuç*, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C:III, Ankara 2010, s. 133). Buradan çıkan yoruma göre, haberleşmenin mağdur tarafından kayıt altına alınmasında da, aynı hukuka uygunluk sebebi gündeme gelebilecektir.

¹⁰ *Kaymaz*, s. 296. Buna karşılık kişinin daha önce mağduru olduğu bir suç veya hukuka aykırı bir fiili tespit etmek amacıyla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi kaydetmesi hukuka aykırı olacaktır. Bkz. *Kaymaz*, s. 297.

Eleştirisi: Meşru savunmanın gündeme gelebilmesi için, öncelikle haksız bir saldırı mevcut olmalıdır. Fakat saldırının cebir veya şiddet içermesi zorunlu değildir¹¹. O halde, bir kimsenin hakaret, tehdit veya cinsel taciz suçu kapsamına giren sözleri, bir hakka yönelmiş saldırı olarak nitelendirilebileceğinden, bu aşamaya kadar herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Asıl sorun, meşru savunmanın savunmada zorunluluk koşulunda toplanmaktadır. Gerçekten, meşru savunmadan söz edilebilmesi için savunmada zorunluluk bulunmalı, yani maruz kalınan tecavüzün başka türlü defedilmesinin mümkün olmamalıdır¹². Bu cümleden hareketle, meşru savunmada mağdurun sergileyeyeceği davranış **SAVUNMA FONKSİYONU** göstermeli; bu savunma, mevcut veya gerçekleşmesi muhakkak saldırının defedilmesi için yapılmaktadır. Şu halde, mağdurun içeriği suç teşkil eden iletişimi kayda alması, saldırıyı defetmeye yönelik bir savunma olarak değerlendirilebilecek midir? Meşru savunma görüşüne ilişkin olarak, temel tartışma bu noktada toplanmaktadır.

Tehdit suçuna ilişkin olarak, soruşturma makamlarını harekete geçirmek suretiyle mağdurun tehdide konu kötülükten (kaçırılma gibi) korunmak için kendisiyle yapılan iletişimi kayıt altına alması, meşru savunma çerçevesinde değerlendirilebilecektir. Nitekim, iletişim kaydı gerçekleşmesi muhakkak bir saldırının önlenmesi için adli makamlara verilmek üzere yapılıyorsa, bu durum meşru savunmada “**savunma koşulu**”nu yerine getirmektedir.

Buna karşılık, **hakaret** yahut **cinsel taciz** fiilinin varlığını ispat etmek için iletişimin mağdur tarafından kayıt altına alınması ve yapılan kayıtların adli makamlara sunulması, meşru müdafadaki “savunma” koşulu kapsamında değerlendirilemez. Nitekim, burada sona ermiş bir saldırı söz konusudur¹³ ve kayıt fiili sona ermiş olan bu saldırının soruşturulması/kovuş-

¹¹ **Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara 1995, s. 75. **Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2010, s. 304; **Koca/Üzülmez**, s. 220.

¹² Bu hususta bkz **Özen**, s. 112 vd. Savunma (müdafaa), saldırıyı sona erdirmek için daha yumuşak, ancak aynı şekilde etkili bir aracın bulunmaması halinde zorunludur. Bkz. **Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Ankara 2011, s. 263.

¹³ Zaten bazı saldırılar mahiyeti gereği, meşru savunmaya elverişli değildir. Örneğin, bir insanın hakaret fiili karşısında meşru savunmada bulunabileceğini söylemek güçtür

turulması için yapılmaktadır. Kaldı ki, ispat imkânsızlığından ötürü saldırının tekrarının olası olduğu durumlar da, gerçekleşmesi muhakkak saldırı koşulu içinde değerlendirilmeye müsait değildir. Dolayısıyla, kendisine hakaret gibi saldırının sona erdiği durumlarda, mağdurun iletişimi kayda almaya yönelik fiillerinin, meşru savunma kapsamında ele alınması mümkün gözükmemektedir.

3. Zorunluluk Hali Görüşü

Zafer'e göre de, tehdit ve hakaret suçunun mağduru olan kimse, tehdide konu hakkını korumak ve failin yakalanmasını sağlamak için kendisini arayan kişinin sesini kaydedebilir ve bu kaydı adli makamlara teslim edebilir. Bu halde haberleşen taraflar zorunluluk hali olan hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanabilir¹⁴. Yazar, aynı eserinin kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların gizliliğini ihlal suçuna (TCK m.133) ilişkin kısmında, kendisine veya başkasına yönelik bir tehdidi bertaraf etmek için, kendisiyle veya başka kişiler arasında yapılan konuşmayı kayda alan kimşenin meşru savunma hukuka uygunluk sebebinden yararlanabileceğini belirtmiştir¹⁵.

(bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 304; **Koca/Üzülmez**, s. 220; Saldırının cebri, yani maddi bir şekilde ortaya çıkması gerektiği konusunda ayrıca bkz. **Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C:II, 12. Bası, İstanbul, 1999, s. 112-113).

¹⁴ **Zafer**, Hamide: Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m.132-134), İstanbul 2010, s. 111. Aynı yönde, **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Rıfat Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8. Bası, Ankara 2012, s. 500.

Zafer, ayrıca cinsel saldırı, iftira, hakaret, tehdit, şantaj suçlarının haberleşme araçlarıyla işlenmesi halinde, haberleşmenin muhatabı olan tarafça kaydedilen haberleşme içeriğinin, adli makamlara ulaştırılmasının, "savunma hakkının kullanılması" çerçevesinde ele alınması gerektiğini ifade etmiştir (bkz. **Zafer**, Özel Hayat, s. 121. Aynı yönde bkz. **Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, M. Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, 2012, s. 508; **Koca**, Mahmut, Haberleşmenin, Konuşmanın ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, in: Ceza Hukuku'nun Güncel Sorunları, Kolokyum 8 Ekim 2010, s. 100).

¹⁵ **Zafer**, Özel Hayat, s. 162. Aynı yönde, **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 507.

Eleştirisi: Öncelikle belirtmek gerekir ki, TCK bakımından zorunluluk halinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebi iken; diğer bir görüşe göre ise, kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁶. Oysa gerek TCK m.25/2'nin gerekçesinden, gerekse de CMK m.223/3(b)'den çıkan sonuç, zorunluluk halinin kusura etki eden bir hal olarak ele alınması gerektiğidir¹⁷. Failin kusurlu olarak hareket etmemesi, fiilin hukuka uygun olduğu anlamına gelmeyeceğine göre¹⁸, zorunluluk hali içerisinde gerçekleştirilen fiiller, hukuka aykırılığı muhafaza edecektir. Söz konusu fiiller hukuka aykırı olmaya devam ettiği için, bu fiillerle elde edilmiş olan deliller de hukuka aykırı delil sayılacaktır.

Kaldı ki, TCK m.25/2'deki zorunluluk hali hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul edilse dahi¹⁹, zorunluluk halinin esasında, hukuken korunan bir menfaati zarara uğratma tehdidi yaratan bir tehlikeden korunma amacı yatmaktadır²⁰. Oysa **adam kaçırma** veya **bombalı eylem** gerçekleştirme hazırlığında olma örneğinde olduğu gibi, mevcut ya da ileride gerçekleşmesi muhakkak olan saldırıdan korunmak amacıyla, fail ile olan konuşmanın kayda alınması, yukarıda da bahsettiğimiz üzere saldırıyı defetmeye yönelik bir savunma hareketi kapsamında değerlendirilmelidir. Dola-

¹⁶ Zorunluluk halinin hukuki niteliği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbek/Doğan**, s. 203 vd.; **Kangal**, T. Zeynel: Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Ankara 2010, s. 165 vd. Ayrıca bkz. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s. 372 vd.

¹⁷ **Özbek/Doğan**, s. 218. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 366; **Hakeri**, s. 327; **Koca/Üzülmez**, s. 256; **Meraklı**, Serkan: Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi, CHD, S:12, Nisan, 2010, s. 275-276.

¹⁸ Bkz. **Özbek/Doğan**, s. 199.

¹⁹ Tehdit ve hakaret suçunun mağduru olan kişinin, tehdide konu hakkını korumak ve failin yakalanmasını sağlamak için kendisini arayan kişinin sesini kaydedebilmesini ve bu kaydı adli makamlara teslim edebilmesini zorunluluk hali çerçevesinde ele alan **Zafer**, "Ceza Hukuku Genel Hükümler" adlı eserinde de belirttiği üzere, zorunluluk halini bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmektedir. (bkz. **Zafer**, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s. 225).

²⁰ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s. 387. **Zafer**, Genel Hükümler, s. 228; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 368; **Hakeri**, s. 330-331; **Koca/Üzülmez**, s. 258-259.

yısıyla, bu gibi durumlarda zorunluluk halinin uygulama alanı bulmayacağını düşünüyoruz.

Tehdit dışında, *hakaret* ve *cinsel taciz* gibi saldırının telefonda gerçekleşip sona erdiği durumlarda, hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinin gündeme geleceği yönündeki görüşün TCK m.25/2 karşısında uygulanabilirliği ayrıca değerlendirilmelidir:

Tehlike, maddi koşullar nedeniyle zararlı bir olayın ortaya çıkma olasılığının mevcut olduğu bir durum olarak ifade edilmektedir. Eğer bir hukuksal değer ihlal edilme tehdidi altında ise ve bir zararın gerçekleşmesi olasıysa, söz konusu hukuksal değer bakımından tehlike hali söz konusudur²¹. Tehlikenin hukuka aykırı bir insan davranışından da ileri gelmesi mümkündür²². Bu noktaya kadar bir sorun bulunmamaktadır. Asıl tartışma konusu, zorunluluk halindeki “mevcut tehlike” (=gegenwertige Gefahr) koşulunun, ele alınan problem bakımından uygulanabilir olup olmadığıdır. Doktrinde, hukuken korunan bir menfaate yönelik zarar tehdidine ilişkin olarak, doğru zamanda gecikmeksizin bir önlem alınmadığı takdirde, menfaatin her an bir zarara uğrama ihtimalinin bulunduğu durumlar (=Dauergefahr) da mevcut tehlike kapsamında kabul edilmektedir²³. Görüldüğü üzere, hakaret benzeri durumlarda yapılan kaydın hukuka uygun olduğu yönündeki düşüncenin temeli, telefon terörü gibi “saldırı tehdidine açık olma” halinin, “devam eden tehlike” (=fortdauernde Gefahr/Dauergefahr) olarak yorumlanmasından ileri gelmektedir.

TCK m.25/2’de “muhakkak tehlike” ifadesine yer verilmiştir. Her ne kadar Türk doktrininde “mevcut tehlike” ve “devam eden tehlike” ayrıma yer verilmese de, ileride önlenmesi mümkün olmayacak zararlı neticelerin nedenini oluşturan tehlikelerin de muhakkak tehlike sayılması gerektiği ifade

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kangal**, s. 236.

²² **Kangal**, s. 55.

²³ Bkz. **Kühl**, *Lackner/Kühl*, § 34, kn:2; **Wessel**, Johannes/**Beulke**, Werner: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 41. Auflage, Heidelberg 2011, kn:306; **Freund**, Georg: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Marburg 2008, kn:52; **Tröndle**, Herbert/**Fischer**, Thomas: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 52. Aufbau, München 2004, § 34, kn:4; **Maurach**, Reinhart/**Zipf**, Heinz: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Heidelberg 1983, § 34, kn:16.

edilmektedir²⁴. Fakat belirtmek gerekir ki, Alman Ceza Kanunu'ndaki hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk haline ilişkin düzenlemeden farklı olarak, TCK m.25/2'de "tehlikenin ağırlığı" koşuluna da yer verilmiştir. Buna göre, TCK bakımından tehlikeye ilişkin bir koşul olarak karşımıza çıkan "ağırlık" eşiği, tehlikenin belli bir yoğunluğa ulaşmış olmasını gerektirmektedir²⁵. Bu koşul aslında, TCK'daki zorunluluk halini, mazeret sebebine yaklaştırmaktadır²⁶. Şu durumda "ağır ve muhakkak tehlike" koşulu birlikte düşünüldüğünde, telefonda gerçekleştirilen hakaret vb. saldırıların yenilenmesi olasılığını (saldırı tehlikesine açık olma), TCK m.25/2'de yer verilen zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesi, tartışmalı hale gelmektedir.

B. Karşılaştırmalı Hukuk

1. Alman Hukukundaki Durum

CMK'da olduğu gibi, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da (StPO § 101(a) vd.) iletişimin denetlenmesi tedbirine yer verilmiş; StPO § 101(b)'de tedbirin uygulanması hâkim kararına bağlanmıştır. CMK ile paralel olarak, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da iletişime müdahale yalnızca adli makamlarca yerine getirilmekte ve mağdurun sürece müdahalesi düzenlenmemektedir. Hatta bunun da ötesinde, Alman Ceza Kanunu'nda (StGB § 201) kamuya açık olmayan konuşmaların kayıt altına alınması suç olarak düzenlendiğinden, iletişimi karşı tarafın bilgisi dışında kayıt altına alan kimse ceza tehdidi ile karşı karşıya kalmaktadır. Bu kapsamda, bir kimsenin kendisi ile yapılan iletişimi karşı tarafın bilgisi dışında kayıt altına almasının hukuka uygunluğu, Alman doktrininde *meşru savunma* ve *hukuka*

²⁴ Bkz. **Koca/Üzülmez**, s. 256-257.

²⁵ Tehlikenin ağır *olmasından Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*'ye göre hem tehlikenin hem de meydana gelecek zararın ağır olması (**Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s. 384); *Kangal*'a göre tehlikenin meydana getirdiği zararın yüksek olması anlaşılmalıdır (**Kangal**, s. 243).

²⁶ Nitekim, Alman Ceza Kanununda (StGB § 35) mazeret sebebi olarak düzenlenen zorunluluk halinin kapsamının, yaşam, vücut ve kişi hürriyetine yönelik tehlikelerle sınırlandırılması, bu zorunluluk hali şeklinin yalnızca ağır tehlikeler bakımından söz konusu olabileceğini ortaya koymaktadır.

uygunluk sebebi olan zorunluluk hali kapsamında iki ayrı sorun halinde incelenmektedir.

Öncelikle, doktrindeki kabule göre, adam kaçırma ve rehin alma tehdidinde olduğu gibi hâlihazırdaki etkisini sürdürmek koşuluyla, tehdit içerikli sözlerin kayıt altına alınması meşru savunma kapsamında değerlendirilmelidir²⁷. Şöyle ki, tehdide konu kötü durum gerçekleşinceye kadar tehditten kaynaklı korku hali, yani saldırı devam etmektedir ve bu halin ortadan kaldırılması için yetkili makamları harekete geçirmek üzere yapılan ses kaydı saldırıya karşı yapılan bir müdafaa olarak görülmektedir²⁸. Bu nedenle, özellikle adam kaçırma²⁹, bombalı eylem vb. şekilde saldırı gerçekleştireceği tehdidinde bulunan kimliği belirsiz failin tespit edilebilmesi ve tehdide konu saldırının önlenmesi amacına yönelik bir ipucu elde etmek üzere yapılan ses kaydı, *meşru savunma* (StGB § 32) hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilmelidir³⁰.

Hakaret, iftira, şantaj gibi sözlü saldırıların varlığı halinde görüşmelerin kayıt altına alınması ise *hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali*³¹ (StGB § 34) kapsamında değerlendirilmektedir³². Nitekim son durumda,

²⁷ Bkz. **Kargl**, Walter: *Kindhauser/Neumann/Paeffgen*, Strafgesetzbuch 3. Auflage 2010, § 201, kn:25; **Kühl**, Kristian: *Strafgesetzbuch Kommentar, Lackner/Kühl*, 27. Auflage, München 2011, § 201, kn:12; **Leckner**, Theodor/**Eisele**, Jörg: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch 28. Auflage 2010, § 201, kn:31a; **Graf**, Jürgen-Peter: *Münchener Kommentar zum StGB*, 1. Auflage 2003, § 201, kn:47.

²⁷ **Kargl**, Kindhauser/Neumann/Paeffgen, § 201, kn. 25.

²⁸ **Kargl**, Kindhauser/Neumann/Paeffgen, kn. § 201, 25.

²⁹ Daha çok kaçırma tehdidi kişinin hareket özgürlüğüne ve yaşamına yönelik süregelen mevcut bir saldırı oluşturmaktadır. Kolluk güçlerinin böyle bir tecavüzü sonlandırması için yapılan ses kayıtları hukuka uygundur (bkz. **Kühl**, *Lackner/Kühl*, § 201, kn:47).

³⁰ **Leckner/Eiseleg**, *Schönke/Schröder*, § 201, kn:31a.

³¹ Belirtmek gerekir ki, Alman Ceza Kanununda zorunluluk hali, hukuka uygunluk sebebi (StGB § 34) ve kusurluluğa etki eden mazeret sebebi (StGB § 35) olmak üzere iki ayrı şekilde düzenlenmiştir. Bu hususta karşılaştırmalı inceleme için bkz. **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray: *Zorunluluk Halinin* (TCK m.25/2) Hukuki Niteliği, DEÜHFD, C: 9, S: 2, 2007, s. 207 vd.

³² Bkz. Bkz. **Kargl**, *Kindhauser/Neumann/Paeffgen*, kn:26; **Kühl**, *Lackner/Kühl*, kn:13; **Leckner/Eiseleg**, *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, § 201, kn:31a; **Graf**, § 201, kn:48.

yaşam ve özgürlüğe yönelik bir kötülük yapılacağı tehdidinde olduğunun aksine, süregelen bir saldırı hali söz konusu olmayıp, anlık olarak gerçekleştirilen saldırı, kayıtlarla birlikte sona ermektedir. Bitmiş olan saldırılar için meşru savunma halinden söz edilmesi mümkün değildir. Buna karşılık hakaret, şantaj, iftira gibi saldırılar sona ermiş olsa bile, kişileri “telefon terörü” tehlikesiyle karşı karşıya bırakmakta ve bu tehlike kişilerin hukuki yararlarının ihlali noktasında bir risk doğurmaktadır³³. Nitekim, saldırının ispatı konusundaki imkânsızlık, hukuken korunan yararları tehlike altında bırakmaktadır³⁴. Şu durumda saldırı sona erse dahi, hukukun koruma altına aldığı bir *menfaate yönelik ihlal tehlikesi* devam etmez. Bu tehlikenin önüne geçilebilmesi için, saldırı tehlikesinin ispatına yönelik engelin ortadan kalkması gerekir³⁵; ki bu nedenle de mağdurun ses kaydı yapması olağandır. O halde, başka türlü delil elde etme imkânı yoksa, üstün nitelikteki yararını koruma amacına yönelik olarak, hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali gereğince konuşmanın kayıt altına alınması mümkündür³⁶.

2. Amerikan Hukukundaki Durum

Amerika Birleşik Devletleri Federal Yasalarına göre, taraflar rıza göstermese dahi yüz yüze, doğrudan yahut bir araçla dolaylı olarak gerçekleştirilen iletişime, yargılama yetkisine sahip olan mahkeme kararıyla müdahale edilebilir ve elde edilen bilgiler delil olarak kullanılabilir (*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968, Title III, Section 801-d*). Bunun dışında, 18. U.S.C § 2511 (2)-d’ye göre; Anayasa, Federal Yasa veya Federe Devlet Yasalarıyla bağdaşmayan, suç yahut haksız olduğu kabul edilen bir davranışı gerçekleştirme amacı taşımadığı müddetçe, taraflardan birinin, iletişime müdahale etmesi kural olarak hukuka aykırı sayılmaz. Görüldüğü üzere, burada mahkeme kararıyla iletişime müdahale yetkisi ile tarafların müdahale yetkisi ayrı ayrı düzenlenmiştir.

³³ Örneğin hakaret, kişilerin saygınlıklarının zedelenmesi noktasında bir tehlike oluşturmaktadır. **Kargl**, *Kindhauser/Neumann/Paeffgen*, § 201, kn:26.

³⁴ **Leckner/Eiseleg**, *Schönke/Schröder*, § 201, kn:31a.

³⁵ **Leckner/Eiseleg**, *Schönke/Schröder*, § 201, kn:31a.

³⁶ **Graf**, § 201, kn.48.

Şu durumda, Federal Yasalara göre iletişime müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için;

- i. Yetkili mahkeme tarafından verilmiş bir karar olmalı veya
- ii. Taraflardan biri, iletişime müdahale edilmesi noktasında rıza göstermiş olmalıdır³⁷.

Buna göre, mahkeme kararı olmaksızın iletişimin taraflarından biri iletişime kendisi müdahalede bulunabilir. Bunun gibi, taraflardan birinin rızasının yeterli görüldüğü sisteme “*tek taraflı rıza sistemi*” (***one-party-consent***) denilmektedir. Fakat, Federal Yasanın öngördüğünden farklı olarak, iletişime yönelik hukuka uygun bir müdahaleden söz edilebilmesi için, Federe Devletler kendi hukuk sistemlerinde her iki tarafından da rızasını şart koşabilir. Buna da, “*karşılıklı taraflı rıza sistemi*” (***all-party-consent***) denilmektedir. Sorunu her iki sistem bakımından ayrı ayrı inceleyecek olursak;

(i) Tek taraflı rıza (one-party-consent) sistemi: Tek taraflı rıza sistemini benimseyen Federal Yasalara göre, iletişime katılan taraflardan birinin, diğer tarafın bilgisi olmaksızın iletişimi kayıt altına almasında herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır³⁸. Yalnızca önemli olan husus şu ki; Federal Yasa 18. U.S.C § 2511 (2)-d’ye göre katılımcılardan birinin iletişime tek taraflı olarak müdahalesinin hukuka uygun kabul edilebilmesi, bu müdahalenin hukuka aykırı bir amaca hizmet etmemesine bağlıdır³⁹. Bu kapsamda 2511 (2)-d’deki düzenleme, savunma faaliyetini yerine getirmeye; polise sunmak üzere cezai bir fiile ilişkin suç delili elde etmeye yönelik amacın gerçekleştirilmesine izin vermektedir⁴⁰. O halde tek taraflı rıza kuralının

³⁷ **Del Carmen**, Rolando: Criminal Procedure:Law and Practice, 7. Edition, Belmont 2007, s. 261; **Collins**, Sue Carter: in: Criminal Procedure and the Supreme Court: A Guide Major Decisions on Search and Seizure, Privacy and Individual Rights (edt: *Del Carmen*, Rolando/*Hemmens*, Craig), Lanham, 2010, s.16.

³⁸ **Bast**, Carol M.: Conflict of Law and Surreptitious Taping of Conversations, New York Law School Law Review, Vol:54, 2009/10, s. 175.

³⁹ Ayrıntılı inceleme için bkz. **Knowlton**, Thomas A.: Interceptors and Innocent Recipients: Applying the Federal Wiretapping Law’s Exclusionary Rule to Private Participant Monitoring, Boston College Law Review, Vol:29, Issue 4-5, 1988, s. 909-910.

⁴⁰ **Knowlton**, s. 912. Örneğin, bir kimsenin tehdit ve şantaj amacıyla, kendisiyle yapılan iletişimi gizlice kayıt altına alması 2511 (2)-d’nin yasakladığı hukuka aykırı bir amaçtır.

geçerli olduğu yerlerde, iletişimin taraflarından biri mağduru olduğu suç dolayısıyla delil elde etmek için iletişimi gizlice kayıt altına alabilir ve bunları mahkemede delil olarak kullanabilir.

(ii) Karşılıklı rıza (all-party-consent) sistemi: Bu sisteminin geçerli olduğu devletlerde ise, iletişime yapılan müdahalenin hukuka uygunluğu, yine iletişime taraf olan herkesin onayına (*consent of all parties*) bağlıdır⁴¹. Fakat, bu sistem içerisinde de bazı istisnalara yer verildiği görülmektedir. Örneğin, tarafların bilgisi dışında iletişimin kayda alınmasını suç olarak düzenleyen Kalifornia Ceza Kanununda, gasp, adam kaçırma veya kişilere karşı suçlardan herhangi birisinin işlendiği şüphesini taşıyan kimsenin, delil elde etmek amacıyla tek taraflı olarak gerçekleştirdikleri müdahalelerin suç kapsamına girmeyeceği ve bu suretle elde edilen delillerin ceza tatbikatında kullanılabilmesi hüküm altına alınmıştır (**California Penal Code**, Section 633.5). Bunun dışında, benzer bir istisnai düzenlemeye yer vermeyen ve karşılıklı rıza sisteminin benimsendiği diğer devletler bakımından, iletişime tek taraflı olarak gerçekleştirilen müdahalelerin hukuka uygunluğu tartışmalı hale gelmektedir.

Konuyla ilgisi dolayısıyla değinilmesinde fayda bulduğumuz *State v. Inciarrano* davasında, adam öldürme suçunu işleyen faili ortaya çıkaracak tek kanıt, maktulün öldürülmeden önce fail ile yapmış olduğu konuşmaları içeren teyp bandıdır. Teyp bandında geçen konuşmalar, cinayetin failinin *Inciarrano* olduğunu işaret etmektedir. Federal Yasalara göre, söz konusu kayıtlar delil olarak kabul edilebilir. Nitekim kaydı gerçekleştiren mağdur, iletişimin taraflarından biridir. Fakat olay Florida eyaletinde geçmektedir ve Florida Eyalet Yasalarına göre, **tarafların hepsinin rızası** olmaksızın doğrudan yahut herhangi bir araçla gerçekleştirilen iletişime müdahale edilmesi

Buna karşılık delil olarak polise vermek üzere, suç teşkil eden bir fiile ilişkin bilgilerin kayıt altına alınması yasaklanmamaktadır. 114. CONG. REC. 14,694-95 (1968) (Sen. Hart), (bkz. **Knowlton**, s. 912, dn:100).

⁴¹ California, Florida, Illinois, Massachusetts, Michigan, Montana, New Hampshire, Oregon, Pennsylvania ve Washington Eyaletlerinde karşılıklı rıza kuralı uygulanmaktadır. Bkz. **Doyle**, Charles: Wiretapping, Tape Recorders, and Legal Ethics: An Overview of Questions Posed by Attorney Involvement in Secretly Recording Conversation, CRS Report for Congress, 2012, (<http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R42650.pdf>), s. 3.

hukuka aykırıdır⁴². Bu durumda olaya Florida Yasaları uygulanacak olursa, ses bandının kabul edilemez olduğuna karar vermek gerekecektir. Oysa Florida Yüksek Mahkemesi, mağdurun ofisine gelen failin, özel yaşama dair olayda *korunmaya değer haklı bir çıkarı bulunmadığı* gerekçesiyle, mağdur tarafından gizlice yapılan ses kaydının ihlal oluşturmadığına ve elde edilen kayıtların delil olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Karar, gerekçe itibariyle eleştirilmektedir⁴³.

Öncelikle, karşı tarafın onayının alınması gerektiği halde, onun bilgisi dışında iletişimin kaydedilmesi adil olmadığı gibi, etik de değildir⁴⁴. Fakat, *Inciarrano* kararı her ne kadar gerekçe itibariyle eleştirilse de, sonuç itibariyle iletişime katılan herkesin rızasının arandığı sistemlerde dahi, karara konu olan olaydaki gibi istisnai bazı durumlarda, karşı tarafın onayı olmasa da, gizlice yapılan ses kaydının yasal bir delil olarak kabul edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Özellikle kendisine karşı suç işlendiği ve o anda suç delili elde edebileceği konusunda makul bir şüpheye sahip olan tarafın iletişimi kayıt altına almaya yetkili olduğu belirtilmektedir⁴⁵. Aksi halde, bir suça ilişkin bilgi elde etmek üzere ses kaydı yapılmasının yasaklandığı durumlarda, bireylerin kendilerini korumasının mümkün olmayacağı ileri sürülmektedir⁴⁶.

⁴² Florida Statutes, 934.03. İletişimin taraflarının farklı federe devletlerde bulunması durumunda çıkacak ihtilafın çözümüne ilişkin olarak bkz. **Bast**, Conflict of Law, s. 175-176.

⁴³ Özel yaşama dair haklı çıkarın mekana değil, kişiye bağlı olduğu; söz konusu iletişim olduğunda, tarafların özel yaşama ilişkin hukuki menfaatlerinin varlığı sorununun mekandan bağımsız tutulması gerektiği; bu nedenle “başkasının evinde, ofisinde, vb. olan bir kimsenin, menfaatinin bulunmadığından” bahisle ortaya konan gerekçenin hatalı olduğu yönündeki eleştiri için bkz. **Bast**, Carol M.: Eavesdropping in Florida: Beware a Time-Honored But Dangerous Pastime, Nova Law Review, Vol:21:431, 1996-1997, s. 455 vd.

⁴⁴ **Bast**, Carol M.: What’s Bugging You? Inconsistencies and Irrationalities of the Law of Eavesdropping, 47 DePaul Law Review 837 (1998), s. 912.

⁴⁵ **Bast**, What’s Bugging You?, s. 912.

⁴⁶ **Bast**, s. 912; **Bast**, Nova Law Review, s. 462. Yazar bu düşüncesini desteklemek için, insanların tanıklığını yapabildiği olayları kayıt altına alamamasının mantıksızlık teşkil edeceğini; kayıtların tanık açıklamalarına göre daha güvenilir olduğunu, çünkü onların doğruluğunun sınanabilmesinin mümkün olduğunu söylemektedir (Bkz. **Bast**, Nova Law Review, s. 462). Kanımızca yazarın bu düşüncesi eleştirilmelidir. Nitekim yazarın

Şu durumda Amerikan Hukukunda, olaya daha çok menfaat eksenli yaklaşıldığı, bu kapsamda başkasına yönelik suç işlemek üzere hareket eden kimsenin haberleşme özgürlüğü ve özel yaşam noktasında korunmaya değer haklı bir çıkarının bulunmadığı, dolayısıyla bu kimselerin onayı alınmadan yapılan ses kayıtlarının hukuka uygun bir delil olarak kabul edilebileceği söylenebilir.

III. UYGULAMADAKİ YAKLAŞIM

A. Yargıtay Kararlarındaki Durum

8. Ceza Dairesi, 2009 tarihli bir kararında “*Sanığın tanıklık yaptığı dosyadaki hazırlık ve mahkeme beyanları arasında çelişki bulunmadığı, katılan ile yaptığı konuşmanın katılan tarafından gizli olarak kasete kaydedildiğinden hukuka aykırı delil niteliğinde olup, hükme esas alınamayacağı*” yönündeki ilk derece mahkemesinin gerekçesini yerinde bulmuştur⁴⁷. Söz konusu kararın, suçun aydınlatılması sürecinde gizli olarak yapılan iletişim kayıtların hukuka aykırılığına vurgu yaptığı söylenmelidir.

Diğer taraftan, 2. Ceza Dairesi, dinleme kararı olmaksızın sövme ve tehdit içeren telefon görüşmesinin şikâyetçi tarafından kayda alınmasını hukuka aykırı bulan ilk derece mahkemesi kararını bozarak, böyle bir durumda şikâyetçinin gizlice kayıt yapabileceği ve -sanığa ait olduğu ortaya konulduğu müddetçe- kayıtların hukuka uygun bir delil olarak kabul edilebileceği yönünde bir sonuca varmıştır⁴⁸.

kendisi tarafından da belirtildiği üzere (bkz. **Bast**, Nova Law Review, s. 465; **Bast**, What’s Bugging You?, s. 912) diğer katılımcıların haberi olmaksızın iletişimin kayıt altına alınması adil bir durum değildir. Dolayısıyla buradaki sorun, delilin güvenilirliğinden ziyade, delilin elde edilmiş şekli bakımından “**gizli ses kaydı**” yapılabileceğine ilişkin genel kuralın, *kişilerin manevi varlığı, özel yaşam, haberleşme hürriyeti* karşısında ne ölçüde kabul edilebileceğine, yani sınırlarına ilişkindir.

⁴⁷ **8. CD., 9.11.2009, E. 2009/9930, K. 2009/13934.**

⁴⁸ “*Soruşturma aşamasında 31.05.2005 tarihli tutanak ile çözümü yapılan ve şikâyetçi tarafından kayda alınan teyp kasetine göre, şikâyetçi ile görüşen kişinin telefonda şikâyetçiye sövme ve tehdit içeren sözler söylemesi karşısında, sanık tarafından inkar edilen bu görüşmedeki şahsın sanık olup olmadığı araştırılıp, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken, dinleme kararı olmadan iki kişi arasında*

Konuyu tekrar 2011 tarihli bir Ceza Genel Kurulu kararında ele alan Yargıtay, somut olayda telefon görüşmelerinin kaydedilmesini hukuka uygun kabul eden, emsal bir içtihat ortaya koymuştur. Karara konu olan olayda, katılan aleyhine verilen (X) İcra Mahkemesi kararını, Yargıtay aşamasında lehine dönüştürebileceğini söyleyen sanıklar, yetkili olmadıkları bu iş için müştekiden 600.000 Euro para istemiş; katılan ise sanıklarla aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt ederek, söz konusu kayıtları delil olarak ileri sürmüştür. Bu kayıtların hukuka uygun, geçerli bir delil olduğu sonucuna varan Ceza Genel Kurulu ise, duruma şu şekilde açıklık getirmiştir:

*“Somut olay bu kapsamda değerlendirildiğinde; **henüz yasaya göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilerek soruşturmaya başlanılmayan bir dönemde** katılanın kendisinden rüşvet istedikleri gerekçesiyle sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların **5271 sayılı CYY’nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi olanağı bulunmamaktadır.***

Dolayısıyla, katılanın kendisinden rüşvet istedikleri gerekçesiyle sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların Yargıtay 5. Ceza Dairesi tarafından 5237 sayılı CYY’nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve hâkim kararı olmaksızın gerçekleştirildiklerinden bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi isabetli değildir.

*Diğer taraftan, katılan tarafından elde edilmiş olan kayıtların 5237 sayılı TCY’nın Özel Hükümler başlıklı İkinci kitabının kişilere karşı suçlar başlıklı ikinci kısmının dokuzuncu bölümünde düzenlenen **özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar kapsamında kabulü de olanaklı değildir.***

*Zira katılan eylemi bir başkasının özel hayatına müdahale olmayıp, kendisine karşı işlendiğini düşündüğü suçla ilgili olarak **kaybolma***

geçen telefon görüşmesinin teybe alınmasıyla elde edilen delilin 5271 sayılı CMK’na göre geçerli delil niteliğinde olmadığından bahisle yasal olmayan gerekçe ile atılı suçlardan beraat kararı verilmesi... bozmayı gerektirmiştir.” 2.CD., 22.01.2009, E:2008/11929, K:2009/922, (www.kazanci.com).

olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engelleyerek, yetkili makamlara sunmak amacıyla güvence altına almaktır.

Kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda alması halinin hukuka uygun olduğunun kabulü zorunludur.”⁴⁹

İletişimin tarafını oluşturan kişilerin yapmış oldukları gizli ses kayıtlarının, hukuka uygun bir delil olarak kabul edilip edilemeyeceği problemi, hukuk daireleri tarafından da ele alınmaktadır. Örneğin, hizmet nedeniyle emniyeti suiistimal suçundan hakkında kamu davası açılan davalı, suça konu parayı ödediğini kanıtlamak amacıyla, davacı ile gerçekleştirdiği bir telefon konuşmasını banda kaydederek, ceza davasında bunları delil olarak ileri sürmüştü de, bu kayıtlar ceza mahkemesince değerlendirilmeye alınmamıştır. Bu noktadan hareketle, söz konusu kayıt fiilinin hukuka aykırı nitelik taşıdığını ve tazminata konu edilmesi gerektiğini belirten 4. Hukuk Dairesi aynen;

“Dosyadaki kanıtlar itibarıyla, davaya konu edilen ses kayıtlarının yasa dışı yollarla, gizlice elde edildiği anlaşılmaktadır. Gizli yollardan ses kaydedilmesi, davacının gizli kalması gereken ve açıklanmasında kamu yararı bulunmayan özel yaşamı ile ilgili sırların dışarıya yansıtılması kişilik değerlerine saldırı teşkil eder. Şu durum karşısında davalının eyleminin davacının kişilik haklarına saldırı oluşturduğunun

⁴⁹ CGK, 21.06.2011, E:2010/5-182, K:2011/131, (www.kazanci.com). Yine, aynı yorumun benimsediği yeni tarihli bir kararda, “Kişinin, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda, örneğin; kendisine karşı işlenmekte olan (cinsel saldırı, hakaret, tehdit, iftira veya şantaj gibi)bir suç söz konusu olduğunda ya da kendisine veya aile birliğine yönelik, onurunu zedeleyen, haksız bir saldırıyı önlemek için, kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engelleyip, yetkili makamlara sunarak güvence altına almak amacıyla, saldırıyı gerçekleştiren tarafın bilgisi ve rızası dışında, konuşma ve haberleşme içeriklerini veya özel hayata ilişkin ses ve görüntülerini dinleme, izleme ya da kaydetme eylemlerinin hukuka aykırı olduğunu kabul etmek mümkün olmadığı...” belirtilmiştir. (bkz 12. CD, 11.9.2012, E. 2012/20608, K. 2012/18217, www.kazanci.com).

kabulü ile davacı yararına tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde istemin tümden reddedilmiş olması doğru görülmemiş, bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.”⁵⁰

Belirtmek gerekir ki, getirdiği ölçütler ve konuyu ele alış tarzı itibariyle **21.06.2011 tarihli Ceza Genel Kurulu kararı**, konumuz bakımından önem arz etmektedir. Dolayısıyla söz konusu karara yönelik eleştirilerimiz için ayrı başlık açmayı uygun görüyoruz.

B. 21.06.2011 Tarihli Ceza Genel Kurulu Kararının Eleştirisi

(i). Ceza Genel Kurulu 21.6.2011 tarihli emsal kararında⁵¹, iletişimin diğer tarafını oluşturan kimselerce yapılan telefon kaydının, “*özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı bir suç oluşturmadığı, nitekim eylemin bir başkasının özel hayatına müdahale niteliğinde olmadığını*” belirtmiştir. Öncelikle mağdur tarafından yapılan iletişim kaydının özel hayata müdahale niteliği taşımamasının, “**suçun**” oluşmamasına bağlanması kanımızca eksikliklidir. Nitekim, bu şekilde gerçekleştirilen iletişim kayıtlarının “**kişilik hakları ve haberleşme hürriyeti**” karşısında, kural olarak “haksız bir fiil” olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Görüşümüzü ortaya koyarken de değineceğimiz üzere, iletişimin tek taraflı olarak kayıt altına alınmasındaki temel sorun, söz konusu yöntemin suç teşkil edip etmemesinden ziyade, kişilik hakları üst başlığı altında hukuka uygun bir yöntem olup olmadığıdır.

⁵⁰ **4. HD., 28.01.2008, E: 2007/3573, K:2008/650**, (Karar için bkz. **Kaymaz**, s. 297, dn.788). “Dava konusu olayda; davacı avukatın, önceki vekil edeni olan dava dışı A.’ün hile ile avukatlık ücret sözleşmesi imzalattığını kanıtlamak amacıyla, davacının evinde isteği dışında gizlice sesini kaydettiği, daha sonra davacının ses kaydı bulunan CD’yi davalının avukatı B.’e vermiştir. Davalı avukat, konuşmaların gizlice kaydedilmesi nedeni ile CD’nin Ceza Muhakemesi Yasası’nun 206/2-a ve 217/2 maddeleri uyarınca hukuka uygun elde edilmiş delil niteliği taşımadığını bilmesi gerekir. Dosyadaki kanıtlardan; ses kaydının yasaya aykırı olarak, gizlice elde edildiği anlaşılmaktadır. Gizli yollardan ses kaydedilmesi, davacının gizli kalması gereken ve açıklanmasında kamu yararı bulunmayan özel yaşamı ile ilgili sırların dışarıya yansıtılması, davacının kişilik haklarına saldırı oluşturur.” **4. HD., 23.6.2010, E. 2009/8119, K. 2010/7573**, (www.kazanci.com).

⁵¹ **CGK., 21.06.2011, E:2010/5-87, K:2011/131**, (www.kazanci.com).

(ii). Mağdur tarafından yapılan iletişim kayıtlarının, özel hayata bir müdahale olmadığı yönünde varılan bu sonucun, “**Kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkânının olmadığı ani gelişen durumlarda**” geçerli olacağı belirtilmiştir. Şu halde Yargıtay, kendisine karşı işlenmekte olan suça ilişkin delil elde etmek amacıyla yapılan kaydın hukuka uygunluğunu iki koşula bağlamıştır:

- Bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmaması ve
- Yetkili makamlara başvurma imkânının olmadığı ani gelişen durumların varlığıdır.

Ceza Genel Kurulu’nun vermiş olduğu kararın bütününden çıkan sonuç, aslında karşı tarafın bilgisi ve rızası dışında gerçekleştirilen kaydın, kural olarak hukuken tasvip edilmesinin mümkün olmadığı yönündedir. Nitekim, mağdur tarafından yapılan kaydın hukuka uygunluğunun yukarıdaki iki koşula bağlanarak, gerçekte bir “**istisnai durum**” yaratılması, bu sonuca ulaşmayı haklı kılmaktadır. Oysa, kararda öncelikle iletişim kaydının, diğer katılımcının bilgisi dışında tek taraflı olarak gerçekleştirilmesinin, “**kural olarak**” hukuka uygun olup olmadığı tespit edilmeli; -eğer hukuka uygun olmadığı sonucuna varılsa- sonrasında davaya konu özel durum, somut olayın koşulları dikkate alınarak, ayrıca değerlendirilmeliydi. Böylece kural-istisna arasındaki bağlantı net bir şekilde gözlemlenebilir, içtihat niteliği taşıyan bu karar, konuya ilişkin aynı veya benzer sorunların çözüme kavuşturulmasında çok daha etkin ve sağlıklı bir rol oynayabilirdi.

(iii). Diğer taraftan, sistematik açıdan eksik olduğunu düşündüğümüz bir diğer husus, doktrinde ileri sürülen meşru savunmaya ilişkin görüşlere karar gerekçesinde yollama yapılırken, meşru savunma kurumunun olaya uygulanabilirliğinin söz konusu görüşlerden bağımsız olarak tartışma konusu yapılmamış olmasıdır. Oysa, kararda varılan kanaati desteklemek için kaynak gösterilen görüşlerin dayandığı gerekçelerin ele alınması ve meşru savunma kurumunun olayda uygulanabilirliğinin tartışılarak, konunun aydınlatılması metodolojik açıdan bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

(iv). Önemle vurgulamak gerekir ki, Ceza Genel Kurulu’nun söz konusu kararında, yapılan kayıtların hangi durumlarda hukuka uygun sayılabileceği tartışılıp, belirli kıstaslar ortaya konulmuşsa da, **SOMUT OLAYIN**

BELİRLENEN BU KISTASLARA UYUP UYMADIĞI TARTIŞMA KONUSU YAPILMAMIŞTIR(!) Karar gerekçesinde suçun nerede ve ne zaman işlendiği, telefon kayıtlarının hangi zaman diliminde ve kaç kere yapıldığı değerlendirme konusu yapılmadan; karara konu olayın ani gelişen bir durum olup olmadığı ile bir daha kanıt elde etme ve yetkili makamlara başvurma imkânının bulunup bulunmadığı sağlıklı bir şekilde tespit edilemez.

Şu durumda, mağduru olunan bir suç nedeniyle, iletişimin taraflarını oluşturan kimselerce yapılan kayıtların, hukuka uygun elde edilmiş bir delil olup olmadığı noktasında teorik düzlemde -her ne kadar eksiklikler olsa da- faydalı bir inceleme sunan karar, bu hususta varmış olduğu sonucun somut olaya uygulanabilirliği konusunda tatmin edici bir değerlendirmede bulunmamıştır. Kanımızca, karar gerekçesinde ani gelişen bir durumun mevcudiyeti ile bir daha kanıt elde etme ve yetkili makamlara başvurma imkânının varlığına ilişkin koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği, somut olayın cereyan ediş şekliyle ilişkilendirilmek suretiyle ortaya konulmalıydı⁵². Bu husustaki eksiklik, kararda ortaya konulan koşulların benzer olaylar bakımından da uygulanabilirliğinin tespitinde hataya düşülmesine, yani kararın yanlış okunmasına yol açabilir. Nitekim, 4. Hukuk Dairesi sonraki tarihli bir kararında; aralarındaki bir dava için **DELİL ELDE ETMEK ÜZERE**, özel muayenehanesine gittiği davacı ile yaptıkları konuşmalarını gizlice ses kayıt cihazı ile kaydeden davalının fiilini, sözü geçen “**2011 tarihli Ceza Genel Kurulu kararına dayanarak**”, hukuka uygun bulmuştur⁵³. Karara göre:

“Uyuşmazlığın çözümünde, sunulan kayıtların hukuka aykırılık oluşturup oluşturmadığı irdelenmelidir. Konuya ilişkin olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 21.06.2011 gün ve 2010/5-187 E - 2011/131 K sayılı kararında da: “Kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda karşı

⁵² Nitekim kararda kullanılan muhalefet şerhinde, “beş ayı” aşkın bir süreyle kayıt yapıldığı gerekçesiyle elde edilen kayıtların hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. Süreye ilişkin bu bilgiye yalnızca muhalefet şerhinden ulaşılabilmesi, karar konu olayın eksik incelendiğinin kanıtını oluşturmaktadır.

⁵³ 4. HD., 20.06.2012, E. 2011/4664, K. 2012/10806, (www.kazanci.com).

*tarafı yaptığı konuşmaları kayda alması halinin hukuka uygun olduğunun kabulü zorunludur.” denilerek **delil amaçlı ve kişinin kendisine yönelen eylemler nedeniyle ses kaydı yapılmasının hukuka uygun olduğu kabul edilmiştir.***

4. Hukuk Dairesi'nin anılan kararına konu olan bu olay ile aynı dairenin önceki tarihli, kararlarına konu olaylar benzerlik göstermesine rağmen, Ceza Genel Kurulu'nun 21.06.2011 tarihli içtihadından sonra, iletişimin gizlice kayda alınmasının hukuka uygun yöntem olarak kabul etmesi kanımızca bir değerlendirme hatasıdır. Bu noktada şiddetle vurgulamak gerekir ki, ani gelişen bir durum ve başka suretle delil elde etme koşullarını bertaraf edencesine, Ceza Genel Kurulu kararında varılan sonucu, “**DELİL ELDE ETME AMACINA YÖNELİK KAYIT FİİLLERİ HUKUKA UYGUNDUR**” şeklinde okumak sonuçları ağır bir yanıştır. Bu yanışa düşülmesinde, Ceza Genel Kurulu kararındaki somut olayın koşullarıyla, varılan teorik düşüncenin hangi noktalarda örtüştüğüne ilişkin sağlıklı bir değerlendirme yapılmamış olmasından ileri geldiğini düşünmekteyiz. Bu vesileyle, yargı kararlarına konu olan olayların eksik bir şekilde ortaya konulmasının, kararların yerindeğinin test edilmesini zorlaştırdığını; bu nedenle davaya konu olayların gelişim sürecinin, kararlara yansıtılmasının önemine dikkat çekmek istiyoruz. Şüphesiz, olay anlatımından ibaret olan bir gerekçe “sözde gerekçe” olmaktan öteye gidemez⁵⁴. Fakat, olayın meydana geliş şeklinin anlaşılamadığı ve bu nedenle, varılan hukuki sonuçla, karara konu olayın ilişkilendirilemediği bir gerekçe de, kendisinden beklenen faydayı sağlayamaz.

IV. KURAL OLARAK İLETİŞİMİN KARŞI TARAFIN BİLGİSİ DIŞINDA KAYDEDİLMESİNİN HUKUKA AYKIRILIĞININ TESPİTİ

A. Ön Açıklama

Bir duruma ilişkin istisna oluştururken, öncelikle istisnaya konu kuralın ortaya konulması gerekmektedir. Şu durumda ilk önce iletişimin tarafla-

⁵⁴ **Başbüyük**, İsa: Yargının Etkinliğinin Arttırılmasında Gerekçenin Rolü, Prof. Dr. Erdal Onar Armağani, C:II, 2013, s. 1510-1513.

rından birinin, diğer tarafın bilgisi ve rızası dışında tek yanlı olarak iletişimi kayda almasının hukuka uygun olup olmadığı, HUKUK DÜZENİNİN BÜTÜNÜ göz önünde bulundurulmak suretiyle tartışılmalıdır. Eğer bunun hukuka aykırı olduğu sonucuna varılırsa, ikinci aşamada tehdit, hakaret, cinsel taciz vb. suçlara ilişkin delil elde amaçlı iletişimin kayıt altına alınması ayrıca değerlendirilmeli ve varsa şartları ona göre belirlenmelidir.

B. Ceza Normları Bakımından Değerlendirme

Haberleşme hürriyetini korumak amacıyla TCK m.132'de, *haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu* düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, haberleşmenin gizliliğini ihlal eden davranışlardan birinci fıkra kapsamında, "*kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin kaydı*" unsuruna yer verilmiştir. Bu unsur, suçun oluşması için haberleşmenin (yani iletişimin) tarafı olmayan üçüncü bir kişinin varlığını zorunlu kılar⁵⁵. Maddenin üçüncü fıkrasında ise bir kimsenin kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini diğer tarafın rızası olmadan "*alenen ifşa etmesi*" suç olarak düzenlenmiştir. Bu durumda, haberleşme içeriğinin karşı tarafın bilgisi dışında tek taraflı olarak kaydedilmesi, madde kapsamında herhangi bir suç tipini ihlal etmemektedir.

Diğer taraftan, herhangi bir vasıta kullanmaksızın, yüz yüze gerçekleştirilen iletişimler bakımından ise TCK m.133'deki *kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu* dikkate alınmalıdır. Düzenlemeye göre, "*Taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın*" kişiler arasındaki konuşmanın kayda alınması, suç teşkil etmektedir. TCK m.132'de olduğu gibi, bu suç tipinin de ancak konuşmaya taraf olmayan üçüncü bir kişi tarafından ihlal edilmesi mümkündür⁵⁶.

⁵⁵ Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005, s. 268; Tezcan/Erdem/Önok, s. 495; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 497; Zafer, Özel Hayat, s. 90; Yokuş-Sevük, Handan: Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.16-19, 2007-2008, s. 172; Özgenç, İzzet: Haberleşmenin, Kişiler Arası Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, in: Ceza Hukuku'nun Güncel Sorunları, (Kolokyum 8 Ekim 2010), s. 121; Koca, s. 68.

⁵⁶ Zafer, Özel Hayat, s. 144.

Bunların dışında, korunan hukuki değerden hareketle, tek taraflı olarak gerçekleştirilen kaydın, TCK m.134'teki *özel hayatın gizliliğini ihlal suçu* kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu da akla gelebilir. Özel hayat, kişinin umumi hayatından daha dar bir çevreyi içine alan, yalnız ilgili şahıslar tarafından bilinebilen, yakınları, dostları ile paylaştığı ve özellikle kamudan gizlediği faaliyet ve ilişkileri olarak tanımlanabilir⁵⁷. Bu çerçevede, bir kimsenin neyi, kime, nasıl bir şekilde söyleyeceği konusunda çizdiği sınırların karşı tarafça, onun rızası olmaksızın esnetilmesi özel hayatın gizliliğini gündeme getirebilecektir⁵⁸. Görüldüğü üzere, burada özellikle gösteren nokta, iletişimin konusunu yani içeriğini oluşturan özel yaşam alanına dâhil unsurların, üçüncü kişilerin bilgisine sunulması olduğu için, iletişimin kayıt altına alınması tek başına özel hayatın gizliliğini ihlal suç tipini oluşturmamaktadır.

Ara Sonuç: Yapmış olduğumuz açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, TCK'da iletişime konu aleni olmayan konuşmaların, karşı tarafın rızası olmaksızın kayıt altına alması, herhangi bir suç tipini ihlal etmemektedir. Fakat bir fiilin suç teşkil etmemesi, o fiilin hukuka uygun olduğu anlamına gelmez. Nitekim hukuka aykırılık suç olgusunu da bünyesinde barındıran üst bir kavramdır. Buna göre, bir delilin elde edilmiş yönteminin herhangi bir suç tipini ihlal etmemesi, söz konusu delilin hukuka uygun bir yöntemle elde edildiği anlamına gelmez. CMK m.217'de "**HUKUKA UYGUN YÖNTEMLE ELDE EDİLMİŞ**" delilin varlığı arandığına göre, bizim için önemli olan husus, iletişimin tek taraflı olarak kaydedilmesinin hukuka aykırı bir yöntem olup olmadığı, hukuk düzeninin bütününe göz önünde bulundurulmak suretiyle tespit edilmesidir. Şu durumda, iletişimin tek taraflı olarak kaydedilmesinin hukuka uygunluğu sorunu, bir sonraki aşamada "kişilik hakları" kapsamında ele alınmalıdır.

⁵⁷ **Okur**, Nurdan: Anayasa Hukuku Açısından Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, GÜSBE, Ankara 2010, s. 6.

⁵⁸ Özel hayatın gizliliğinin korunması, bireysel özelliklerin ve bireysel seçme hürriyeti bilincinin gelişmesi bakımından zorunludur. Birey, kime, neyi, ne zaman açıklayacağını, neleri kendisinde saklı tutacağını kendi hür iradesiyle belirleyemiyorsa, seçimde bulunma, kendi hayatına dilediği gibi yön verme hürriyetinden de yoksundur (Bkz. **Okur**, s. 7). Haberleşmenin gizliliği ile özel hayatın gizliliği arasında sıkı bir ilişkinin bulunduğu konusunda bkz. **Özgenç**, Haberleşmenin Gizliliği, s. 117.

C. Kişilik Hakları Bakımından Değerlendirme

Temel hak ve özgürlükler içerisinde önemli bir yer tutan haberleşme hürriyeti, özel hayatın gizliliğinin bir unsuru olarak Anayasa'nın 22. maddesinde düzenlenmiştir⁵⁹. Bu kapsamda, haberleşme hürriyeti, hak öznesinin dilediği kimselerle dilediği biçimde haberleşmesinin engellenememesi ve bu haberleşmenin “**ilgililerin rızası olmadıkça**” diğer kimselerin müdahale alanlarından korunmasını ifade eder⁶⁰. Buradaki “ilgililer” kavramından kimlerin anlaşılması gerektiği, sorunun çözümü bakımından önem arz etmektedir. Belirtmek gerekir ki, haberleşme hürriyeti hem haberleşmenin içeriği hem de haberleşmenin yol ve yöntemleriyle ilişkili bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır⁶¹. Şu halde, en az iki taraflı bir iletişim faaliyetini konu edinen haberleşme hürriyeti, konuşmanın içeriği önem taşımaksızın⁶², haberleşmenin tarafı olan **HER BİR KİMSE** bakımından koruma alanı oluşturmaktadır. Bu koruma alanı, taraflardan birinin rızasını yeterli gören bir düzenlemeye yer verilmediği müddetçe, iletişimi kayıt altına alınan diğer tarafın rızasının varlığını gerektirir. Nitekim iletişimin hukuka uygun bir şekilde kayıt altına alınmak istendiği durumlarda (örneğin bir banka görevlisi ile müşteri arasındaki telefon konuşmasının kayda alınması), bu hususun karşı tarafa bildirilmesi ve ilgili tarafın rıza göstermesi halinde görüşmeye kayıt altında devam edilmesi, vardığımız sonucu destekleyen bir uygulamadır⁶³.

⁵⁹ Any m.22: “(1) Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. (2) Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.(3)İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.”

⁶⁰ **Kabaoğlu**, İbrahim: Özgürlükler Hukuku, 2002, s. 297; **Yokuş-Sevük**, s. 162.

⁶¹ **Gülsoy**, M. Tefrik: Haberleşme Hürriyetinin Anayasal Çerçevesi, in: Ceza Hukuku'nun Güncel Sorunları, (Kolokyum 8 Ekim 2010), s. 31.

⁶² **Gülsoy**, s. 31.

⁶³ Telefon görüşmeleri karşı tarafın açık izni halinde banda kaydedilebilir. Örneğin, konuşmanın başında “size daha iyi hizmet edebilmek için sesinizi kaydediyoruz” denilmesinin

Burada anti-tez olarak, “Zaten iletişimin içeriğine muhatap olan tarafın, üçüncü kişilere açıklamadığı sürece iletişimi kaydetmesi tek başına haberleşme hürriyetini zedeleyen bir durum değildir.” şeklinde bir görüş ileri sürülebilir ise de, kabul etmek gerekir ki kayıt altına alınan yaşam ile kayıt altına alınmayan bir yaşam arasında ciddi bir fark vardır⁶⁴. Bu nedenle, mevcut Anayasal ve yasal düzenlemeler karşısında, yapmış olduğu konuşmaların kayıt edilmek suretiyle sabitlendiğini, diğer bir ifadeyle konuşmalarına kalıcılık kazandırıldığını bilmek, iletişimin diğer tarafını oluşturan kimsenin en doğal hakkıdır. Aksi, kişilik haklarını ihlal eder⁶⁵.

Her ne kadar yöntemleri farklı olsa da, haberleşme aracıyla gerçekleştirilen konuşmaların korunmasını haklı kılan kişisel menfaatler, yüz yüze gerçekleştirilen konuşmalar bakımından da geçerliliğini korumaktadır. Kaldı ki, TCK m.133’deki “*tarafardan herhangi birinin rızası olmaksızın*” ifadeyiyle, konuşmaların kayda alınmasının hukuka uygun hale gelebilmesi için, rıza gösterilmesi konusunda *tarafaların hepsinin*⁶⁶ birlikte hak sahibi kılınmış

ardından, konuşulanların banda kaydedilmesi halinde, bu bant kayıtları her iki tarafça da delil olarak kullanılabilir. Nitekim, ikaza rağmen karşı tarafın konuşmaya devam etmesi, kayda rıza göstermiş sayılacaktır. Bkz. **Pekcanitez**, Hakan: Medeni Usul Hukuku’nda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi, Haluk KONURALP Anısına Armağan, 2009, s. 845-846. Yazarın vermiş olduğu örnek, rıza olmaksızın, iletişimin tek taraflı olarak kayda alınmasının hukuka aykırı bir yöntem olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

⁶⁴ Özellikle kayıt halinde, yaşanan hayat, olaylar sabitlenmekte ve kalıcı hale getirilmektedir (bkz. **Zafer**, Özel Hayat, s. 184).

⁶⁵ Konuya “*kişiliği serbestçe geliştirme hakkı*” çerçevesinde yaklaşan 1960 tarihli Alman Federal Mahkeme kararında konuşanın sesinin kaydedilip kaydedilmeyeceğini yalnızca kendisinin tespit etmesi gerektiği; aksi halde sesinin kaydedilip kendisine karşı kullanılacağı bilinci içinde yaşamının bireylerin düşüncelerini özgürce açıklamalarını engelleyeceği; bu durumun ise insanların konuşma biçimlerini etkileyerek birbirleriyle olan iletişimlerini zehirleyeceği vurgulanmıştır (Karar için bkz. **Sağlam**, s. 108). Gerçekten, kişinin hayatının belirli bir kesitinde (özel hayatında) kendisini korkusuzca ifade etmesi ve bu sayede kişiliğini geliştirmesi esastır. Kişinin özel hayat alanında değerlendirilen faaliyetleri yaparken veya bu faaliyetleri yerine getirirken çıkardığı seslerin izlenmesi, ses ve görüntü kaydeden aletlerle kaydedilmesi onun korkusuz bir şekilde bu faaliyetlerde bulunmasını engeller (bkz. **Zafer**, Özel Hayat, s. 184).

⁶⁶ Her ne kadar, gerekçe ve amaçsal yorum bu sonuca ulaşmayı haklı kılıyorsa da, kanımızca “*tarafardan herhangi birisinin rızası olmaksızın*” ifadesi doğru bir kullanım

olması, aslında konuşulanların kayıt altına alındığının bilinmesinde tarafların hepsinin menfaatinin bulunduğunu doğrulamaktadır. Buna göre, ister üçüncü kişi, ister konuşmaya katılanlarca olsun, bireylerin, karşısındakiyle yaptığı konuşmalarına kalıcılık kazandırıldığını bilmesi, Anayasa'nın 27. maddesinde düzenlenen kişinin manevi varlığı ile de yakından ilişkili bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ara Sonuç: Her ne kadar, ceza kanunlarından tanımlanmış bir suç tipini ihlal etmese de, aleni olmayan konuşmaların kayıt altına alındığının bilinmesi kişilik haklarının gereğidir. Burada çıkan anlama göre: **(1)** Haberleşme (iletişim) her iki taraf bakımından bir haktır; **(2)** Bu hakka yapılacak müdahale, kanuni istisnalar haricinde, **kural olarak** taraflardan her birinin bilgisi ve rızası dâhilinde olmalıdır. Haberleşmenin korunmasına esas teşkil eden hukuki yararlar, yüz yüze gerçekleştirilen konuşmaya katılan kimselerin yararlarıyla benzerlik gösterdiğinden; aynı kural söz konusu konuşmaya katılanlar bakımından da geçerliliğini korumaktadır. Fakat bu kuralın, suçun/suçlunun ortaya çıkarılması için iletişimin delil elde etmek

teşkil etmemektedir. Şöyle ki, hükmün karşıt anlamından “**taraflardan birinin rızasına dayanmak**”, “**taraflardan birinin rızasını almak**” suretiyle yapılan kayıtların hukuka uygun sayılabileceği yönünde, farklı bir yorum çıkarılabilmesi de mümkündür. Böylece, söz konusu yanlış kullanım, haberleşmenin gizliliğinde olduğunun aksine, kişiler arası yüz yüze konuşmalar bakımından, taraflardan “**herhangi birinin rızasının**” yeterli görülerek, -tıpkı ABD Federal Yasaları'nda olduğu gibi-, tek taraflı rıza sisteminin (*one-party-consent*) benimsendiği şeklinde bir algı oluşturmaya müsaittir. Taraflardan birinin rızasının, üçüncü kişinin bir konuşmayı kaydetmesini hukuka uygun hale getirebileceği şeklindeki yorum, söz konusu konuşmanın rıza gösterme yetkisine sahip olan tarafça bizzat kayıt altına alınmasının evleviyetle kabulünü gerektirir. Oysa normun amacı ve gerekçe, bu yoruma ters düşmektedir. Kabul edileceği üzere, TCK m.133/1'deki kayıt fiilini hukuka uygun kılmaya noktasında, taraflardan hepsinin birlikte rızasının aranacağını belirtmek için bu ifadeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Nitekim, TCK m.132/1 bakımından benzer bir ifadeye yer verilmemiş olmasına rağmen, aynı sonuca ulaşılabilmektedir. Çünkü söz konusu düzenlemenin, iletişime katılan herkesin hukuki yararını koruması, kayıt fiillerinin de iletişime katılan herkesin onayıyla hukuka uygun hale geleceği sonucunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, TCK m.133/1'den söz konusu ifadenin çıkarılmasının; eğer ki, bizce gerekli olmayan bu ifadeye mutlaka suç tipinde yer verilmek isteniyorsa, ifadenin “**taraflardan her birinin rızası olmadan**” yahut “**tarafların rızası olmaksızın**” şeklinde değiştirilmesinin amaca daha uygun olacağını düşünüyoruz.

amacıyla kayıt altına alınmasına bir engel oluşturup oluşturmayacağı, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler çerçevesinde ayrıca değerlendirilmelidir.

V. BİR SUÇA İLİŞKİN DELİL ELDE ETMEK AMACIYLA İLETİŞİMİN KAYIT ALTINA ALINMASININ HUKUKA UYGUNLUĞU SORUNUNA İLİŞKİN GÖRÜŞÜMÜZ

Bir önceki başlıkta da belirttiğimiz gibi, “*kural olarak*” iletişim, (1) iletişime katılan herkes bakımından bir haktır ve (2) iletişime yapılacak her türlü müdahale tarafların bilgisi ve rızası dâhilinde olmalıdır. Bu kuraldan sonra, “*istisna olarak*” suçun/suçlunun ortaya çıkarılabilmesi için delil elde etmek amacıyla, taraflardan birinin iletişimi gizlice kayıt altına almasının hukuka uygun olup olmadığı iki ayrı ihtimal göz önünde bulundurularak ele alınmalıdır. Buna göre;

-I-

Mevcut yahut İleride Gerçekleşmesi Muhakkak Saldırının Bilgisini İçeren Konuşmalar Bakımından: Öncelikle konuşmanın içeriği yaşama, vücut bütünlüğüne, kişi hürriyetine vs. yapılacak bir kötülüğün bilgisini içeriyorsa, yani tehdit söz konusuysa, ileride gerçekleşmesi muhakkak saldırının önlenmesi için, konuşmanın kayıt altına alınarak yetkili makamlara sunulması meşru savunma kapsamında değerlendirilmelidir (TCK m.25/1). Nitekim kayıt fiili, ileride gerçekleştirilecek saldırının yetkili makamların bilgisine sunulup, bertaraf edilmesi amacına yöneliktir ve hukuka uygundur. Aynı şekilde konuşma mevcut olan bir saldırının bilgisini içeriyorsa, -örneğin kaçırdığı kişi için fidye isteyen failin konuşması- ipucu elde edilip, saldırı altındaki mağdurun kurtarılması için iletişimin tek tarafı olarak kayıt altına alınması da meşru savunma olarak kabul edilmelidir.

-II-

Saldırının İletişim Esnasında Sona Erdiği Diğer Durumlar Bakımından: Hakaret, cinsel taciz, kişilerin huzur ve sükûnunu bozma vb. gibi saldırının iletişim esnasında sona erdiği haller ile ileride gerçekleşmesi muhakkak bir saldırının bilgisini içermeyen şantaj, korkutma gibi kişinin iç

huzurunu bozmaya yönelik tecavüzler, yukarıda eleştirisine de yer verildiği üzere meşru savunma kapsamında ele alınmaz. Alman doktrininde de belirtildiği gibi, burada mehz Alman Ceza Kanunu'ndaki hukuka aykırılığı ortadan kaldıran zorunluluk halinin uygulanmasına bir engel olmadığı belirtilebilir.

Oysa, TCK'daki zorunluluk hali, kusurluluğu etkileyen bir hal olarak kabul edildiğinde, tehlikeyi savuşturmak için gerçekleştirilen fiil hukuka aykırı kalmaya devam edecektir. Kaldı ki, hukuka uygunluk sebebi olma özelliği taşıdığı kabul edilse dahi; TCK'daki zorunluluk halinde, StGB 34'te yer almayan “**ağır tehlike**” koşuluna yer verilmesi zorunluluk halinin uygulama alanını daraltmaktadır. Böylece kanun koyucunun, -mazeret sebebi olan zorunluluk halini düzenleyen StGB 35'te olduğu gibi-, yalnızca yaşam, vücut ve kişi hürriyetine vb. yönelik, belirli yoğunluğa ulaşan tehlikeleri TCK m.25/2 kapsamına aldığı şeklinde bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Diğer taraftan, Borçlar Kanununda hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenen zorunluluk hali, açıkça mala verilen zararları koruma altına aldığı için, konumuzun kapsamı dışında kalmaktadır. Dolayısıyla, Alman Hukuku bakımından varılan bu sonucun, TCK m.25/2 kapsamında uygulama alanı bulması güç gözükmemektedir. Fakat, aynı sonuca varılabilmesi için, bu hususta iki farklı çözüm benimsenebilir:

Birincisi; söz konusu kayıt fiillerinin hukuka uygun sayılması konusunda, hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk haline ilişkin StGB 34'tekine bezer bir düzenlemeye yer verilmesinin mutlak bir ihtiyaç olmadığı söylenmelidir. Şöyle ki, bilindiği üzere, hukuka uygunluk sebepleri sınırlı sayı (*numerus clausus*) prensibine tabi değildir⁶⁷. Dolayısıyla, hukuka uygunluk sebepleri, hukuk düzeninin ortaya koyduğu mantık bütünlüğü içerisinde yazısız olarak da varlığını sürdürebilir. Nitekim, hukuk kaynağını yalnızca yazılı kurallardan almadığına göre, hukuka uygunluğun ölçütleri de yazılı kurallarla sınırlandırılmamalıdır. Bu çerçevede, çatışan hukuki yararlarla ilişkin olarak, bunlardan hangisine üstünlük tanınacağı konusunda yapılacak bir irdeleme sonucunda, **ölçülülük ilkesi** uyarınca üstün olan değere

⁶⁷ **Önder**, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 220; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s. 264, **Koca/Üzülmez**, s. 216.

öncelik tanınması, hukuk mantığının bir gereğidir⁶⁸. Belirlilik ilkesine aykırı bir uygulamanın önlenmesi için, hukuka uygunluk sebeplerinin yazılı hale getirilmesinde yarar bulunduğunu kabul etmekle birlikte⁶⁹; bu hususta yazılı bir kurala yer verilmese dahi, hukukun genel mantığı, üstün olan yararın, diğer yarara feda edilmesini haklı kılmaz. Ters bir ifadeyle, üstün nitelikteki yararın, diğer yarara tercih edilmesini “hukuka aykırı” olarak nitelendirmek, hukuk düzeni içerisinde bir çelişki yaratır. Dolayısıyla, TCK m.25/2’den bağımsız olarak, somut olayda gerçekleşen kayıt fiillerinin, *menfaat dengesi* ve *ölçülülük ilkesi* (*elverişlilik, gereklilik ve oranlılık*) çerçevesinde hukuka uygun olup olmadığına, mahkeme tarafından karar verilmesi konusunda herhangi bir engel bulunmamaktadır⁷⁰. Şu durumda, iletişim esnasından (örn. telefonda) anlık olarak gerçekleşen saldırıların cezalandırılmasını sağlamak amacıyla (=üstün yararın korunması), ses kaydı yapılmaksızın delil elde etme imkânının bulunmadığı durumlarda (=elverişli ve gerekli), karşı tarafın bilgisi dışında yapılan gizli ses kaydının (=orantılı), somut olayın koşulları çerçevesinde hukuka uygun olduğunu söyleyebiliriz.

Bu yoruma karşı olarak, olayda hukuka uygunluktan söz edilebilmesi için illaki dayanak bir hükme ihtiyaç duyulduğu ileri sürülürse, *ikinci çözüm yöntemi olarak* hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk haline yaklaşan “yazılı” diğer hukuka uygunluk sebeplerinin soruna uygulanabilirliği tartışılabilir:

⁶⁸ Hakların çatışması teorisine göre, iki hak çatıştığında devlet bunlardan üstün olanı korur, diğerini feda eder. Üstün bir hakkın kendisine göre daha az üstün bir hakla çatışmaya girmesi halinde, iki hakkın bir arada bulunması söz konusu olmadığından, üstün hak, kendine göre daha az üstün olana tercih edilecektir. Bu nedenle, çatışan değerlerden korunmaya alınan üstünse, fiil hukuka uygun kabul edilmelidir (bkz. **Hafizoğulları**, Zeki: Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve Üçüncü Kişiyi Kurtarma, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, C.28, S.1-4, Y.1971, s. 102-103; **Özbek/Doğan**, s. 202-203; **Kangal**, s. 228). *Anglo Sakson* hukuk sistemi de aynı esastan hareket edilmekte, daha üstün yararı korumak adına gerçekleştirilen fiillere izin verilmektedir (bkz. **Arnolds**, Edward B./**Garland**, Norman F.: The Defense Of Necessity In Criminal Law: The Right To Choose The Lesser Evil, The Journal Of Criminal Law & Criminology, Vol:65, No:3, 1975, s. 296 vd.).

⁶⁹ **Koca/Üzülmez**, s. 216.

⁷⁰ Konumuzdan bağımsız olarak, bu gibi durumlarda ceza hâkiminin, CMK m.223/2-d kapsamında *beraat kararı* vermesinin mümkün olduğunu da eklemek istiyoruz.

İşlenmekte olan bir suçu kayıt altına almak, tecavüze uğrayan hakkın korunması noktasında bir tedbir olarak karşımıza çıkmaktadır. Fakat bilindiği üzere, hakları ihlal edilen kimseler, ihlal edilen haklarını bizzat zor kullanarak geri alamaz. Nitekim, tecavüze uğrayan hakların korunması ve geri alınması noktasında zor kullanma yetkisi devlete aittir⁷¹. Şu halde, söz konusu yetkileri kapsayan tedbirler de kanunların çizdiği sınırlar dâhilinde devlet organları tarafından yerine getirilmelidir. Oysaki, bazı durumlarda tecavüze uğrayan bir hak için yetkililere başvurmak, işi geciktirerek hakkın korunmasını büsbütün imkânsızlaştırabilir. Bu durumu göz önünde bulduran kanun koyucu, istisnai hallerde bireylere tecavüze uğrayan hakların korunması noktasında müdahalede bulunma yetkisi vermekte ve bu çerçevede gerçekleştirilen davranışları hukuka uygun kabul etmektedir. Bu müdahale yetkisinin kaynaklarından biri de “KENDİ HAKKINI BİZZAT KORUMA” halidir⁷².

6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu’nun “Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Haller” başlığı altında yer verilen m.63/2’te, “*yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması*” hukuka uygun bir fiil olarak düzenlenmiştir⁷³. Devamı maddede de (m.64/3), kişinin kendi hakkını bizzat korumasına ilişkin olarak “*Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının*

⁷¹ Aybay, Rona, Borçlar Hukuku Dersleri, 7. Bası, İstanbul 1981, s. 79.

⁷² Borçlar hukukunda ele alınan söz konusu hukuka uygunluk sebebi konusunda Bkz. Eren, Fikret: Borçlar Genel Hukuku, 14. Bası, Ankara 2012, s. 611-613; Akman, Servet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 488-489. Aybay, s. 79. Örneğin, jandarmanın gelinceye kadar müşterinin otelden ayrılmasını engellemek bu kapsamda değerlendirilebilir. Bkz. Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2010, s. 508.

⁷³ Kendi hakkını bizzat koruma hukuka uygunluk hali, yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu m.52/3’te düzenlenmekteydi. Maddeye göre: “*Kendi hakkını vikaye için cebri kuvvete müracaat eden kimse hal ve mevki nazarın zamanında hükümetin müdahalesi temin edilemediği yahut hakkının ziyaa uğramasını yahut hakkının kullanılması hususunun pek çok müşkül olmasını menî için başka vasıtalar mevcut olmadığı takdirde, bir güne tazminat itasıyle mükellef olmaz.*”

önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.” denilerek, söz konusu hukuka uygunluk sebebinin hangi koşullarda uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir. Buna göre, içeriği suç oluşturan iletişimi kayıt altına alan mağdurun “kendi hakkını bizzat koruma” hukuka uygunluk hali içerisinde hareket ettiğinin kabulü için:

- **Başkasının hakkına yapılan müdahalenin, bir hakkın korunması amacıyla yapılmış olması gerekir:** Hakaret, şantaj, korkutma yahut cinsel içerikli veya kişilerin huzur ve sükûnunu bozan telefon görüşmelerinin, karşı tarafın bilgisi olmaksızın mağdur tarafından kaydedilmesi şeklinde gerçekleştirilen müdahale, saldırıya uğrayan şeref, saygınlık, huzur ve sükûn yahut cinsel bütünlük/dokunulmazlık gibi hakların yetkili makamlar nezdinde korunmasını sağlama amacına yönelik bir tedbirdir.
- **Yetkili organların zamanında müdahalesinin mümkün olmaması gerekir:** O anda telefondaki sözlü saldırı anlık olarak ve yalnızca iletişimin tarafını oluşturan iki kişi arasında gerçekleştiği için böyle bir durumda yetkili organların zamanında müdahale etmesi mümkün değildir.
- **Müdahale ölçülü olmalıdır:** Hakaret, tehdit, cinsel saldırı gibi fiillerin ihlal ettiği değerler ile mağdurun telefon görüşmesini kayda almak suretiyle faile karşı ihlal edilen değer göz önünde bulundurulduğunda, fiilin ölçüsüz olduğu söylenemez. Nitekim, kayıt yapılması suç olgusunun ortaya konulması bakımından elverişli, başka yolla elde etme imkanı olmadığı için gerekli ve amaç ile araç unsuru bakımından da orantılıdır.

Koşullarının somut olaya uygulanış şeklinden de anlaşılacağı üzere, her ne kadar, hukukumuzda StGB § 34’te olduğu gibi hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk haline yer verilmemiş olsa da, incelemekte olduğumuz konuyla bağlantılı olarak, “*kendi hakkını koruma*” hukuka uygunluk sebebinin, “*hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali*”nin benzer bir görünüş biçimini oluşturduğu söylenebilir:

	Kendi Hakkını Bizzat Koruma (YBK m.63/2)	Hukuka Uygunluk Sebebi Zorunluluk Hali (StGB § 34)	
➤ Kişilerin telefon yoluyla gerçekleştirilecek saldırılar karşısında korumasız olması, telefon terörü	Hakkın korunmasını imkânsızlaştırması (=saldırıya açık olma)	Tehlikenin varlığı (saldırıya açık olma=devam eden tehlikelilik hali)	✓
➤ Saldırıya uğrayan (şeref, cinsel özgürlük gibi) hakların korunması	Hakkın korunması amacına yönelik olması	Hakkın korunması amacına yönelik olması	✓
➤ Saldırının anlık gerçekleşmesi	Yetkili organların zamanında müdahalesinin mümkün olmaması (=başka türlü önleme imkânsızlığı)	Tehlikenin başka türlü önlenmesinin mümkün olmaması	✓
➤ Bir tarafta haberleşme hürriyeti diğer tarafta şeref ve saygınlık, cinsel özgürlük, huzur ve sükûn	Müdahalenin ölçülü olması (=menfaatler dengesini gözetme zorunluluğu)	Tehlike altındaki yararın, ihlal edilen yarardan üstün olması	✓

Vermiş olduğumuz bilgilerden sonra, anlık olarak gerçekleştirilen konuşma içeriklerinin ortaya konulabilmesi ve bu konuşmaların ihlal ettiği hukuki yararların yetkili organlar nezdinde korunabilmesi amacıyla, iletişimin mağdur tarafından gizlice kayıt altına alınması “*kişinin kendi hakkını koruması*” çerçevesinde hukuka uygun bir fiil olarak ele alınabilir. Şu

durumda, hukuk düzeninin teklifi esas olduğuna ve mağdur tarafından yapılan iletişim kayıtları hukuk düzenine ters düşmediğine göre,⁷⁴ Anayasa m.38 karşında SÖZ KONUSU KAYITLARIN GEREK CEZA YARGILAMASI GEREKSE DE MEDENİ YARGILAMADA KULLANILMASININ ÖNÜNDE HERHANGİ BİR ENGEL BULUNMAMAKTADIR.

-III-

Salt delil elde etme amaçlı telefon görüşmelerinin kayıt altına alınması: Önemle vurgulamak gerekir ki, yukarıda vardığımız sonuç, kendisine yahut başkasına karşı suç işlenen kimsenin, suça ilişkin delil toplamak üzere kendisiyle yapılan her görüşmeyi kaydedebileceği anlamına gelmemektedir! Nitekim **DAHA ÖNCE İŞLENMİŞ BİR SUÇA İLİŞKİN DELİL ELDE ETMEK AMACIYLA GÖRÜŞMENİN KAYDEDİLMESİ** ile **BİZZAT İLETİŞİM ESNASINDA İŞLENEN SUÇUN (TELEFON TERÖRÜ) KAYIT ALTINA ALINMASI** aynı şeyi ifade etmemektedir. Örneğin, telefonda işlenen hakaret suçuna ilişkin sözlü saldırının kayıt altına alınması ile kasten adam öldürme suçuna ilişkin olarak faille yapılan konuşmanın delil elde etmek amaçlı kayıt altına alınması birbirinden ayırt edilmelidir. Bu nedenle, adli makamlara ihbarda bulunmadan önce, delil elde ederek bir iddianın ispatını kuvvetlendirmek adına, daha önce işlenmiş bir suça ilişkin bilgi içeren konuşmaların iletişim sırasında tek taraflı olarak kayıt altına alınması ayrıca değerlendirilmelidir.

Alman Mahkemeleri, medeni yargılama hukukuna ilişkin olarak vermiş oldukları bazı kararlarda da StGB § 32 (*meşru müdafaa*) ile § 34'e (*hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali*) göndermede bulunmuş; delil elde etmek için başkaca bir imkânın bulunmaması halinde, dava taraflarından birinin, gizlice yapılmış telefon görüşme kayıtlarını ispat aracı olarak kullanmasının hukuka uygun kabul edilmesi gerektiğini belirterek, söz konusu kayıtları delil değerlendirme yasağı kapsamına almamıştır⁷⁵. Medeni yargıda kural olarak taraflarca hazırlama ilkesi geçerli olduğundan, maddi gerçeğin

⁷⁴ **Dönmezer/Erman**, s. 10; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s. 262; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 266; **KocaÜzülmez**, s. 212.

⁷⁵ LAG Berlin vom 15.02.1988-9 Sa 114/87. Benzer şekilde BGH vom 24.11.1981- VI ZR 164/79, (Kararlar için bkz. <http://beck-online.beck.de>).

ortaya çıkarılması için resmi makamların dinleme kararı alarak olayı aydınlatması mümkün değildir. Dolayısıyla, bir taraftan ispat hakkı diğer taraftan haberleşme hürriyetine ilişkin yararlar karşılaştırıldığında, “**başka bir şekilde kullanılma imkânı olmayan**” ispat hakkına hukuk düzeninin sırt çevirmemesi menfaatler dengesini esas alan hukuk mantığına ters düşmediği söylenebilir; en azından tartışılabilir. Fakat, ceza yargılamasında, maddi gerçeği ortaya koymakla yükümlü olan adli makamların iletişimin denetlenmesi yoluna başvurması imkân dâhilindedir. Daha önce işlenmiş bir suç varsa, koşulları dâhilinde, suçun faili hakkında ilgili merciler tarafından iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanıp, suçun/suçlunun kamu gücü eliyle ortaya çıkarılması sağlanabilir. Şu durumda, ceza yargılamasındaki yasal ispat yolları daha geniştir. Bu nedenle, imkân varken yetkili mercilere gerekli ihbarda bulunmaksızın, işlendiğini düşündüğü suça ilişkin “gizlice ses kaydı yapmak suretiyle” delil elde etmeye çalışarak, adeta fiili bizzat soruşturmaya kaklı-şan kişinin davranışı hukuka aykırı bir yöntem olarak değerlendirilmelidir. Aksi kabul, hem özel kişileri potansiyel bir detektif haline dönüştürür, hem de yetkili merciin kararı olmaksızın özel kişiler üzerinden delil elde edilebilmesine yönelik kötüye kullanımı gündeme getirebilir.

Buna karşılık, zorunluluk haline ilişkin yorumdan hareketle, somut olayın koşulları gereğince adli makamlara o anda başvurma imkânının olmadığı **bazı istisnai** durumlarda, fail hakkında ipucu elde edilebilmesi için telefon görüşmesinin kayıt altına alınması da hukuka uygun kabul edilebilir. Nitekim, delil olmadığı için suçun failinin bulunamaması ve/veya cezalandırılmaması -örneğin faili meçhul bir kasten öldürme suçunun failinin serbestçe dolaşması- bir **tehlikelilik** (*Dauerngefahr*) arz etmektedir. Yetkili makamlarca dinleme kararı alınmamışken, beklenmedik bir şekilde anlık olarak gerçekleştirilen telefon görüşmesinin bir ipucu ortaya koyması, görüşmenin kayıt altına alınmasını **zorunlu** kılmaktadır. Bu noktada ses kaydı tek başına yeterli delil kabul edilmese de, yapılan kayıttan hareketle başka delillerin elde edilmesi yahut eldeki delillerle desteklendiğinde mahkûmiyete engel şüpheyi gidermesi, tehlikenin önlenmesi bakımından kaydın **gerekli-liğini** ortaya koymaktadır. Aynı durum, kendisine iftira atıldığı için, hapis cezası tehdidiyle karşı karşıya kalan sanıklar bakımından da geçerlidir. Özellikle, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin pas geçildiği cinsel suçlara ilişkin yargılamalarda, mağdurun suçlayıcı açıklamalarından başkaca bir

delil bulunmadığı halde, hapis cezasına mahkûm olma tehlikesiyle yargılanan (hatta tutuklu olarak) sanığı kurtarmak için, mağdur ile yapılan iletişimin kayıt altına alınıp, söz konusu iddiaların iftiradan ibaret olduğunun ortaya konulmasını, hukuka uygun kabul etmek gerekir. Fakat başkasına ait hakkın korumasını kapsama almayan TBK m.63'ün uygulanabilirliği bu ve benzer bazı durumlarda tartışmalı hale gelebilir. Bu bakımdan, yukarıda da bahsettiğimiz üzere, sorunun hakların çatışması teorisi çerçevesinde çözüme kavuşturulmasının daha sağlıklı bir yöntem olacağı düşünülebilir.

SONUÇ YERİNE

Aslında buradaki temel sorun, bir hukuki değer başkaca bir hukuki değeri ihlal etmeksizin korunmasının mümkün olmadığı durumlarda, hukuk düzeninin bunlardan hangisine üstünlük tanıyacağıyla ilgilidir. Nitekim, gerek Anglo Sakson hukuk sistemini benimseyen Amerika, gerekse Kıta Avrupa'sı hukuk sistemini benimseyen Almanya'daki doktrin ve yargı kararlarında geçen tartışmalar, sorunun merkezinde hukuki değerler, yani menfaatler çatışması olduğunu açıkça gözler önüne sermektedir. Bu durumda sorunun çözümü de, "*Hangi koşulların varlığı halinde bir hukuki değer ihlali, tehlike altındaki diğer hukuki değere feda edilecek ve fiil hukuka uygun sayılacak yahut maruz görülecektir?*" sorusuna verilecek yanıtla açıklığa kavuşturulacaktır. İşte, meşru savunma ve hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali, temelinde bu sorunla ilgilenen birer kurum olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁶. Dolayısıyla, meşru savunmaya ilişkin hükümlerin yetersiz kaldığı durumlar bakımından, Alman hukukunda olduğu gibi bizim hukuk sistemimizde de *hukuka uygunluk sebebi* ve *mazeret sebebi* olan zorunluluk hali ayırımının gözetilmesinin önemli olduğu düşünüyoruz.

Fakat, "**olan hukuk**" açısından her ne kadar sorunu meşru savunma ve zorunluluk hali/kendi hakkını koruma hukuka uygunluk sebepleri çerçeve-

⁷⁶ Zorunluluk halinin kökenini açıklayan görüşlerden çatışma kuramı için bkz. **Hafızoğulları**, s. 102 vd.; **Özbek/Doğan**, s. 202. *Özbek/Doğan*'ın da ifade ettiği üzere "*zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi olduğu durumlarda, zorunluluk hali altında hareket eden kişiye ceza verilmemesinin sebebi, birbiriyle çatışan iki hukuki yarardan üstün olunan fail tarafından tercih edilmiş olmasıdır. Bu durum objektif olarak bu durumda kalan herkes için hukuka uygundur.*" Bkz. **Özbek/Doğan**, s. 203.

sinde çözüme kavuşturmaya çalıştıysak da, “**olması gereken hukuk**” açısından ek bir değerlendirme yapma ihtiyacı duyuyoruz. Şöyle ki, kabul edileceği üzere, gerek yüz yüze gerekse telefon vb. gibi araçlar vasıtasıyla gerçekleştirilsin, önceden veya iletişim esnasında işlenmiş bir suça ilişkin olarak delil elde etmek amacıyla karşı tarafın bilgisi dışında kayıt yapılması münferit bir vakıa olmaktan uzak olup, sıklıkla başvuru bir yöntem halini almıştır. Özellikle gelişen teknolojiyle birlikte mekân ve zaman tanımaksızın, hızlı ve kolay bir şekilde iletişime geçilebilmesinin mümkün hale gelmesi, bir taraftan bahse konu suçların işlenme sıklığını arttırmakta, diğer taraftan muhatap olduğu suçları başka türlü ispat olanağından yoksun olan kişileri, iletişimi kayıt altına almak gibi, olayın özel şartları dâhilinde psikolojik açıdan makul karşılanabilir bir savunma/davranış modeline sürüklemektedir. Böylesi bir sosyolojik olgu karşısında, taraf oldukları iletişim esnasında özel kişilerce elde edilen gizli ses kayıtlarının delil niteliğine ilişkin düzenleme yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Bu düşüncemizi somutlaştırmak adına, bir öneri olarak; *“Meydana geliş anı itibariyle, kovuşturma makamlarının olaya zamanında müdahalesinin mümkün olmadığı, fakat suçun/suçlunun aydınlatılması için gerekli olduğu konusunda makul bir izlenim uyandıran konuşmaların, iletişime katılan taraflarca kayıt altına alınması mümkün olup, bu suretle elde edilen kayıtların delil olarak değerlendirilebileceği”* şeklinde, sorunun çözümüne yardımcı, benzer nitelikte düzenlemeler üzerinde tartışılmasını faydalı buluyoruz.

KAYNAKÇA

- Akman**, Servet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.
- Arnolds**, Edward B./**Garland**, Norman F.: The Defense Of Necessity In Criminal Law: The Right To Choose The Lesser Evil, The Journal Of Criminal Law & Criminology, Vol:65, No:3, 1975.
- Aybay**, Rona: Borçlar Hukuku Dersleri, 7. Bası, İstanbul 1981.
- Bast**, Carol M.: Conflict of Law and Surrptitious Taping of Conversations, New York Law School Law Review, Vol:54, 2009/10, (*Bast, Conflict Law*).
- Bast**, Carol M.: Eavesdropping in Florida: Beware a Time-Honored But Dangerous Pastime, Nova Law Review, Vol:21:431, 1996-1997, (*Bast, Nova Law Review*).
- Bast**, Carol M.: What's Bugging You? Inconsistencies and Irrationalities of the Law of Eavesdropping, 47 DePaul Law Review 837 (1998), (*Bast, What's Bugging You?*).
- Başbüyük**, İsa: Yargının Etkinliğinin Arttırılmasında Gerekçenin Rolü, Prof. Dr. Erdal Onar Armağanı, C:II, 2013.
- Collins**, Sue Carter: in: Criminal Procedure and the Supreme Court: A Guide Major Decisions on Search and Seizure, Privacy and Individual Rights (edt: *Del Carmen*, Rolando/*Hemmens*, Craig), Lanham, 2010.
- Del Carmen**, Rolando: Criminal Procedure:Law and Practice, 7. Edition, Belmont 2007.
- Doyle**, Charles: Wiretapping, Tape Recorders, and Legal Ethics: An Overview of Questions Posed by Attorney Involvement in Secretly Recording Conversation, CRS Report for Congress, 2012, (<http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R42650.pdf>).
- Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:II, 12. Bası, İstanbul 1999, s. 10.

- Erdağ**, Ail İhsan: İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi, TBBD, 2011 (92).
- Eren**, Fikret: Borçlar Genel Hukuku, 14. Bası, Ankara 2012.
- Freund**, Georg: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Marburg 2008.
- Graf**, Jürgen-Peter: Münchener Kommentar zum StGB, 1. Auflage 2003.
- Gülsoy**, M. Tevfik: Haberleşme Hürriyetinin Anayasal Çerçevesi, in: Ceza Hukuku'nun Güncel Sorunları, Kolokyum 8 Ekim 2010.
- Hafizoğulları**, Zeki: Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve Üçüncü Kişiyi Kurtarma, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, C.28, S.1-4, Y.1971.
- Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Ankara 2011.
- Kabaoğlu**, İbrahim: Özgürlükler Hukuku, 2002.
- Kangal**, T. Zeynel: Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Ankara 2010.
- Kargl**, Walter: *Kindhauser/Neumann/Paeffgen*, Strafgesetzbuch 3. Auflage 2010.
- Kaymaz**, Seydi: Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2009.
- Knowlton**, Thomas A.: Interceptors and Innocent Recipients: Applying the Federal Wiretapping Law's Exclusionary Rule to Private Participant Monitoring, Boston College Law Review, Vol:29, Issue 4-5, 1988.
- Koca**, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2011.
- Koca**, Mahmut: Haberleşmenin, Konuşmanın ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, in: Ceza Hukuku'nun Güncel Sorunları, Kolokyum 8 Ekim 2010.
- Kühl**, Kristian: Strafgesetzbuch Kommentar, *Lackner/Kühl*, 27. Auflage, München 2011.
- Leckner**, Theodor/Eiseleg, Jörg: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch 28. Auflage 2010.

- Maurach**, Reinhart/**Zipf**, Heinz: Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Heidelberg 1983.
- Meraklı**, Serkan: Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi, CHD, S:12, Nisan, 2010.
- Meran**, Necati: Açıklamalı- İctihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Ankara 2007.
- Oğuzman**, M. Kemal/ **Öz**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2010.
- Okur**, Nurdan: Anayasa Hukuku Açısından Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, GÜSBE, Ankara 2010.
- Önder**, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray: Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukuki Niteliği, DEÜHFD, C: 9, S: 2, 2007.
- Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, M. Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2011, (*Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Muhakeme*).
- Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, M. Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, 2012, (*Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler*).
- Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, M. Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, 2012, (*Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler*).
- Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara 1995.
- Özgenç**, İzzet/**Şahin**, Cumhur: Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Bası, Ankara 2001.
- Özgenç**, İzzet: Haberleşmenin, Kişiler Arası Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, in: Ceza Hukuku'nun Güncel Sorunları, (Kolokyum 8 Ekim 2010), (*Özgenç, Haberleşmenin Gizliliği*).
- Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2010, (*Özgenç, Genel Hükümler*).

- Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2008.
- Pekcanıtez**, Hakan: Medeni Usul Hukuku'nda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi, Haluk KONURALP Anısına Armağan, 2009.
- Sağlam**, Fazıl: Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı, C:30, S.1-4, 1977.
- Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005.
- Şen**, Ersan: Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, 2. Baskı, Ankara 2008.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Rıfat Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8. Bası, Ankara 2012.
- Tröndle**, Herbert/**Fischer**, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 52. Aufbau, München 2004.
- Ünver**, Yener/**Hakeri**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2011.
- Wessel**, Johannes/**Beulke**, Werner: Strafrecht Allgemeiner Teil, 41. Auflage, Heidelberg 2011.
- Yaşar**, Osman/**Gökcan**, Hasan Tahsin/**Artuç**, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C:III, Ankara 2010.
- Yokuş-Sevük**, Handan: Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.16-19, 2007-2008.
- Zafer**, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, (*Zafer, Genel Hükümler*).
- Zafer**, Hamide: Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m.132-134), İstanbul 2010, (*Zafer, Özel Hayat*).