

**4422 SAYILI ÇIKAR AMAÇLI SUÇ ÖRGÜTLERİYLE  
MÜCADELE KANUNU ÇERÇEVESİNDE  
UZAKLA HABERLEŞMENİN DENETLENMESİ**

Yrd. Doç. Dr. Mustafa R. ERDEM/Yrd. Doç. Dr. V. Özer ÖZBEK\*

**G İ R İ Ş**

Haberleşmenin denetlenmesi güncelliğini her zaman korumaktadır. Özellikle cep ve araç telefonlarının yaygın kullanımı, teknolojinin aynı anda yüzlerce telefonun dinlenebilir hale gelmesini sağlaması, soruşturma makamlarının haberleşme araçlarını keyfi olarak denetlediği ve çoğu zaman bu konudaki belgelerin dosya dışında tutulduğu ve böylece ilgililerin denetimi dışına çıkarıldığı yönündeki iddialar konuyu gündemde tutan başlıca nedenler olarak sayılabilir.

Gerçekten iletişim teknolojisinde görülen baş döndürücü gelişmeler, ceza muhakemesinde bir koruma tedbiri olarak uzakla haberleşmenin denetlenmesi yoluyla delil elde edilmesi zorunluluğunu da beraberinde getirmiştir. Özellikle organize suçlulukla mücadelede<sup>1</sup> bu koruma tedbirine büyük önem verilmektedir. Ne var ki, bugün söz konusu tedbir, organize suçluluğa karşı mücadelede etkinliğini önemli ölçüde yitirmiş durumdadır. Çünkü genellikle suç organizasyonları, örgüt bağlantıları ve işlenmiş veya işlenecek suç hakkında bu tür haberleşme araçları vasıtasıyla bilgi vermeme veya yanıltıcı bilgi verme veya şifreli konuşma yolunu seçmektedirler. Bu nedenle batı ülkelerinde organize suçlulukla mücadele amacıyla getirilen ve genellikle gizlilik niteliği taşıyan özel soruşturma tedbirlerinin alanı oldukça genişletilmiştir<sup>2</sup>. Her ne kadar bazı yazarlar telefon dinlemenin bu tedbirlerin

---

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Kavram için bkz. **Öztürk Bahri/Erdem Mustafa R./Özbek V. Özer, Bahri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara 1999, no. 348.1 vd.; **Özek Çetin, Organize Suç, Kunter Armağanı**, İstanbul 1998, s.195 vd.; **Sözüer Adem, Organize Suçluluk Kavramı ve Batı Ülkelerinde Bu Suçlulukla Mücadele İle İlgili Gelişmeler**, Hukuk Araştırmaları 1995, s.256 vd.; **Dönmezer Sulhi, Çağdaş Toplumda Şiddet ve Mafya Suçları**, Cogito Kış-Bahar'96, s.215 vd.; **Erdem Mustafa R., Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri** (basılmamış doktora tezi), İzmir 1997, s.6 vd.

<sup>2</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Öztürk/Erdem/Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku**, no. 348.1 vd.; **Öztürk Bahri, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, Ankara 1995, s.68 vd.; **Erdem, Gizli Soruşturma Tedbirleri**, s.37 vd.

"*ağabeyi*" olduğunu belirtmekte iseler de<sup>3</sup>, uzakla haberleşmenin denetlenmesinden farklı olarak, bu tür tedbirlerin ayrıca ve ayrıntılı bir şekilde yasal dayanağa kavuşturulmasının gerekliliği henüz yeterince tartışılmış değildir. Hatta bu yüzden telefon dinlemeyi bir bakıma artık "*klasikleşmiş*" bir tedbir olarak nitelendirmek yanlış olmaz. Nitekim geçmiş dönemde *telefon dinleme*, yakın zamanlarda ise *uzakla haberleşmenin denetlenmesi* adı altında bu tedbire ilişkin tartışmalar uzun süreden beri yürütülmektedir. Ülkemizde zaman zaman başbakanından, ana muhalefet partisi liderine kadar herkes telefonlarının dinlendiğinden yakınmaktadır. Hele Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkını ve Mahkemenin zorunlu yargı yetkisini kabul etmesi karşısında, sorun, ileride Türkiye'nin mahkum edilmesi gibi ciddi bir boyut da kazanmış bulunmaktadır. Bu bakımdan söz konusu tedbirin bir an önce yasal bir düzenlemeye kavuşturulması ve zaten başıboş olan uygulamaya bir çekidüzen verilmesi konusundaki görüşler yankı bulmuş ve 30.07.1999 tarih ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu<sup>4</sup> ile bu konudaki boşluk giderilmeye çalışılmıştır.

## I. TERİM

Ülkemizde *uzakla haberleşmenin denetlenmesi* teriminin kullanılması konusunda yazarlar arasında görüş birliği yoktur. TOSUN, "*telefon konuşmalarının koruma tedbiri olarak gizli dinlenmesi*" terimini kullanırken<sup>5</sup>, YURTCAN "*haberleşme araçlarının dinlemeye alınması*"<sup>6</sup>, CİHAN/YENİSEY<sup>7</sup> ve CENTEL<sup>8</sup>, "*haberleşme-nin denetlenmesi*", YENİSEY<sup>9</sup>, "*uzakla haberleşmenin kontrol edilmesi*" başlığını kullanmaktadır. Yine söz konusu tedbir karşılığı, ÖZTÜRK "*telefon, faks, teleks, bilgisayar gibi araçlarla yapılan haberleşmenin gizlice denetlenmesi*"<sup>10</sup>, ve nihayet GÖKÇEN ve SÖZÜER, "*telefon, teleks, faks gibi araçlarla yapılan haberleşmenin denetlenmesi*"<sup>11</sup> terimini tercih etmektedirler. Bununla birlikte 4422 sayılı Kanun'un

<sup>3</sup> **Diederich**, Die Telefonüberwachung. Oder: Die ältere Schwester des Lauschangriff, in: Bürgerrechte und Polizei 1994, 3, s. 63 vd.

<sup>4</sup> RG. 01.08.1999-23773

<sup>5</sup> **Tosun** Öztekin, Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme, İÜHFİM, C. 41, 1976, s.85 vd.

<sup>6</sup> **Yurtcan** Erdener., Ceza Yargılaması Hukuku, 5.Bası, İstanbul 1994, s.349.

<sup>7</sup> **Cihan** Erdener/**Yenisey** Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2.Bası, İstanbul 1997, s.258.

<sup>8</sup> **Centel** Nur, Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler, Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1995, s.77 vd.

<sup>9</sup> **Yenisey** Feridun, Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1987, s.138.

<sup>10</sup> **Öztürk**, Delil Yasakları, 60.

<sup>11</sup> **Gökçen**, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi), Ankara 1994, s.188; **Sözüer** Adem, Türkiye'de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi, İHFİM 1997, Türkan Rado'ya Armağan, C.LV, S.3, s.64, 70.

2. maddesinde ise "*iletişimin dinlenmesi veya tespiti*" terimi kullanılmıştır. Kanımızca "*uzakla haberleşmenin denetlenmesi*", terimi konuyu daha iyi ifade ettiği için tercih edilmelidir. "*Dinlemeye alınma*" yeterli bir terim değildir. Zira haberleşme araçlarının hepsi sadece dinlenebilir değildir. Faks gibi bazı haberleşme araçları sadece okunabilir. "*Telefon konuşmalarının gizlice dinlenmesi*" terimi de sadece telefon dinlemeyi esas aldığı için yeterli değildir. Kanaatimizce bir kere burada *telefon dinleme* terimi yetersiz kalmaktadır. Çünkü haberleşmenin denetlendiği araçlar, hele günümüzdeki teknolojik gelişme karşısında, yalnızca telefondan ibaret değildir. Öte yandan *-gizli- dinleme* terimi de, bir taraftan tedbirde yalnızca dinleme değil, aynı zamanda kayıt da yapılabilmesi; diğer taraftan *gizli dinlemenin*, haberleşme araçları dışında bulunulan ortamda yapılan konuşmaların dinlenmesini de içermesi nedeniyle yetersiz kalmaktadır. Bunun gibi *haberleşmenin denetlenmesi* terimi de tek başına yetersiz olup, sanki yüz yüze yapılan konuşmanın da bu tedbirin kapsamına dahil olduğu gibi bir izlenim uyandırmaktadır. Bu nedenle aynı yerde bulunmayan iki kişi arasında - araya telefon, teleks, faks, bilgisayar gibi bir vasıta sokularak- yapılan haberleşmeyi ceza koşturması amacıyla denetlemeyi ifade etmek üzere *uzakla haberleşmenin denetlenmesi* terimini kullanmayı uygun bulduk<sup>12</sup>. Bu nedenlerle çalışmamızda yukarıda belirttiğimiz nedenlerle kavramı ortaya koymakta yetersiz kalan "*iletişimin dinlenmesi ve tespiti*" biçimindeki yasal terimi de özenle kullanmaktan kaçınmak durumunda kaldık.

<sup>12</sup> Buradaki uzak terimi, araya bir vasıta sokulması anlamına gelmektedir. Yoksa haberleşen kişilerin uzak mesafelerde olması anlamına gelmez. Pekala yan yana bulunan iki ayrı odadaki kişilerin telefon vb. araçlarla haberleşmeleri de uzakla haberleşmedir. Bu çalışmada "*Telefon, teleks, faks gibi haberleşme araçları*" veya "*telekomünikasyon*" terimi de kullanılabilirdi. Ancak bunlardan ilki oldukça uzun, ikincisi ise yine açıklanmaya muhtaç bir terimdir.

Öte yandan mehzızı oluşturan Alman CMUK da bu konuda "Fernmeldeverkehr" terimini kullanmakta olup, Alman CMUK 100a'nın başlığı "Überwachung des Fernmeldeverkehrs"dir. Bu terim doktrinde de aynı şekilde kullanılmaktadır. Bkz. **Kleinknecht/Meyer-Gossner**, Strafprozessordnung, Mit GVG und Nebengesetzen, 41. Aufl., München 1993, s.353 vd.; **Roxin**, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., München 1998, § 34 no. 8 vd.; **Löwe-Rosenberg**, StPO Grosskommentar, 24.Aufl.,Berlin Newyork 1986, s.134 vd.; **Gössel**, Strafverfahrensrecht, Stuttgart Berlin Köln Mainz 1977.

**II. BENZER KAVRAMLA MUKAYESESİ:  
KONUŞMALARIN TEKNİK ARAÇLARLA DENETLENMESİ,  
ÖZELLİKLE SES ALMA VE KAYDETME**

Son yıllarda organize suçlulukla mücadele çerçevesinde başvuru ceza muhakemesi tedbirlerinden biri de, şüpheli veya sanığın ses veya görüntü kaydeden araçlar yardımıyla denetlenmesidir. Nitekim **gizli izleme** başlığını taşıyan 4422 sayılı Kanun'un 3. maddesi "*Bu Kanunda öngörülen suçları işlediklerinden kuşku duyulanların mesken, ikametgâh işyeri veya kamuya açık yerlerdeki her türlü faaliyetleri, teknik araçlarla gizli olarak gözetlenebilir, izlenebilir, ses ve görüntü kaydına alınabilir.*" hükmünü getirmektedir. O halde uzakla haberleşmenin denetlenmesi teknik araçlarla ses ve görüntü kaydından farklıdır.

Gerçekten, böyle bir denetim, telefon dinleme gibi geleneksel araçlar yanında, son derece gelişmiş ve etkili teknik araçların kullanımıyla da yapılabilmektedir. Özellikle, toplu iğne başı büyüklüğünde ve görülmesi son derece zor mikrofonlar sayesinde ister açık, isterse kapalı mekanlarda olsun yapılan konuşmaların gizlice dinlenip, bant alınabilmesi mümkün olmaktadır<sup>13</sup>. Hatta konut, işyeri gibi kapalı bir mekana herhangi bir cihaz yerleştirilmeksizin de ses dalgalarının pencere camlarında oluşturduğu titreşimlerin konuşmaya dönüştürülmesi ve yapılan konuşmaların dinlenmesi de olanaklıdır<sup>14</sup>. Görüldüğü gibi bu tür denetlemelerde haberleşen kişiler bir haberleşme aracı kullanmamaktadır.

Öte yandan uzakla yapılan haberleşmede konuşma bir üçüncü kişinin bu konuşmayı dinleyebileceği bilinci içinde yürütülmektedir. Dolayısıyla kişi konuşmasının içeriğinin dinlenme riski taşıdığı bilincindedir. Oysa teknik araçlarla ortam içinde yapılan konuşmaların gizlice dinlenmesi veya görüntülenmesi durumunda konuşmayı yapan, konuşmanın bir başkası tarafından dinlenmediğine inanmaktadır ve bu yüzden de kendisini savunabilme durumunda değildir<sup>15</sup>.

Yine haberleşmenin denetlenmesinde doğrudan anayasa tarafından koruma altına alınmış bulunan '*haberleşme özgürlüğü*'ne yönelik bir müdahale söz konusu iken, bunun dışında kalan konuşmaların teknik araçlar vasıtasıyla dinlemeye alınması, yerine göre konut dokunulmazlığı ve/veya özel hayatın gizliliğini ihlal etmektedir<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Öztürk/Erdem/Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, no.348; Öztürk, Delil Yasakları, 97; Raum B./Palm P., Zur Verfassungsrechtlichen Problematik des "Grossen Lauschangriffs" JZ 1994, s.447; Erdem, Gizli Soruşturma Tedbirleri, 231 vd.

<sup>14</sup> Lammer D., Verdeckte Ermittlungen im Strafprozessrecht, Regensburg 1992, s.16; Raum/Palm., JZ 1994, 447.

<sup>15</sup> Bunun temel hak ve özgürlükler açısından farklı bir korumayı gerektirip gerektirmediği ayrı bir tartışma konusudur. Bunun için bkz. Erdem, Gizli Soruşturma Tedbirleri, 203 vd.

<sup>16</sup> BVerfGE 65, s.40; Kutscha M., Der Lauschangriff im Polizeirecht der Länder, NJW 1994, s.86; Vermander E., Rechtsprobleme bei der Sammlung von Informationen für den Verfassungsschutz, in:

Hemen belirtelim ki, uzakla haberleşmenin denetlenmesine nazaran böyle bir denetimin oldukça zor ve pahalı olduğu söylenmelidir. Zira önce konuşmanın yapılacağı yer belirlenmeli, sonra bu yere mikrofon yerleştirilebilmelidir. Dinlemenin ancak bundan sonra yapılabileceği göz önünde bulundurulduğunda bütün bunların, içinde pek çok kişinin görev aldığı iyi bir organizasyon ve işbölümünü gerektirdiği ortadadır.

Türk Hukukunda bu konuda artık bir yasal düzenlemenin bulunduğu yukarıda söylendi<sup>17</sup>. Buna göre ilgili nerede bulunursa bulunsun “her türlü etkinliği” teknik araçlarla gizlice gözetlenebilir. Bununla birlikte, özellikle konut içindeki yaşantının akustik olarak gözetlemeye alınması, ancak bir anayasa değişikliği ile olabilir. Böyle bir değişiklikte de insan onuru ve özel hayatın gizliliği ilkeleri çok iyi değerlendirilmelidir. Aksi halde, bireyler arasındaki iletişim olanaksız olacağı gibi, insanın gizli yaşam alanı da elinden alınmış olacaktır. Bu nedenlerle, kanımızca, getirilen bu hükmün Anayasaya aykırı olduğu söylenmelidir. Alman hukukunda 1992 yılında organize suçlulukla mücadele çerçevesinde yapılan değişiklikle özel konutlar dışında kalan yerlerden ses ve görüntü alınması belli suçlarla sınırlı olarak kabul edilmiştir (§ 100c Al.CMUK)<sup>18</sup>; aynı zamanda 1998 Anayasa değişikliği ile bazı koşullar altında konut içerisinde yapılan konuşmaların dinlemeye alınması da sağlanmıştır<sup>19</sup>.

Bireyin temel hak ve özgürlüklerine daha ağır müdahale oluşturan bu tedbirin düzenlenmesinde öngörülen muhakeme güvenceleri ve tedbirin uygulanması koşulları bakımından, uzakla haberleşmenin denetlenmesine göre farklı bir düzenlemeye gidilmesi yerinde olacaktır. Bununla birlikte 4422 sayılı Kanunun bu konuda herhangi bir ayrıma gitmeksizin her iki tedbiri de aynı koşullara bağlamış ve aynı muhakeme güvenceleri öngörmüş olması yerinde olmamıştır.

### III. HUKUKİ NİTELİĞİ

Henüz yasal bir düzenlemeye kavuşmadığı dönemde öğretide uzakla haberleşmenin denetlenmesi bir koruma tedbiri olan elkoyma içinde incelenmekteydi<sup>20</sup>. Konu hakkındaki tartışmanın bugün de güncelliğini koruduğunu düşünmekteyiz.

---

Aufgaben und Kontrolle des Verfassungsschutzes (hrsg.Bundesminister des Innern), Bonn 1990, s.72 vd.

<sup>17</sup> Aynı yönde **Erdem**, Gizli Soruşturma Tedbirleri, 200 vd.; **Şimşek**, Konut Dokunulmazlığı Temel Hakkı, İzmirBD Nisan 1998, S.2, s. 88 vd.)

<sup>18</sup> Diğer ülkeler için bkz **Erdem**, Gizli Soruşturma Tedbirleri, 241 vd.; **Öztürk/Erdem/Özbek**, Ceza Muhakemesi, no. 348.12

<sup>19</sup> **Meyer/Hetzer**, Neue Gesetze gegen organisierte Kriminalitaet, NJW 1998, s. 1025 vd.

<sup>20</sup> **Yurtcan**, 350; **Cihan/Yenisey**, no.141; **Öztürk/Erdem/Özbek**, Ceza Muhakemesi Hukuku, no.324 vd.

Elkoyma, basit ve özel elkoyma olarak ikiye, özel elkoyma da basılmış eserlere elkoyma, postada elkoyma ve gaipilere ilişkin elkoyma olarak üçe ayrılır<sup>21</sup>. Bu durumda uzakla haberleşmenin denetlenmesi koruma tedbirinin özel elkoymanın bir çeşidi olan postada elkoyma içinde ele alınabileceği söylenmekte ve hatta uzakla haberleşmenin denetlenmesi konusunda yasada bir açıklık bulunmaması karşısında, konunun postada elkoyma çerçevesinde incelenmesi zorunlu görülmekteydi<sup>22</sup>. Bu görüşe göre, CMUK m.91/1'in postada elkoymaya ilişkin olarak getirmiş olduğu düzenleme söz konusu tedbirin yasal temelini oluşturmaktadır. Buna göre, "**sanığa gönderilen mektuplar vesair mersule ve telgrafların posta ve telgrafhanede zaptı caizdir**". Bu konuda ayrı bir yasal düzenleme getiren mehz Al.CMUK ise, uzakla haberleşmenin denetlenmesini elkoyma koruma tedbiri içinde düzenlemiştir<sup>23</sup>.

Uzakla haberleşmenin denetlenmesinin kapsamı ve önemi bugün bu tedbirin **ayrı ve bağımsız bir koruma tedbiri olarak** kabulünü zorunlu kılmaktadır. Gerçekten adı geçen koruma tedbirinin, elkoyma ve bunun bir türü olan postada elkoyma olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışılması gereken bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. **Kanaatimizce**, uzakla haberleşmenin denetlenmesi postada elkoymanın bir türü olarak nitelendirilemez. Çünkü postada elkoymanın konusu "**mektup, telgraf veya sair mersule**"dir (m. 91 CMUK). Bütün bunlarda ortak özellik, postada elkoymanın konusunu ancak "**maddi bir varlığın**" oluşturmasıdır. Oysa, teknolojinin bugün kaydettiği gelişme karşısında uzakla haberleşmenin denetlenmesine konu oluşturan araçlar, yalnızca maddi varlığı bulunan şeylerle sınırlı değildir; bunlara "**ses**" ve "**görüntü**" de dahil olmuştur. Kaldı ki, maddi bir varlığı bulunmayan "**ses**" ve "**görüntü**"nün elkoymanın konusu olabilmesi de mümkün değildir. Nitekim CMUK'da öngörülen elkoymaya konu eşyanın teslim edilmemesi durumunda zorlama hapsine başvurulabileceğine ilişkin m.63'ü uzakla haberleşmenin denetlenmesi açısından uygulamaya olanak bulunmamaktadır. Öte yandan çoğu zaman bu koruma tedbirine maruz kalan kişinin hakkında tedbir uygulandığından haberi dahi olmamaktadır. Bize göre söz konusu tedbiri, postada elkoymanın bir türü olarak nitelendiren anlayış, o dönemde söz konusu olan başı boş uygulamayı, hiç olmazsa postada elkoymaya ilişkin hükümlerle sınırlandırma kaygısına dayanmaktadır. Tek başına bu tür bir kaygının, tedbirin niteliği açısından farklı düşünmeyi gerektirmediği kanaatindeyiz. Sonuç olarak, uzakla haberleşmenin denetlenmesi, hukuki nitelik bakımından koruma tedbiri olmakla birlikte, postada elkoyma olarak nitelendirilemez.

<sup>21</sup> Öztürk/Erdem/Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, no.310.1

<sup>22</sup> Gökçen, Elkoyma, 8.

<sup>23</sup> Nitekim Alman CMUK'da uzakla haberleşmenin denetlenmesini elkoyma koruma tedbirini düzenleyen prg.100dan hemen sonra düzenlemektedir. O halde Alman kanun koyucusunun da bu tedbiri bir koruma tedbiri olarak kabul ettiğini gösterir.

Uzakla haberleşmenin denetlenmesinin hukuki niteliği itibariyle bir koruma tedbiri<sup>24</sup> olduğu kabul edildiğinde, koruma tedbirlerinin özelliklerinin<sup>25</sup> uzakla haberleşmenin denetlenmesi için de geçerli olduğu söylenmelidir. Buna göre; a-) şüphe belli bir yoğunlukta olmalıdır, b-) temel bir hakkı/hakları hüküm verilmeden önce sınırlar, c-) geçicidir, d-) muhakemenin yapılmasını ve/veya verilecek kararın uygulanabilirliğini sağlamalıdır.

Şüphe konusuna, uzakla haberleşmenin denetlenmesinin koşulları içinde değinileceği için, burada aşağıya atıf yapmakla yetinerek diğer özellikler üzerinde kısaca durmak istiyoruz. Her koruma tedbiri gibi bir ceza muhakemesi çerçevesinde başvurulacak olan uzakla haberleşmenin denetlenmesi, sanık hakkında henüz mahkumiyet kararı verilmiş olmasa dahi bazı temel hakları sınırlar. Örneğin, genel kişilik hakkı, haberleşme özgürlüğü, özel hayatın gizliliği, aile hayatının gizliliği gibi<sup>26</sup>. Yine uzakla haberleşmenin denetlenmesi geçicidir; bu tedbire başvurulmakla elde edilmek istenen faydaya ulaşıldığında uzakla haberleşmenin denetlenmesi koruma tedbirine son verilmelidir<sup>27</sup>. Aksi halde uzakla haberleşmenin denetlenmesi hukuka aykırı bir nitelik kazanabileceği gibi, buna başvurular bakımından bazı suçlar işlenmiş olacaktır. Nihayet uzakla haberleşmenin denetlenmesi muhakemenin yapılmasını veya verilecek kararın uygulanmasını sağlamaya yönelik olmalıdır. Bu ise gecikmede sakınca olmasını gerektirir. Zira ancak gecikmede sakınca varsa ve uzakla haberleşmenin denetlenmesi koruma tedbirine başvurulmadığında veya geç başvurulduğunda muhakeme yapılamaz veya hüküm infaz edilemez hale gelebilir. Bu durum aynı zamanda uzakla haberleşmenin denetlenmesinin her koruma tedbiri gibi bir amaç değil, araç olması niteliğini de ortaya koyar. Zira denetime başvurulmadan da muhakeme yapılabiliyor bir hüküm verilebiliyor ve/veya verilen hüküm infaz edilebiliyor ise uzakla haberleşmenin denetlenmesi koruma tedbirine başvurulmamalıdır. Bu noktada uzakla haberleşmenin denetlenmesinin diğer klasik koruma tedbirlerine göre temel hak ve özgürlüklere daha yoğun müdahale oluşturması nedeniyle<sup>28</sup> diğer koruma tedbirleriyle sonuç alınamayacak olması koşuluyla tedbire olanak tanınması gerektiği söylenmelidir. Burada oranlılık ilkesi ve ikincillik ilkesi bir kere daha hatırlatılmalıdır.

<sup>24</sup> Bununla birlikte genel olarak haberleşmenin denetlenmesi, özel olarak telefon dinlemeye önleme ve istihbarat amacıyla da başvurulabilmektedir. Konunun bu yönden çıkaracağı sorunlar çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır.

<sup>25</sup> **Kunter/Yenisey**, no.360; **Öztürk/Erdem/Özbek**, Ceza Muhakemesi Hukuku, no.270

<sup>26</sup> Biz çalışmamızda söz konusu temel hak ve özgürlüklerin birbiri ile olan ilişkisi üzerinde durmayacağız. Sadece belirtmekle yetinelim ki, genel kişilik hakkı, diğer temel hak ve özgürlüklere göre "çerçeve" niteliği taşımaktadır (Geniş bilgi için bkz. **Erdem**, Gizli Soruşturma Tedbirleri, s. 109 vd.)

<sup>27</sup> Nitekim karşılaştırmalı hukukta tedbirin uygulanması genellikle belli bir süreyle sınırlandırılmıştır.

<sup>28</sup> Hatta bu yüzden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Klass kararında telefon dinlemeyi "*polis devletleri için tipik bir tedbir*" olarak nitelendirmiştir.

#### IV. AMAÇ

Uzakla haberleşmenin denetlenmesinin hukuki niteliğinin bir koruma tedbiri olduğu söylendi. O halde muhakemenin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi ve verilecek kararların uygulanabilirliğinin sağlanması amaçları uzakla haberleşmenin denetlenmesi için de söz konusu olmak gerekir. Nitekim, uzakla haberleşmenin denetlenmesi konusunda yasal düzenleme getiren bütün ülkeler bakımından tedbir, bir suçun aydınlatılması ve yerine göre şüphelinin oturduğu yerin araştırılması amacını taşımaktadır. Başka bir ifadeyle, söz konusu tedbirin amacı son tahlilde **delil araçlarının elde edilmesidir**.

Ancak bazı ülkelerde bu tedbire **önleyici amaçla** başvurulmasına da olanak tanımış bulunmaktadır. **İsviçre** ve **Fransa**'da<sup>29</sup> suçların önlenmesi amacıyla tedbire başvurulabileceği gibi, **İngiltere**'de de Interception of Communications Act, ile aynı yönde bir düzenlemeye yer verilmektedir<sup>30</sup>. Buna karşılık **Almanya** ve **Avusturya** hukukunda kolluğun önleyici ve ceza koşturması yetkisi arasında kesin bir ayırıma gidilmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte Almanya'da ceza koşturması amacıyla başvurulmuş olsa bile, tedbirin aynı zamanda önleyici yan etkiye sahip olduğu da kabul edilmektedir. Özellikle teşebbüs durumunda hazırlık veya icra hareketinin tamamlanmasını önlemek amacıyla tedbire başvurulduğunda bu durum kendisini göstermektedir<sup>31</sup>. Örneğin, bir telefon konuşmasında failin karşısındaki kişiye bir silah alacağını beyan etmesi durumunda, dinlemenin önleyici amaca mı yönelik olduğu yoksa ceza koşturması alanına mı girdiği konusunda kesin olarak bir şey söylemek mümkün değildir. Yine Almanya bakımından § 100a c.1 Al. CMUK'a göre, yalnızca **olayın araştırılması veya sanığın oturduğu yerin soruşturulması** amacıyla uzakla haberleşmenin denetlenmesi yoluna gidilebilmektedir. Başka bir anlatımla, muhakeme hukukuna ilişkin bu yetki, **delil elde etmek için halen işlenmiş olan bir suçu koşturma amacıyla sınırlıdır**<sup>32</sup>. § 100a c.1 Al. CMUK'a göre, **eğer belirli olgular bir kimsenin fail veya şerik olarak buradaki katalogta tek tek sayılmış bulunan suçlardan birini işlediği veya işlenmesine teşebbüs ettiği veya bir suçu hazırladığı şüphesini ortaya koyuyorsa** ancak bu takdirde karar verilebilir. Almanya'da şüphenin, **katalogda yer alan suçlardan birinin işlenmiş olduğuna**, teşebbüsün cezalandırıldığı durumlarda **işlenmesine teşebbüs edildiğine** veya cezalandırılan bir hazırlık hareketi söz konusu ise, **hazırlık hareketlerine**

<sup>29</sup> Fransa'da 1991 tarihli kanun bir taraftan adli organlar tarafından karar verilen gizli dinleme tedbirlerine yer verirken; diğer taraftan bugüne kadar Fransa'da yalnızca iç yönetsel kararlar vasıtasıyla düzenlenmiş bulunan alanlarla ilgili hükümleri de ihtiva etmektedir. Bu bakımdan kanun, güvenlik nedenleriyle telefon dinleme için yeterli bir yasal dayanak oluşturmaktadır ve karar verme yetkisi de yönetsel makamlardır. Bkz. **Lorenz**, 339.

<sup>30</sup> İsviçre için bkz. **Müller**, LB Schweiz, 71; Fransa için bkz. **Oudijk/Rambach**, LB Frankreich, 125; İngiltere için bkz. **Klumpe**, LB Großbritannien, 99.

<sup>31</sup> Almanya için bkz. **Lücking**, LB Deutschland, 14; Avusturya için bkz. **Schwarz**, LB Österreich, 49.

<sup>32</sup> **Lücking**, 14



**başlandığına** yönelik olması aranmaktadır. Özellikle katalogda yer alan suçlardan birinin hazırlık hareketine başlandığı şüphesinin tedbire karar vermek için yeterli olması, ortaya bazı sorunlar çıkarmaktadır. Gerçi yasa koyucu, salt önleyici amaçla tedbire başvurulmasını, hazırlık hareketinin başlıbaşına **cezalandırılabilir** olması koşulunu aramak suretiyle hükmün uygulama alanının dışında bırakmıştır; fakat buna rağmen hüküm, bu yolla temel hak ve özgürlüklere müdahalenin alanının oldukça genişlediği yönünde eleştirilerle karşılaşmaktadır. Baskın görüş<sup>33</sup>, bizzat hazırlık hareketlerinin katalog suçu olarak nitelendirileme-yeceği sonucuna varmaktadır. Başka bir anlatımla burada söz konusu olan, katalogda yer alan suçlardan birinin hazırlığı niteliğinde olan ve başlıbaşına cezalandırılan hareketler ile katalogda yer verilmiş olup da bizatihi başka suçların hazırlık hareketi niteliğinde olan bağımsız suç tipleridir<sup>34</sup>. Buna göre örneğin adam öldürme suçunu işlemeye elverişli bir silahı çalan sanığın belirli olgulara dayanarak bu suçu işleyeceği yönünde bir şüphe mevcutsa, tedbire karar verilebilir. Ancak bu durumda, katalogda yer almadığı halde, uzakla haberleşmenin denetlenmesi yoluyla, hırsızlık ve buna benzer basit suçların da aydınlatılmasının, denetleme yetkisinin kötüye kullanılmasına açık kapı bırakacağı haklı olarak ifade edilmektedir<sup>35</sup>.

Önleyici amaçla uzakla haberleşmenin denetlenmesi ile, koğuşturma amacıyla yapılan denetlemeyi birbirinden ayırmak oldukça güçtür; bu tedbire anayasayı koruma veya istihbarat amacıyla da başvurulmaktadır. Günümüzde gizli yollarla bilgi elde etme amacını güden müdahalelerin önleyici alana da yaygınlaştırılması gerektiği anlayışı önemli taraftar bulmuş görünmektedir. Özellikle organize suçluluğun giderek tehlikeli boyut kazandığı gerekçesiyle, muhakeme hukukuna ilişkin bastırıcı ve polis hukukuna ilişkin önleyici yetkiler arasındaki sıkı ayırım artık yerinde görülmemekte ve **suçla önleyici mücadele ve ileride yapılacak ceza koğuşturması için şimdiden önlem alma** amacıyla kolluğa yetki veren yeni düzenlemelere gerek bulunduğu ileri sürülmekte-dir<sup>36</sup>. Nitekim Almanya'da bir çok eyalette yakın zamanlarda yapılan kanun değişiklikleriyle önleme ve ceza koğuşturması dışında bilgi toplama amacıyla kolluk için özerk bir alan yaratmaya yönelik bazı düzenlemelere gidildiği görülmektedir. Bu anlayışın etkisini PVSK'na 1985 yılında yapılan bir değişiklikle eklenen ek m.7'de görmek mümkündür. Buna göre, polis "*devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğe dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişini sağlamak üzere ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir ...*". Uygulamada gerek telefon dinleme ve gerekse optik ve akustik gözetleme bu hükme

<sup>33</sup> **Krückels**, Wolfgang, Der Eingriff in das Brief, Post und Fernmeldegeheimnis des Beschuldigten des § 100a StPO und des Verdächtigen des Artikels 1 § 2 G 10, 1974, s.31; **Schumacher**, 173; **Groß-Spreitzer**, Gabriele, Die Grenzen der Telefonüberwachung nach §§ 100a, 100b StPO Unter Berücksichtigung der Aussageverweigerungsrechte im Strafprozeß, 1987, s.57

<sup>34</sup> **Krückels**, 48 vd., 56; **Müller**, 311

<sup>35</sup> **Lehmann**, 122; **Schumacher**, 174, 180; **Groß-Spreitzer**, 58 vd.; **Lücking**, 19; **Krückels**, 40

<sup>36</sup> Ayrıntı için bkz. **Wolter**, GA 1988, 53 vd.

dayanarak gerçekleştirilmektedir<sup>37</sup>. Oysa söz konusu hüküm, gerek önleme ve gerekse ceza koşturması amacıyla gizli yollarla ve bu arada telefon dinleme yoluyla bilgi elde edilmesine genel olarak yetki veren bir hüküm olarak değerlendirilemez. Buna rağmen söz konusu hükme dayanarak telefon dinlenmesi suretiyle elde edilen bilgiler hukuka aykırı sayılacak ve hükme esas alınamayacaktır. 4422 sayılı Kanunla yalnızca işlenmiş bir suç şüphesine dayanarak uzakla haberleşmenin denetlenmesine olanak sağlanmış; ancak önleyici amaçla aynı tedbire başvurulmasıyla ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumda PVSİ Ek m.7'deki düzenlemenin 4422 s.K.da getirilen hüküm karşısında bu hükümde uzakla haberleşmenin denetlenmesi koruma tedbireini de kapsar şekilde yorumlanarak bu tedbire başvurmak konusunda yasal bir dayanak oluşturmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Önleyici amaçla tedbire başvurulmasına olanak sağlayacak bir düzenlemenin PVSİ'na eklenmesi zorunlu görülmektedir.

Organize suçlarla ilgili olarak yapılan koşturmelerde şüphenin işlenen suçta değil de örgütün varlığına yönelik olmasının sonucu olarak uygulamada tek başına doğrudan doğruya failin ele geçirilmesi için gerekli delillerin elde edilmesiyle yetinilmemekte; genellikle failin genel sosyal çevresi ve hayat alışkanlıkları hakkındaki bilgilerin de toplanması yoluna gidilmektedir. Bizzatıhi örgüt kurmak suç olduğuna göre (TCK m.311) bu amaçla yapılacak soruşturmanın hukuka uygun olduğunu düşünmekteyiz. Ne zaman ki, hiçbir şüpheye dayanmaksızın bireyler hakkında "*gelişigüzel*" bu tedbire başvurulur, artık hukuka uygunluk sınırı aşılmış olur<sup>38</sup>.

## V. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER AÇISINDAN UZAKLA HABERLEŞMENİN DENETLENMESİ

### A) KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA

Hemen hemen bütün medeni ülkelerde uzakla haberleşmenin denetlenmesi, bireyin anayasa ile güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerine bir *müdahale* olarak değerlendirilmektedir. Örneğin *Almanya*<sup>39</sup>, *Avusturya* ve *İsviçre*'de *haberleş-*

<sup>37</sup> *Zafer* Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm ve Terörle Mücadele Yöntemleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1996, s.288

<sup>38</sup> *Lücking*, LB Deutschland, 15

<sup>39</sup> Almanya'da da ceza koşturma organlarının uzakla yapılan haberleşmeyi denetleme yetkisinin, haberleşme özgürlüğüne yönelik müdahale olarak değerlendirileceği konusunda öğretide geniş ölçüde görüş birliği bulunmaktadır ( *KK-Nack*, § 100a no. 1; *Küpper*, JZ 1990, 422; *Walther*, StV 1991, 270). Gerçekten Alman Anayasasının 10 I maddesi uyarınca, mektup, posta ve uzakla haberleşme sırrı ihlal edilemez. Özellikle nasyonal sosyalist deneyimler, anayasa koyucunun mektup, posta ve uzakla haberleşme sırrını, "*tipik liberal bir savunma hakkı olarak*" (Bonner Kommentar-*Badura*, Art.10 no. 20) temel haklar kataloguna almasına neden olmuştur. Bu noktada belirleyici olan, posta ve uzakla haberleşme sırrının koruma alanlarının birbirinden somut bir biçimde nasıl ayrılabilceği sorunu

**menin gizliliği** doğrudan anayasa ile garanti altına alınmış iken; **İsviçre** ve **Fransa**'da<sup>40</sup> özel hayatın ve hayatın gizli alanının kapsamlı olarak korunmasını sağlayan **kişisel özgürlük hakkı** yazılı olmayan bir anayasal hak olarak kabul edilmektedir.

Özel hayatın bir diğer görünüş biçimi olarak uzakla haberleşmenin denetlenmesi açısından da büyük önem taşıyan kişisel nitelikli verilerin işlenmesi, bazı ülkelerde anayasal bir zemine oturtulmaktadır. Örneğin, **Almanya**'da bireye **kendisine ait verilerin kaderini belirleme hakkı** tanınmakta; **İsviçre**'de, **kişisel özgürlük hakkının** aynı zamanda kişisel nitelikli verileri de ihtiva ettiği kabul edilmekte ve nihayet **Avusturya**'da kendine özgü bir **veri koruma hakkına** yer verilmektedir. Uzakla haberleşmenin denetlenmesinde bu temel hak, Almanya'da olduğu gibi, ikincil bir konuma itilmekte<sup>41</sup> veya Avusturya ve İsviçre'de olduğu gibi, özel nitelikli temel hak

değildir. İster postanın gizliliği, uzakla haberleşmenin gizliliği için üst bir kavram olarak anlaşılın (Bonner Kommentar-Badura, Art.10 no. 32, 42), isterse sonuncusunun, maddi bir varlığı olmayan gönderileri içerdiği biçiminde değerlendirilsin (**Welp**, Jürgen, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, Heidelberg 1974, s.21; **Schumacher**, Karlheinz, Die Überwachung des Fernmeldeverkehrs im Strafverfahren, Hamburg 1976, s.47 vd.) her halde devlet müdahalelerine karşı kapsamlı bir savunma hakkını güvence altına almak için, posta dışında, yani posta ile yapılmayan haberleşmenin de Any. m. 10 un koruma alanına girdiği genel kabul görmektedir (Bonner Kommentar-Badura, Art.10 no. 43; **Maunz/Dürig**, Art.10 no. 19; **Schumacher**, 16; **Lücking**, LB Deutschland, 7). Any. m. 10 II c.1 uyarınca, sınırlamaya, ancak bir kanuna dayanarak karar verilebilir. Bu konuda özellikle **oranhlık ilkesi** büyük önem kazanmaktadır. Söz konusu ilke, temel hak müdahalesinin izlenen amaca ulaşmak için daima uygun, gerekli ve ölçülü araçlara başvurulması gerektiği anlamını taşımakta ve böylece bir anayasal çerçeve elde etmektedir (BVerfGE 16, s.198 vd.; 17, s.117; 19, s.347; 59, s.97; benzer doğrultuda **Degener**, Wilhelm, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen 1969, s.17 vd., 107 vd.).

<sup>40</sup> **Fransa**'da telefonla haberleşmenin gizliliğine -ilk olarak- yalnızca belirli ve kamu yararının özellikle yoğun olarak ilişkili olduğu durumlarda ve -ikinci olarak- yasal olarak tesbit edilmiş olan çerçevede devlet güçleri tarafından dokunulabilir. **Lorenz**, Frank Lucien, in: Besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität (hrs. Walter Gropp), LB Frankreich, Freiburg 1993, 340.

<sup>41</sup> Devlet organları tarafından uzakla haberleşmenin denetlenmesi, genel anlayışa göre, aynı zamanda Any. m. 1 I ile bağlantılı olarak m. 2 I den çıkarılan **genel kişilik hakkına** da bir müdahale olarak görülmektedir (BGHSt 31, s.298; 27, s.357; LR-Schäfer, § 100a no. 1; **Kleinknecht/Meyer-Goßner**, § 100a no. 1; **Welp**, 29 vd.; **Arzt**, 72 vd.; **Wolter**, GS für Kaufmann, 762). Öğretide genel kişilik hakkına farklı anlamlar verilmesine rağmen (bazılarına göre (**Schumacher**, 81 vd.; **Arzt**, 72 vd.), **kişinin kendisini ifade hakkı** (Das Recht am eigenen Wort); bazılarına göre (**Evers**, Privatsphäre und Ämter für Verfassungsschutz, 179 vd.; **Rüpke**, 91; **Rohlf**, Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre, Berlin 1960, s.135, 163 vd.; **Klöhn**, Wolfhard, Der Schutz der Intimsphäre im Strafprozeß, Göttingen 1984, s. 251 vd.), **özel hayata ve giz alanına saygı hakkı**, bazılarına göre ise (SK-Rudolph, vor § 94 no. 45, 47, **kişinin kendisine ait verilerin kaderini belirlemesi hakkıdır**) korunan hukuki yararın ne olduğu konusunda görüş birliği bulunmaktadır: Any. m. 1 I ile bağlantılı olarak m. 2 I çerçevesinde korunan, herkese açık olmayan iletişimin doğallığı (Unbefangtheit) ve bireyin kamuoyunda bilinçli, özerk kendisini takdim (Selbstdarstellung) olanağıdır (BVerfGE 34, s.246). Bundan başka Anayasa Mahkemesinin nüfus sayımı kararında da (BVerfGE 65, s.41 vd.) açıkça belirtilen **kişinin kendisine ait verilerin kaderini belirlemesi hakkı** da, kişisel hayat ilişkilerinin sınırsız olarak elde edilmesine, depolanmasına, kullanılmasına ve dolaşımına karşı bir

ve özgürlüklere göre daha dar bir koruma sağlamaktadır. Örneğin Almanya'da genel kişilik hakkının, çerçeve temel hak fonksiyonuna sahip olduğu ve ancak özel nitelikli bir temel hakkın koruma alanının dışında kalan durumlarda bir önem kazanacağı kabul edilmektedir<sup>42</sup>. Nitekim uzakla haberleşmenin denetlenmesi bakımından genel kişilik hakkı, yalnızca içerik olarak özel ve subjektif açıdan korunmaya değer görülen haberler için bir koruma sağlamaktadır; oysa Any. m. 10 da yeralan uzakla haberleşmenin gizliliğinin, belirli gönderi metodları çerçevesinde iletişimin bütünlüğünü kapsamına aldığı ifade edilmektedir. Bu bakımdan uzakla haberleşmenin gizliliğine ilişkin Any. m. 10 hükmünün koruma alanı, kişiliğin korunmasının biçimselleşmesi anlamında *mekan itibarıyla genişletilmiş bir giz alanı* olarak nitelendirilmektedir<sup>43</sup>.

Şunu da belirtelim ki, Almanya'da uzakla haberleşmenin denetlenmesi yoluyla haberleşme özgürlüğüne yapılacak müdahalelerin, bu özgürlüğün özüne ve insan onuruna yönelik bir ihlal oluşturmadığı genellikle kabul edilmektedir. Çünkü haberleşmeye taraf olan kişiler, teknik bir araçtan yararlanmak suretiyle üçüncü kişiler tarafından bilgi elde edilmesi tehlikesini bizzat yaratmaktadırlar. Birey, aslında *egemen olmadığı* bir araca güvenmektedir ve dolayısıyla bunun sonuçlarına da katlanmak mecburiyetindedir<sup>44</sup>.

Almanya'da, Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen<sup>45</sup> ve Alman Federal Mahkemesi tarafından da benimsenmiş bulunan<sup>46</sup> *kuşak teorisinden* de söz edilmektedir. Teori, *özel hayat* ile, kişiliğin korunmasının mutlak çekirdek alanı olan *hayatın gizli alanı* arasında, her bir alana yönelik müdahalenin yoğunluğu bakımından bir ayırımı gitmektedir. Her iki alanın birbirinden nasıl ayrılacağı açık olmadığı gibi<sup>47</sup>, ceza muhakemesinde özel hayata ne dereceye kadar müdahale edilebileceği konusunda da tam bir görüş birliği bulunmamaktadır<sup>48</sup>.

---

koruma sağlamaktadır. Genel kişilik hakkı, m. 10 da olduğu gibi sınırsız olarak garanti edilmiş olan bir hak olmayıp, özellikle Any. m. 2 I anlamında anayasal düzen (verfassungsmaessige Ordnung) vasıtasıyla sınırlandırılmıştır. Buna göre, gerek yasanın yapılmasında ve gerekse uygulanmasında öz garantisi, belirlilik ilkesi, oranlılık ilkesi gibi diğer anayasal prensiplere riayet edildiği takdirde, her halde bu hakka müdahale caizdir (Lücking, 9).

<sup>42</sup> BVerfGE 6, 32; **Maunz/Dürig**, Art. 2 no. 6; **Pieroth**, Bodo/Schlink, Bernhard, Grundrechte-Staatsrecht II, 5. Aufl. Heidelberg 1989 no. 420 vd.; yine bkz. BVerfGE 65, s.1

<sup>43</sup> **Evers**, Privatsphäre und Ämter für Verfassungsschutz, 181; **Welp**, 37; **Pappermann**, Ernst, in: v.Münch, 3. Aufl. Art.10 no. 2, s.479; **Rohlf**, 163; yine bkz. **Maunz**, Theodor in: **Maunz/Dürig/Herzog/Scholz**, Art. 13 no. 9a

<sup>44</sup> **De Lazzer/Rohlf**, JZ 1977, 211

<sup>45</sup> BVerfGE 6, s.41; 27, s.350; 34, s.248; 67, s.144

<sup>46</sup> BGHSt 5, s.335

<sup>47</sup> **Dalakouras**, 50 vd., 86 vd.; **Wolter**, GS für Kaufmann, 770

<sup>48</sup> Alman Anayasa Mahkemesi bir kararında özel hayatı "**dokunulmaz**" olarak nitelendirmiş iken (BVerfGE 34, s.348); bir başka kararından, önceden peşinen dokunulmaz bir alanın kabul edilemeyeceği sonucu çıkmaktadır (BVerfGE 80, s. 373 vd.; yine bkz. **Wolter**, StV 1990, 175 vd.). Alman Federal Mahkemesi de, önceleri özel hayatı "**dokunulmaz**" bir alan olarak kabul etmekte iken (BGHSt 31, s.299); sonraki kararlarında, ceza koşturması yapma menfaatinin daha üstün olduğu

Bununla birlikte uzakla haberleşmenin denetlenmesi sonucunda başka tedbirlere başvurulması durumunda, bunun temel hak ve özgürlüklerle olan ilişkisi daha farklı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Gerçekten denetleme sonucu elde edilen bilgilerin muhakemede değerlendirilmesinin değil de, aksine örneğin, başka yollardan elde edilmiş olan bilgilerle bunlar arasında bağlantı kurmak suretiyle, bu tür bilgilerden tamamen yeni tarzda yararlanmanın söz konusu olduğu durumlarda, artık uzakla haberleşmenin gizliliğinin *mekan itibarıyla genişletilmiş* koruma alanının dışına çıkılmaktadır. Burada artık, genel kişilik hakkından çıkarılan *kişinin kendisine ait verilerin kaderini belirleme hakkına* yönelik yeni bir temel hak müdahalesinden söz edilmektedir<sup>49</sup>. Hemen belirtelim ki, özel hayatın korunması açısından sağladığı güvencenin kapsamı itibarıyla söz konusu iki temel hak arasında bir ayırımı gitmek oldukça güçtür. Buna gerek de yoktur; çünkü gerek uygulama ve gerekse öğreti tarafından genel kişilik hakkı açısından geliştirilen esaslar, dolaylı olarak haberleşme özgürlüğü için de geçerli sayılmaktadır<sup>50</sup>. Alman Federal Mahkemesi bu çerçevede, iletişimin başlıbaşına kişinin dokunulmaz alanına girmediği ve sınırlanabileceği gerçeğinden hareket etmiştir.

### **B) AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA DURUM**

Taraf olduğumuz İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi içerdiği hakların korunması bakımından etkili olmak için bir denetim mekanizması getirmiştir<sup>51</sup>. Gerekli koşulların varlığı halinde<sup>52</sup> insan hakları ihlal edilen birey Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurabilecektir.

---

durumlarda, oranlılık ilkesi çerçevesinde bu alanın görece korunması gerekliliğinden hareket etmektedir (BGHSt 34, s. 400; yine bkz. BGHSt 19, s.325).

<sup>49</sup> Ayırımı için bkz. **Rohlf**, 206 vd., 273

<sup>50</sup> **Lücking**, 11

<sup>51</sup> Bu denetlemeyi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yapmaktadır. "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin Oluşturduğu Denetim Mekanizmasının Yeniden Yapılanmasına İlişkin 11 No.lu Protokol" ile Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ile Divan yerine daimi bir mahkemenin oluşturulması kabul edilmiş, her iki organın yerini "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi" almıştır. Değişikliği içeren 11 Nolu protokol Türkiye tarafından da onaylanmıştır. Bunun için bkz.RG 20.06.1997-23025.

<sup>52</sup> Bu koşullar için bkz. **ÖZBEK** Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 1999, s.49. Eski düzenleme bakımından karışl. **Kapani**, Boyut, 49; **Madra**, 171 vd.; **Gölcüklü/Gözübüyük**, 35 vd.

İmzalayan devletlerde normlar hiyerarşisi bakımından farklı konuma sahip bulunan<sup>53</sup> İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, 8. maddesinde, özel hayat ve aile hayatına, konuta ve mektupla haberleşmeye saygı hakkının somutlaşmış bir ifadesi olarak **özel hayata saygı** hakkını güvence altına almaktadır<sup>54</sup>. Telefon dinleme konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine birçok başvuru yapılmıştır. Burada üzerinde duracağımız Divan kararı uzakla haberleşmenin denetlenmesi ve bu arada telefon dinlemeye ilişkin bazı ilke kararları da getirmiş olan 1978 tarihli **Klass ve diğerleri davasıdır**<sup>55</sup>. Dava konusu olay, beş Alman hukukçu tarafından komisyon önüne getirilmiştir. Buna göre Almanya'da 1968 yılında yapılan bir yasa değişikliği ile posta ve telekomünikasyon araçlarıyla yapılan haberleşmenin ilgilinin haberi olmadan denetlenebilmesi imkanı getirilmiştir. Ayrıca bu değişiklik ile getirilen düzenleme denetime karşı yargı yolunu kapatmakta, bunun yerine Federal Meclisce seçilen ve beş parlamentlerden oluşan bir komite ve bu komite tarafından atanan üç kişilik bir komisyon olmak üzere iki organdan oluşan özel bir denetim mekanizması getirmektedir. Başvuruyu yapanlara göre söz konusu yasal düzenlemeler Sözleşmenin özellikle özel hayatın korunması ve haberleşme özgürlüğünü düzenleyen 8. maddesine aykırıdır. Komisyon yapmış olduğu incelemede davanın Divan önüne götürülmesine karar vermiştir.

<sup>53</sup> Anayasanın 90/2. maddesinde, usulüne göre onaylanıp yürürlüğe konulan uluslararası sözleşmeler **kanun hükmünde** sayılmakla birlikte, bunların anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceğine yer verilmek suretiyle, bu sözleşmelere normlar hiyerarşisi bakımından **kanun üstü** bir çerçeve bahşedilmiş bulunmaktadır. Avusturya'da anayasal çerçeveye sahip olan bu sözleşmeye, Fransa'da kanun üstü bir çerçeve bahşedilmiş bulunmaktadır. İngiltere'de iç hukuka aktarılmamış olup, Almanya ve İsviçre'de ise, alalade kanun niteliği taşımaktadır (Almanya için bkz.BVerfGE 10, s.274; **Kleinknecht/Meyer-Göbner**, vor Art. 1 MRK no. 3)

<sup>54</sup> İHAS'ın önemi, kendisini özellikle 25. madde ile açılmış bulunan ek hukuki korunma olanağı ile göstermektedir.

<sup>55</sup> EuGRZ 1979, 278. Bu kararda ayrıca Anayasa Mahkemesinin yukarıda sözünü ettiğimiz ve anayasal koruma amacıyla denetleme konusundaki "**gizli dinleme kararı**"na (Abhörurteil) da (BVerfGE 30, 1 vd.) göndermede bulunulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi burada, "**gizli dinleme kararı**"na dayanarak değiştirilen yasa hükümlerinin Sözleşmenin ne 8, ne 6 ve ne de 13. maddelerini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Söz konusu kararın Türkçe metni için bkz. **Gözübüyük A.Şeref**, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararlarından Seçme Özetler, İHMD, Ocak 1995, C.III, S.1, s.35 vd.; Bu karar dışında konumuzla ilgili olarak Divan iki karar daha vermiştir. Bunlar Malone, Kruslin/Huvig kararlarıdır. 1984 tarihli Malone kararından sonra İngiliz parlamentosu telefon dinlemeye ilişkin bir kanun çıkarmak zorunda kalmıştır. Gerçi bu kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İngiltere'de telefon dinlemeye olanak tanıyan düzenleme bulunduğunu kabul etmiş, fakat bunun kapsam ve çerçevesinin tedbiri uygulama durumunda olan makamlar için açıkça teşhis edilebilir olmadığı sonucuna varmıştır (EuGRZ 1985, s.17). Benzer yöndeki gelişme Fransa'da da Kruslin/ Huvig kararından sonra görülmüştür. Biz burada ilk olması ve uzakla haberleşmenin denetlenmesine ilişkin belli kriterleri ortaya koymuş olması bakımından Klass davası üzerinde duruyoruz (Diğerleri için bkz. **Anayurt Ömer**, Strazbourg İçtihatlarında, Türk ve Fransız Hukuklarında Telefon Dinlemeleri, MBD, C.XXI, S.197, s.52 vd.).

Divan, kararında uyumsuzluğa konu yasal düzenlemenin 8.maddeye aykırı olmadığı sonucuna ulaşmakla birlikte, CMUK'umuzda bu konuda yapılacak yasal düzenlemeye ışık tutabilecek bazı ilkeler saptamıştır. Buna göre:

a) Söz konusu yasal düzenlemenin özel ve aile yaşamına saygı gösterilmesi haklarına karışma niteliği taşıdığı açıktır. Burada asıl sorun karışmanın haklı olup olmadığıdır. Bu noktada uygulanacak kriter ise **gizli denetlemenin ancak demokratik kurumların korunması amacı ile zorunlu olmasıdır**. Bu aynı zamanda oranlılık ilkesinin bir gereğidir. Yani yasalarla ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suçların önlenmesine yönelik olarak getirilen sınırlamalar ancak bu amaca ulaşmak için benimsenen araçların demokratik bir toplum için zorunlu olup olmamasına bağlı olarak hukuka uygunluk kazanır.

b) Günümüzde hemen her devlet karmaşık casusluk olayları ve terör eylemlerinin tehdidi altında bulunmaktadır. Devletin bunlarla etkin bir şekilde mücadele edebilmesi ülkesinde faaliyette bulunan yıkıcı faaliyetlerle gizli bir gözetleme yeteneğine sahip olmasına bağlıdır. O halde **demokratik bir toplumda da istisnai de olsa ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suçların önlenmesi için haberleşmenin gizlice denetlenmesine olanak veren yasalar bir zorunluluktur**.

c) Bununla birlikte devletlere tanınan bu olanak sınırsız değildir. Zira demokrasiyi savunma gerekçesiyle çıkarılan ve haberleşme özgürlüğünü sınırlayan böyle bir yasa demokrasinin sarsılması hatta yıkılması tehlikesini de beraberinde getirmektedir. O halde devletler kendilerince uygun görülen her önlemleri alamazlar. **Haberleşmenin gizlice denetlenmesine olanak veren bir sistem bunların kötüye kullanılmasına karşı da yeterli güvenceleri getirmelidir**.

Görüldüğü üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi **Klass** kararında, ayrıca **uzakla haberleşmenin gizliliğinin** m.8'deki mektupla haberleşme ve özel hayat kavramına dahil olduğu sonucuna varmıştır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8.maddesi ile korunan hukuki alana, ancak belirli maddi ve biçimsel koşullar altında müdahale edilebilir. Buna göre müdahalenin koşullarını kanun açıkça öngörmeli ve söz konusu hakka müdahale, devlete ait somut ve belirli bir menfaat için zorunlu olmalıdır. Ceza koşturması da, bu noktada müdahaleyi haklı kılan bir amaç olarak kabul görmektedir<sup>56</sup>.

### C) TÜRK HUKUKUNDA DURUM

Türk hukukunda Anayasa m.20'de *özel hayatı*, m.22'de de *haberleşme özgürlüğünü* garanti altına almaktadır. Yine m.20'de garanti altına alınan *özel hayatın gizliliğine adli soruşturma ve koşturmanın gerekli kıldığı* durumlarda istisna getirilebileceği kabul edildiği gibi, Anayasa m.13'de bütün temel hak ve özgürlükler için geçerli olan genel sınırlama nedenlerine yer vermektedir. Öğretide farklı görüşler bulunmakla

<sup>56</sup> Kleinknecht/Meyer-Goßner, Art. 8 MRK no. 2

birlikte, bizim de katıldığımız görüşe göre<sup>57</sup>, telefon dinleme, haberleşmenin gizliliğini ihlal eden bir tedbirdir ve başvurulması için kanunda açıklık bulunması gerekmektedir. Gerçekten de Anayasa m.20/2 ve m.22/3'e göre, kanunda **açıkça** gösterilen hallerde hakim kararıyla ve gecikmesinde sakınca varsa diğer yetkili merciin emriyle haberleşmenin gizliliğine **dokunulabilir**<sup>58</sup>. İşte 4422 s.K. bu konuyla ilgili yasal düzenleme zorunluluğunu yerine getirmiş olmaktadır<sup>59</sup>. Bununla birlikte

<sup>57</sup> Centel, Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler, 77 vd.; Kaymaz Seydi, Mevcut Yasal Düzenleme Karşısında Telefon İle Yapılan Haberleşmenin Denetlenmesi, İBD 1996/10-11-12, s.796; Anayurt Ömer, Strazbourg İçtihatlarında Türk ve Fransız Hukuklarında Telefon Dinlemeleri, MBD C.XXI, S.197, s.50 vd.; Sözüer, İHFM 1997, 80 vd.; krş. Kunter, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989, no. 339 II; Öztürk, Delil Yasakları, 63; Tosun, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri I, İstanbul 1984, s.911. Yazarlar, telefon dinlemeyi, postada elkoymanın bir türü olarak değerlendirmekte ve CMUK md. 91 deki "diğer gönderiler" kavramı içinde ele almaktadırlar. Kanaatimizce, postada elkoymaya ilişkin CMUK md. 92 de gerek elkoyma yetkisi ve gerekse elkoyma kararının belirli süre içinde hakime onaylatılması zorunluluğu ve içeriği inceleme yetkisinin bulunmaması yönündeki güvenceler açısından bu görüşü, şu anki tamamen başboş olan uygulamaya göre daha kabul edilebilir olarak değerlendirmek mümkün ise de, karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, haberleşmenin gizliliğine yönelik müdahale, ancak açıklık ve belirlilik ilkesine uygun yasal bir dayanak çerçevesinde mümkün görülebilir. Nitekim karşı görüşte olan yazarlardan bazıları (Öztürk, Delil Yasakları, 61 vd.), söz konusu tedbirin özellikle özel hayatın gizliliği (Any.m. 20) ve haberleşme özgürlüğü (Any. m. 22) ile doğrudan doğruya ilgisi bulunduğunu kabul etmekte; fakat suçla mücadelede ve ceza muhakemesinin amacına ulaşmasında gerekli bulunan önemli bir aracın bizde kullanılmaması gibi garip ve kabul edilmez bir sonucun doğabileceği gerekçesiyle, telefon dinlemeyi CMUK m. 91 deki "sair mersule" kavramı içinde ele almakta ve geliştirmeci yorum yöntemini izleyerek bunu mümkün görmekte idirler. Çalışmanın Koşulları, Konu kısmı ile karşı.

<sup>58</sup> Her ne kadar Anayasa burada haberleşmenin gizliliğine "dokunulabileceğini" belirtiyorsa da, bunu "müdahale edilebileceği" şeklinde anlamak gerekir. Çünkü temel hakların "dokunulmaz" olan çekirdek alanına hiçbir durumda ve hiçbir mülahaza ile müdahale edilemez.

<sup>59</sup> 4422 sayılı Kanundan önce hukukumuzda telefonla yapılan haberleşmenin denetlenip denetlenmeyeceği konusunda üç farklı görüş bulunmaktaydı: a) Kıyas yoluyla denetlemeyi mümkün gören görüş: Bu görüş CMUK m.91 de yer alan postada elkoyma ile ilgili hükümlerin kıyas yoluyla telefonla yapılan haberleşmenin denetimi için de uygulanması gerektiğini ileri sürmekteydi (Tosun, İHFM 1976, C.XLI, S.3-4, s.99; Yurtcan, Ceza Muhakemesi, 350; Yenisey, Hazırlık Soruşturması, no.244; Şen, Ersan, Gizli Dinleme ve Görüntüleme Fiillerinin Türk Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, İBD 1995, s.52; Akmanlar Bülent, Avrupa Konseyi Üyesi Bazı Devletlerde Telefon Konuşmalarının Dinlenmesi ve Telekomünikasyonun Kaydedilmesi, YD. 1982/4, s.670). b) Genişletici yorumla denetlemeyi mümkün gören görüş: Bu görüş uzakla haberleşmenin denetlenmesi konusunda CMUK m.91/2'de yer alan "vesair mersule" (öteki gönderiler) kavramından yararlanmaya çalışmaktadır. Bu görüşe göre burada kıyasla değil, ancak geliştirmeci yorumla bir sonuca ulaşılabilir. Zira Ceza Muhakemesi Hukukunda kıyas kuralı olarak serbest olmakla birlikte bunun iki istisnası vardır: - Sınırlayıcı hükümlerde kıyas yasağı, -İstisnai hükümlerde kıyas yasağı. CMUK'da yer alan elkoymaya ilişkin hükümler sınırlayıcı hükümler olduklarından bunlar hakkında kıyas uygulanamaz. Bu nedenle burada genişletici yoruma başvurulacak "vesair mersule" terimi telefon, teleks, bilgisayarlı haberleşme sistemleri gibi araçlarla yapılacak haberleşmeyi de içine alacak bir şekilde yorumlanarak, genişlemeye açık bir çözüm bulunmuş olacaktır. Aksi halde suçla mücadele ve ceza muhakemesinin amacına ulaşabilmesinde gerekli olan bir araca başvurulamayacaktır (Öztürk, Koğuşurma Mecburiyeti, 116 vd.;Gökçen, Elkoyma, 176, 188, 191). c) Denetlemenin mümkün olmadığı görüşü:



getirilen yasal düzenlemenin hukuk devleti ilkesinin sonucu olan **belirlilik**, oranlılık ve aşırılık yasağının gereklerine uygunluk taşıyıp taşımadığı ve öngörülen muhakeme güvencelerinin yeterli olup olmadığı ayrı bir tartışma konusu olup aşağıda yeri geldiğinde bu konuya değinilecektir.

## VI. UZAKLA HABERLEŞMENİN DENETLENMESİNİN KOŞULLARI

### A) KONU BAKIMINDAN

İncelenen ülkelerdeki yasal düzenlemeler, yalnızca telefon dinlemeye değil, her türlü uzakla haberleşmenin denetlenmesine yöneliktir. Böylece bu yöndeki düzenlemeler, telefon, telsiz, telefaks gibi **klasik** haberleşme biçimlerini ihtiva ettiği gibi, aynı zamanda teleteks, dateks gibi modern haberleşme araçları açısından da uygulanma olanağına sahiptir<sup>60</sup>.

**Normal** telefon konuşmalarında konuşmanın nereyle yapıldığı, zamanı, ne kadar süre ile konuşulduğu ve hangi numaranın arandığı gibi dış verilerin tesbiti teknik açıdan mümkün olup, özellikle haberleşmenin bedelinin tesbiti ve kontrolü amacıyla haberleşme hizmetini yürüten işletme tarafından bu yola başvurulmaktadır. Ceza koğuşurma organlarının bu tür bilgilerden ne dereceye kadar yararlanacağı konusundaki düzenlemeler ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. **Fransa**'da hakim görüş, haberleşmeye ilişkin bu tür bilgilerden yararlanmayı gerçek anlamda telefon dinleme olarak nitelendirmemekte; bu nedenle de teknik anlamda telefon dinleme için kanunun aradığı koşulların burada aranmayacağını ileri sürmektedir<sup>61</sup>. **İngiltere** için

Bizim de katıldığımız üçüncü görüşe göre (**Cihan/Yenisey**, no. 258; **Yenisey** Feridun, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma ve İfade Alma, Ankara 1995, s.65; **Kaymaz** Seydi, Mevcut Yasal Düzenleme Karşısında Telefon İle Yapılan Haberleşmenin Denetlenmesi, İBD 1996, C.70, S.10-11-12, s.797 vd.; **Anayurt**, 56.; **Sözür**, İHFM 1997, s.81; karşı. **Kunter/Yenisey**, no.396), mevcut yasal düzenleme karşısında telefonla yapılan haberleşmenin denetlenmesi bakımından ne kıyas, ne de geliştirme yorum yapılması mümkündür. Gerçekten, bir kere **kanunun** açıkça göstermediği hallerde haberleşmenin gizliliğine dokunulamaz (m.22 AY). Yukarıda da belirtildiği üzere İHAS m.8'e göre de haberleşmenin denetlenmesi ancak zorunlu olan hallerde münhasır olmak üzere kanunla öngörüldüğü takdirde mümkündür. Nitekim Klass kararında Divan uzakla haberleşmenin gizlice denetlenmesinin mümkün olduğunu, ancak kötüye kullanılmasını önleyecek tedbirlerin alınmasını ve tedbirin uygulanması için gerekli koşulların açıkça ortaya konulmasını zorunlu görmüştür. Oysa mevcut düzenleme, kötüye kullanmayı önlemeye yönelik tedbirler ve tedbirin uygulanması için gerekli koşullar yönünden yetersizdir.

<sup>60</sup> **İngiltere**'de haberleşme araçlarının bu yeni türlerine de söz konusu tedbirin uygulanacağı doğrudan kanun tarafından açıkça belirtilmiş iken; **Almanya**, **İsviçre**, **Avusturya** ve **Fransa**'da kanunlarda yer verilen "**uzakla haberleşme**" (Fernmeldeverkehr) tanımından hareketle aynı sonuca varılmaktadır. Almanya için bkz. LR-Schäfer, § 100a no. 15; KK-Nack, § 100a no. 2. **Danimarka**'da iletişim teknolojisinin diğer alanlarındaki gelişmeleri göz önüne alan kanun açıkça "**diğer iletişim araçları**" deyimini kullanmaktadır. Bununla amaçlanan, herhangi bir şekilde bilgi teknolojilerinin bir başka yere aktarılmasına yarayan teleks, telefaks, görüntülü televizyon gibi sistemlerdir (**Cornils/Kohls**, 86)

<sup>61</sup> **Oudijk/Rambach**, LB Frankreich, 124

de durum bundan farklı değildir<sup>62</sup>. Buna karşılık **Almanya, İsviçre** gibi ülkelerde, düzenli olarak PTT işletmesi tarafından idari amaçla tesbit edilmiş olan haberleşmeye ilişkin bu tür bilgilerle, münhasıran koğuşturma amacıyla elde edilmiş bulunan veriler arasında bir ayırma gidilmektedir. Fazlaca bir sınırlayıcı koşula yer verilmeksizin PTT işletmesi tarafından önceden tesbit edilmiş olan bu tür veriler hakkında ceza koğuşturma organlarına bilgi verme yükümlülüğü öngörülmüş olmakla birlikte, bunların ileriye yönelik olarak elde edilmesi ve kaydedilmesi, ancak CMUK.da öngörülen çok daha sıkı koşullar çerçevesinde caiz olabilmektedir<sup>63</sup>. Sadece **Avusturya**'da, haberleşmeye ait bu tür dış verilere koğuşturma amacıyla müdahaleye her durumda ve her zaman olanak tanınmaktadır<sup>64</sup>. **Belçika**'da ceza koğuşturması amacıyla telefon dinleme özel olarak düzenlenmiş olmamasına rağmen, belirli koşullar altında 1991 tarihli bir kanuna dayanarak bu tür **dış bağlantı verilerinin** kayde-dilmesine olanak tanınmaktadır<sup>65</sup>.

Ayrıca yukarıdaki düzenlemeler yalnızca denetleme için değil; aynı zamanda iletişimin türüne göre haberleşmenin gizlice dinlenmesi, kaydedilmesi ve değerlendirilmesi için de geçerlidir. Örneğin Almanya'da ceza muhakemesi hükümlerinin, uzakla haberleşmenin yapısında meydana gelen gelişmelere uydurulması, her şeyden önce -organize- suçluluğun yeni biçimlerine yeni soruşturma teknikleri vasıtasıyla karşı gelmek düşüncesiyle § 100a vd. Al.CMUK hükümlerinin uzakla haberleşmenin **denetlenmesi**<sup>66</sup> ve **banda kaydedilmesi**<sup>67</sup> konusunda uygulama alanı bulacağı öngörülmüştür. Çünkü **klasik** telefon dinleme metodları, suç organizasyonları tarafından bilindiği için, giderek etkinliğini yitirmiş bulunmaktadır. Gerçekten de bu tür organizasyonlar ya bu tür bağlantıları hakkında telefon konuşmalarında bilgi vermeme veya şifreli konuşma yoluna gitmektedirler. Bu yüzden yasa koyucu, uzakla haberleşmenin **denetlenmesi** yanında, genel olarak onun **banda kaydedilmesine** de olanak sağlamıştır<sup>68</sup>. Açık ki, tedbirin uygulama alanının bu şekilde genişlemesi eleştiri ile karşılaşmıştır. Çünkü her şeyden önce bu yolla haberleşmenin ne zaman yapıldığı, süresi ve aranan telefon numarası gibi **dış bağlantı verilerine**<sup>69</sup> de müdahale edilmesi olanağı ortaya çıkmıştır. Hatta Btx veya Mail Box söz konusu olduğunda **konusmanın içeriği ile ilgili bilgilere**<sup>70</sup> de müdahale edilebilmektedir. Bunun yanında yeni tarz dijital telefonlarda yapılan konuşmalarla ilgili her türlü bilgi belli bir yerde 4 aya kadar kaydedilebilmekte ve depolanabilmektedir. Tedbire karar

<sup>62</sup> Klumpe, LB Großbritannien, 99

<sup>63</sup> Almanya için bkz.LR-Schäfer, § 100a no.17; Lücking, LB Deutschland, 13; İsviçre için bkz. Müller, LB Schweiz, 71.

<sup>64</sup> Schwarz, LB Österreich, 46

<sup>65</sup> Rambach, 41

<sup>66</sup> =Überwachung.

<sup>67</sup> =Aufzeichnung.

<sup>68</sup> Lücking, 13

<sup>69</sup> =äussere Verbindungsdaten.

<sup>70</sup> =Inhaltsdaten.

verildiği sırada zaten depolanmış olan bu tür bilgilerden ceza koşturması amacıyla yararlanılabilmesi olgusunun, temel hak ve özgürlükler açısından olumsuz sonuçlarına işaret edilmektedir<sup>71</sup>. § 100a vd. A1.CMUK, nihayet kanunda açıkça belirtilmiş olmasa bile, ceza muhakemesinde delil aracı olarak, elde edilmiş olan bu bilgilerin *işlenmesine* ve *değerlendirilmesine* ilişkin bir yetki de içermektedir; zaten uzakla haberleşmenin denetlenmesi ve banda kaydedilmesinin altında yatan düşünce de budur<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Bu eleştiriler için bkz. **Lücking**, 13 vd.

<sup>72</sup> **Lücking**, 14

Telefon dinleme yoluna bizde de, yasal bir dayanak olmadığı dönemde sıkça<sup>73</sup> başvurulduğu bilinmektedir<sup>74</sup>. Bununla birlikte telefon dışında kalan haberleşme

<sup>73</sup> Nitekim Ankara 2 No.lu Devlet Güvenlik Mahkemesi Yedek Hakimliği'nce, İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü'nün talebi üzerine verdiği her türlü haberleşmenin denetlenebilmesine olanak sağlayan 30.12.1994 tarihli kararı şöyledir: "Anayasanın 143.maddesi gereğince Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü, hür demokratik düzeni ve nitelikleri Anayasada belirtilen cumhuriyet aleyhine işlenen ve doğrudan doğruya devletin iç ve dış güvenliğini ilgilendiren suçlara bakmakla görevli kılınan DGM'lerin 01.05.1984 tarihinden bu yana görevlerini icra ettiği İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğünde Anayasal devlet düzenini korumak ve kollamakla ve bu düzen aleyhine terörist faaliyetlerle organize suçlar silah ve uyuşturucu kaçakçılığı ve bunlara ilişkin finansman faaliyetlerini takip etmekle görevli bulunması nedeniyle bu faaliyetleri icra eden organize suç işleyen grupların tesbiti açısından merkezi Ankara olmak üzere bağlantılı illerdeki telefon santral ve detay bantlarının ve adres kütüklerinin periyodik incelenmesinin ve bilgisayar bantlarının PTT Genel Müdürlüğüne bağlı birimler ile özel telefon şirketlerinden alınıp incelenmesi ve bu şekilde terör, uyuşturucu ve silah kaçakçılığı ile bunların finansman kaynaklarının tesbitinin ve olay faaliyetlerinin yakalanıp haklarında gerekli işlerin yapılması açısından haberleşme hürriyeti bakımından bu haberleşme hürriyetinin zedelenmesi açısından bir sakınca yaratmayacağı, zira yine anayasanın tanıdığı hak ve hürriyetlerin anayasal devlet nizamını yıkmak için kullanılmayacağı 14.madde kapsamında da anlaşılacağı üzere terör, uyuşturucu, silah kaçakçılığı ve organize suçlar ile bunların finansmanları konusunda gerekli incelemenin yapılması bakımından anayasal devlet düzenini korumakla görevli İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğünün icap eden tertip ve düzenlemelere açık olmak üzere İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğünce icap eden çalışmanın yapılmasına müsaade olunmasına karar verildi" (Bildirici Faruk, Gizli Kulaklar Ülkesi, 2.Baskı, İstanbul 1998, s.337 vd.). Yine aynı mahkeme yedek hakimliğinin telefon dinlemeye olanak veren 20 Ocak 1995 tarihli bir başka kararında da "... İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü'nün ... 10 Ocak 1995 tarihli talep yazılarında da belirtildiği üzere T.C. devletin anayasal düzeni ile vatanın ve milletin bölünmez bütünlüğünün korunması T.C. devletin milli menfaatleri ve güvenliği açısından çeşitli terör odakları ile bu terör odakları ile bağlantılı uyuşturucu ve silah kaçakçılığı ve diğer organize suçlar ve bunların finansman kaynaklarının tesbiti bakımından yine adam kaçırma, rehin alma, fidye isteme gibi faaliyetlerin tesbiti açısından Anayasal devlet düzenini tehdit eden unsurların tesbiti, yakalanıp adalete sevkedilmeleri konusunda icap eden çalışmanın yapılabilmesi için Merkez Ankara olmak üzere bağlantılı illerde Mobil, GSM ve diğer telefon santrallerinden sorumlu PTT ile özel şirketler veya PTTce sistemin an merkezinin bulunduğu illerde santraller ile Transmisyon hatlarına Emniyet Genel Müdürlüğünce temin edilecek araç gereç ve malzemeleri ekipmanların bağlanması ve PTTce yazılım ve donanım düzenlemelerin yapılması Transmisyon hatlarına yönlendirme ve bağlantıların yapılması ile bunların Emniyet Genel Müdürlüğünün tesbit edeceği yerlerden geçirilmesi konusunda anayasanın haberleşme hürriyetini düzenleyen 22.maddesine muhalefet niteliğinde olmayacağı zira TC. ve milletin bölünmez bütünlüğünü tehdit eden suç odaklarının terör faaliyetlerinin önlenmesi konusunda görevli ve yetkili İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğünün bu konuda gerekli tertip ve düzenlemeleri almaya yetkili olacağına ... itiraz yolu açık olmak üzere karar verildi" (Bildirici, 340 vd.).

Öte yandan Emniyet Genel Müdürlüğü'nün başka dinlemeler için talep ettiği yeni mahkeme kararının DGM C.Savecisi tarafından "1995 tarihinde verilen kararın süreklilik arzettiğinden" bahisle başka karar alınmasına yer olmadığı yönünde görüş belirtilmesi ilginç, ilginç olduğu kadar da düşündürücüdür.

<sup>74</sup> Bununla birlikte adı geçen bu kararlar yapılan itiraz üzerine yine aynı mahkemenin 10 Nisan 1997 tarihinde kurul olarak vermiş olduğu ve örnek teşkil edebilecek bir kararla iptal edilmiştir. Buna göre "... CMUK.nun 297/2.m.si diğer şahısların kendileri ile ilgili mahkeme kararlarına itiraz edebileceklerini öngörmüştür. Emniyet Genel Müdürlüğüne herkesin telefonunu dinleme ve kayda

araçlarının denetlenmesi yoluna gidilip gidilmediği konusunda elde yeterli ve güvenilir bilgi bulunmamaktadır. Özellikle son zamanlarda kullanımı giderek yaygınlaşan internet yoluyla yapılan haberleşmelerin denetlenmesi konusunda, tedbiri uygulama durumunda olan kişilerin yeterli bilgi ve teknik donanıma sahip oldukları konusunda ciddi şüpheler mevcuttur. Öte yandan telefonların dinlenmesi yanında, yapılan konuşmalar aynı zamanda banda da kaydedilmektedir. 4422 s.K.dan önce uygulamada telefon dinleme yoluyla elde edilen bilgilerin dosyaya girmediği; bunun için ikinci bir dosya tutulduğu<sup>75</sup>, bu durumun özellikle savunmanın menfaatleri açısından olumsuz sonuçlar doğurduğu söylenmekteydi. Dosyada genellikle delilin telefon dinleme yoluyla elde edildiğine ilişkin bilgilerin yer almaması nedeniyle, tedbirin hukuka aykırılığının mahkemelerce denetlenmesi olanağı da fiilen ortadan kalkmaktaydı. Getirilen düzenlemenin uygulamadaki bu başıboşluğu ortadan

*alma olanağı veren ... kararlar nedeniyle demokratik hukuk devleti olan ülkemizde telefonunun dinlenme ihtimali olan herkesin bu karara itiraz etme hakkı vardır. Bu nedenle itirazın esaslanmaması uygun görülmüştür.*

*Anayasamızın 22.m.si herkesin haberleşme hürriyetine sahip olduğunu ve bunun gizliliğinin esas olduğunu, ancak kanunun açıkça gösterdiği hallerde hakim kararıyla kısıtlanabileceğini, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de ancak kanunla yetkili kılınan mercilerin emriyle haberleşmenin engellenebileceğini ve gizliliğine dokunulabileceğini düzenlemiştir. Bu konuda Emniyet Genel Müdürlüğünü genel yetkili kılan yasada bir düzenleme yoktur.*

**ŞÜPHE SİZ DEVLET ÜLKEYE YÖNELİK HER TÜRLÜ TEHDİT VE TERÖRÜ ÖNLEMEK İÇİN GEREKEN ÖNLEMİ ALACAK VE CİDDİ BİR ŞEKİLDE MÜCADELE EDECEKTİR, ANCAK BUNU YAPARKEN HUKUK DEVLETİ OLMANIN GEREKLERİ YERİNE GETİRİLECEK, DAİMA HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ PRENSİBİ GÖZÖNÜNDE TUTULACAK VE TEMEL HAKLARIN ÖZÜNE DOKUNULMAYACAKTIR.** Emniyet Genel Müdürlüğünün somut olaylar için bu konuda mahkemeden karar istemesi her zaman mümkündür.

*Ancak telefon santrallerine Ankara 2 Nolu DGM. Yedek hakimlik kararlarında belirtildiği şekilde Emniyet Genel Müdürlüğünce özel dinleme cihazları ve ekipmanları bağlandığında ve bunların tümünün kayıtlara alınması gibi GENEL BİR YETKİ VERİLDİĞİNDE VATANDAŞLARIN TÜM TELEFON GÖRÜŞMELERİ HAKİM KARARINA GEREK KALMADAN İSTENİLDİĞİ GİBİ DİNLENEBİLECEK VE KAYDA ALINABİLECEKTİR. AYRICA BU KONUDAKİ MAHKEME KARARLARINA UYULUP UYULMAMASININ KONTROLÜ DE MÜMKÜN OLMAYACAKTIR. EMNİYET GENEL MÜDÜRLÜĞÜ BU KOŞUL ALTINDA TELEFONLARIN DİNLENMESİ VE KAYDA ALINMASI KONUSUNDA MAHKEME KARARINA GEREK DUYMAYACAĞI GİBİ İSTEDİKLERİ TELEFONLARI, İSTEDİKLERİ BİR SÜREDE DEVAMLILIK OLARAK DİNLEYİP KAYDA ALABİLECEKLERDİR. EMNİYET GENEL MÜDÜRLÜĞÜNE BU İMKANIN MAHKEME KARARI İLE BU ŞEKİLDE TANINMASI VATANDAŞLARIMIZIN HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE GİZLİLİĞİNİ CİDDİ BİR ŞEKİLDE TELAFİSİ İMKANSIZ DERECEDE TAHRİP EDEBİLECEKTİR.*

*Ankara 2 Nolu DGM Yedek Hakimliğinin itiraz edilen bu kararları gerek anayasamıza gerek yasalara gerekse hukuka aykırıdır. BU KARARLAR ANAYASAMIZA GÖRE ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ İLE BİLE EMNİYET GENEL MÜDÜRLÜĞÜNE VERİLMESİ MÜMKÜN OLMAYAN GENEL BİR YETKİYİ VERMİŞTİR VE BU YETKİ HER ZAMAN İÇİN İSTİSMARA MÜSAİTTİR. İşte bu nedenlerle bu kararlara karşı yapılacak itiraz haklıdır ve bu kararlar bu nedenlerle kaldırılmalıdır.(Ankara 2 Nolu DGM.nin 10 Nisan 1997 tarih ve 1997/46 D.İş sayılı kararı; Bildirici, 347 vd.)*

<sup>75</sup> Gökçen, 201

kaldırmasını ümit etmekteyiz. Ne var ki, tedbiri uygulayacak olan kolluğun eğitim eksikliğinin de ortadan kaldırılması gerekir. Basında çıkan, Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından bu yönde bir çalışmanın yürütüldüğü yönündeki haberler sevindiricidir. Gerçekten önemli olanın iyi bir kanundan çok iyi bir uygulama olduğu unutulmamalıdır.

## B) KİŞİ BAKIMINDAN

### 1. Karşılaştırmalı Hukukta Durum

Tedbirle ilgili olan kişi çevresi bakımından incelenen ülkelerin tümünde ilk önce bizzat *şüphelinin* yaptığı haberleşmenin denetlenmesine yer verilmektedir. Ancak şüpheliden başka, haberleşmenin karşı tarafında yer alan (*habere aracılık eden*) kişi ile, şüphelinin yararlandığı haberleşme aracının sahibi hakkında da tedbir uygulanabilmektedir<sup>76</sup>. Öte yandan kaçınılmaz durumlarda olayla ilgisi bulunmayan *üçüncü kişilerin* de temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilebileceği konusunda anlayış birliği bulunmaktadır. Hatta bu durum İngiltere'de kanunda açıkça düzenlenmiştir. Bunun gibi, genellikle kamuya ait şebekelerden yapılan haberleşmenin denetlenmesi de kabul edilmiştir. Fakat öğretilerde çoğunlukta olan yazarlar, bu durumda dahi kanunda öngörülen koşullara riayet edilmesi gerektiği konusunda görüş birliği içinde bulunmaktadırlar<sup>77</sup>.

Almanya'da sanığa, haberleşmeye aracılık eden kişiye ve sanığın yararlandığı haberleşme aracının sahibine karşı<sup>78</sup> uzakla haberleşmenin denetlenmesine karar verilebilmektedir. Buna göre tedbir, her şeyden önce kendisine karşı hazırlık soruşturması yapılmış veya yapılmakta olan sanığa yönelik olarak uygulanmaktadır. Bunun dışında habere aracılık eden kişiler olarak arkadaş, akraba, kiraya veren, komşular ve sair kişiler düşünülebilir<sup>79</sup>. Sanığın yararlandığı haberleşme aracının sahibine karşı da tedbire karar verilebileceği için, lokantalardan ve diğer işletmelerden yapılan konuşmaların denetlenmesi söz konusu olabilmektedir. Buna karşılık özellikle kamu kuruluşlarından veya kamuya ait telefon şebekelerinden yapılan haberleşmenin denetlenip denetlenemeyeceği tartışmalıdır<sup>80</sup>. Fakat bu

<sup>76</sup> Almanya, İsviçre ve Avusturya'da, tedbirle ilgili olan bu kişilerin çevresi kanunda açıkça düzenlenmiştir; İngiltere'de ise, kanunun kapsamının genişliği buna olanak tanımaktadır. Fransa için ise, uygulama tedbirle ilgili kişi çevresinin somutlaşmış olması koşulunu aramaktadır.

<sup>77</sup> Avusturya için bkz. **Schwarz**, LB Österreich, 52 vd.; İsviçre için bkz. **Müller**, LB Schweiz, 76; Almanya için bkz. **Lücking**, LB Deutschland, 22.

<sup>78</sup> Sanık dışında kalan *dolaylı iştiraki olan kişilerin* temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilmesini Alman Anayasa Mahkemesi anayasal açıdan sakıncalı bulmamıştır. BVerfGE 30, s. 22

<sup>79</sup> **Joecks**, JA 1983, 60; **Welp**, 76; **Kaiser**, NJW 1969, 19; karşı görüş **Suppert**, 236; **Zuck**, NJW 1969, 911 vd.

<sup>80</sup> Caiz olduğu yönünde LR-**Schäfer**, § 100a no.21, 22; KMR-**Müller**, § 100a no. 8; **Aubert**, 67; **Maiwald**, JuS 1978, 383; olmadığı yönünde KK-**Laufhütte**, § 100a no. 15; **Rudolphi**, FS für Schaffstein, 438

durumlarda üçüncü kişilerin temel hak ve özgürlüklerine yapılan müdahalenin sınırsız ölçüde yayılacağına işaret edilmekte ve hukuk devleti mülahazalarıyla ancak özel koşullar altında bu gibi yerlerden yapılan görüşmelerin dinlemeye alınması kabul edilebilir bulunmakta<sup>81</sup>; uygulamada da kamusal telefon santralleri yer ve mekan itibarıyla sınırlı olarak dinlemeye alınabilmektedir<sup>82</sup>.

Üçüncü kişilere karşı tedbirin uygulanmasında, **özel olarak korunan meslek sırrı taşıyan kişiler** söz konusu olduğunda, değişik kapsamda da olsa, uzakla haberleşmenin denetlenmesine istisna getirilmektedir. Bu noktada istisna, özellikle **tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiler** açısından kabul edilmektedir. Bununla birlikte, meslek sırrı taşıyan kişi ile müvekkil arasındaki güven ilişkisinin korunmasının, ceza koşu-turmasının **felç olması** sonucuna yola açacağından hareketle<sup>83</sup> ancak belirli durum-larda denetleme tümüyle yasaklanmaktadır. Fakat her halde hukuk devleti mülahaza-sıyla şüpheli ile müdafî arasında **denetlemeden bağımsık** bir görüşmenin güvence altına alınması gerektiği konusunda görüş birliği vardır. Ancak eğer müdafîin sanığa yataklık veya suça iştirak ettiği şüphesi varsa, bu takdirde artık bu ilişkinin koruma görmeyeceği kabul edilmektedir. Fransa dışındaki ülkelerde savunma dokunulmazlığı kanunda açıkça garanti edilmiş iken; Fransa'da pratik olarak denetleme yasağı sonucuna yol açan savunma hakkı devreye girmektedir<sup>84</sup>. Denetleme yasağının kapsamına giren kişiler arasında **Avusturya, İsviçre ve Fransa'da avukat ve noterler ile, yine İsviçre ve Fransa'da hekimler, din adamları ve benzeri meslek grupları** sayılmaktadır<sup>85</sup>. Fakat bu noktada ortaya çıkan önemli bir farklılığa da işaret edilmelidir. **İsviçre'de** söz konusu yasak, yalnızca meslek sırrı taşıyan kişinin habere aracılık etmesi, yani haberleşmenin karşı tarafında yer alması durumunda geçerlidir. **Avusturya ve İsviçre'nin** bir çok kantonunda ayrıca meslek sırrı taşıyan kişinin, şüphelinin yararlandığı haberleşme aracının sahibi olması durumunda da yasak geçerlidir. Nihayet **Fransa'da** kanun yalnızca avukatlık sırrını korumaktadır. Hatta yasağın geçerli olduğu durumlarda bile, bu, maddi hukuk açısından tümüyle bir değerlendirme yasağı sonucuna yol açmamakta, yalnızca meslek sırrı taşıyan kişi ile yapılan konuşmaların değerlendirme dışı bırakılmasına neden olabilmektedir<sup>86</sup>. Belirli meslek grupları açısından bu tür değerlendirme yasağı ayrıca **Hollanda'da** da bulunmaktadır<sup>87</sup>. **İngiltere'de** başka kanunlarda tanıklıktan çekinme hakkı kabul edilmiş ve meslek sırrı taşıyan kişiler koruma tedbirlerine karşı

<sup>81</sup> **Welp**, 77 vd.; **Joecks**, JA 1983, 60

<sup>82</sup> Bkz. **Werner**, Kriminalistik 1982, 134

<sup>83</sup> İsviçre için bkz. **Müller**, LB Schweiz, 77; Almanya için bkz. **Lücking**, LB Deutschland, 23.

<sup>84</sup> İsviçre için bkz. **Müller**, LB Schweiz, 77; Almanya için bkz. **Lücking**, LB Deutschland, 23; Avusturya için bkz. **Schwarz**, LB Österreich, 53; Fransa için bkz. **Oudijk/Rambach**, LB Frankreich, 130 vd.

<sup>85</sup> Avusturya için bkz. **Schwarz**, LB Österreich, 53; İsviçre için bkz. **Müller**, LB Schweiz, 77 vd.; Fransa için bkz. **Oudijk/Rambach**, LB Frankreich, 131

<sup>86</sup> **Oudijk/Rambach**, LB Frankreich, 131 vd.

<sup>87</sup> **Lücking**, 162

belli ölçüde korunmuş olmasına rağmen, konuyla ilgili düzenlemede, uzakla haberleşmenin denetlenmesi açısından bu tarz bir istisna ayrıca öngörülmüş değildir<sup>88</sup>.

**Almanya**'da meslek sırrı taşıyan kişiler açısından § 100a A1.CMUK'da belirtilen kişi çevresinin sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı konusunda<sup>89</sup>, uzakla haberleşmenin denetlenmesi ile ilgili olarak açık bir düzenlemeye yer verilmiş değildir. Bununla birlikte, § 97 A1.CMUK'daki elkoyma açısından getirilen buna ilişkin yasağın benzetme yoluyla uzakla haberleşmenin denetlenmesi için de uygulanacağı kabul edilmektedir<sup>90</sup>. Bu görüş çerçevesinde habere aracılık eden kişiler ve haberleşme aracı sahiplerinin tanıklıktan çekinme hakkına dayanabilecekleri ifade edilmiş ise de; öğretide egemen görüş<sup>91</sup>, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar için tedbirin sınırlandırılmasının haklı gösterilemeyeceği, aksi takdirde tedbirin pratik olarak işlevini yitireceği doğrultusundadır. Buna karşılık içinde sosyal menfaat barındıran bir kamu görevini yerine getirdikleri düşüncesiyle özel nitelikli belirli mesleki faaliyetleri yürüten kişilerle sanık arasındaki güven ilişkisinin korunması gerektiği ve bu çerçevede özellikle *müdafî* ile sanık arasında yapılan görüşmelerin dinlenemeyeceği sonucuna varılmaktadır<sup>92</sup>. Ancak Alman Federal Mahkemesine göre<sup>93</sup>, eğer müdafîin müvekkilin suçuna *iştirak ettiği şüphesi varsa* bu durumda bunlar arasında yapılan konuşmalar dinlenebilecektir. Öte yandan öğretide bazı yazarlar, müdafîin müvekkile yataklık ettiği veya onun hakkında yapılmak istenen ceza koğuşturmasını sonuçsuz bıraktığı şüphesi varsa, denetlemenin caiz olduğunu söylemektedirler<sup>94</sup>. Müdafî dışında meslek sırrı taşıyan avukat, ekonomi denetçileri<sup>95</sup>, hekimler ve gazeteciler gibi diğer kişiler bakımından, aksi takdirde uzakla haberleşmenin denetlenmesi tedbirinin etkinliğini yitireceği gerekçesiyle, bir denetleme yasağının varlığı kabul edilmemektedir<sup>96</sup>. Yine Federal Mahkeme müdafîin sanık dışındaki kişilerle yaptığı konuşmaların dinlenebileceğini de kabul

<sup>88</sup> Klumpe, LB Großbritannien, 103 vd.

<sup>89</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Groß-Spreitzer, 68 vd.

<sup>90</sup> LR-Schäfer, § 100a no.25; krş. KK-Laufhütte, § 100a no.12

<sup>91</sup> Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 100a no.10; KK-Laufhütte, § 100a no.14; Lücking, 23

<sup>92</sup> Welp, FS für Gallas, 421; aynı yazar, JZ 1972, 428; Roxin, § 34 no. 33 vd.; Rudolphi, FS für Schaffstein, 440 vd.; Karlsruher Kommentar, § 100a no. 11; Kleinknecht/Meyer-Gossner, § 100a no.13

<sup>93</sup> BGHSt 33, 347; aynı karara ilişkin Welp'in açıklaması için bkz. NSTZ 1986, 294; aynı yönde Rieß, Anmerkung, JR 1987, 77; Schlüchter, no.353.

<sup>94</sup> KK-Laufhütte, § 100a no.11; Suppert, 236; krş. LR-Schäfer, 24. Aufl. § 100a no.26; Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 100a no.13; Rudolphi, FS für Schaffstein, 441; Beulke, Überwachung des Fernsprechanchlusses des Verteidigers, Jura 1986, 646.

<sup>95</sup> ≡Wirtschaftsprüfern.

<sup>96</sup> Beulke, Jura 1986, 644; Lehmann, 156; Schumacher, 206; Groß-Spreitzer, 101; LR-Schäfer, 24. Aufl. § 100a no.25. Karşı görüşte olan yazarlar (Rudolphi, FS für Schaffstein, 444; Klöhn, 372 vd.; Zuck, NJW 1969, 911 vd.), oranlılık ilkesinden veya bu kişilere tanıklıktan çekinme hakkı tanıyan hükme hakim olan hukuki düşünceden hareket etmektedirler. Yine bkz. Groß-Spreitzer, 94 vd.



etmektedir<sup>97</sup>. Nihayet Anayasa ile özel olarak korunmaları göz önünde bulundurularak milletvekillerinin denetlenmeden tamamen bağışık oldukları ileri sürülmektedir<sup>98</sup>. Sonuç olarak Almanya'da sorunun özel bir düzenlemeye kavuşturulmamış olmasından ileri gelen bir karmaşanın ve belirsizliğin bulunduğu dikkat çekmektedir. Hukuk devleti açısından oldukça önemli olan bu sorun hakkında özel düzenlemenin gerekliliği bir çok yazar tarafından dile getirilmiştir<sup>99</sup>.

## 2. Türk Hukukunda Durum

4422 s.K'da bu tedbire maruz kalacak olan kişiler -bu Kanunda öngörülen suçları işleme- veya bunlara iştirak -yahut işlendikten sonra faille her ne suretle olursa olsun yardım veya aracılık veya yataklık etme kuşkusu altında bulunan kimseler olarak belirtilmiştir. Her ne kadar söz konusu kanunda Al.CMUK'da olduğu gibi haberleşmeye aracılık eden veya haberleşme aracının sahibi bakımından açık bir düzenlemeye yer verilmiş değilse de mevcut durumda bu kişiler hakkında da tedbirin uygulanabileceği kanaatindeyiz. Yeter ki, konuşmanın bir tarafını oluşturan kişi bakımından suç şüphesi bulunsun.

Öte yandan 4422 s.K.da hakkında tedbir uygulanmayacak olan kişiler bakımından açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olması önemli bir eksikliktir. Bu durumda CMUK da konuyla ilgili olarak bulunan hükümlerin 4422 sayılı Kanun bakımından da geçerli olup olmadığı tartışılmalıdır: Burada öncelikle tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişiler bakımından tedbirin uygulanabilip uygulanamayacağı üzerinde durulmalıdır. Konuyla ilgili olarak CMUK da **elkoymaya ilişkin** tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişilerle<sup>100</sup> sanık arasında yapılan mektuplaşmanın denetlenemeyeceği öngörül-müştür (m.89 CMUK). Bu durumda, CMUK m. 89'un kıyas yoluyla uygulanması suretiyle sanıkla tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişiler arasında geçen telefon konuşmalarının denetim dışında kaldığı söylenebilir. Bununla birlikte bu konuda açık bir yasal düzenlemenin getirilmesi yerinde olacaktır. Böylece bu konuda doğacak tereddütler ortadan kalkacaktır.

İkinci olarak üzerinde durulması gereken sorun, tedbirin müdafî bakımından uygulanabilip uygulanamayacağıdır. CMUK m.144 c.2'ye göre, "**yakalanan ve tutuklu**

<sup>97</sup> BGH NStZ 1988, s.562.

<sup>98</sup> **Rudolphi**, FS für Schaffstein, 444

<sup>99</sup> **Riegel**, ZRP 1987, 433; **Rudolphi**, ZRP 1976, 171; **Degener**, 219, 227 vd.

<sup>100</sup> Tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kimseler CMUK m.48 ve 49'da gösterilmiştir. Buna göre; 1- Sanığın nişanlısı, 2- Evlilik bağı kalmasa bile sanığın karı veya kocası, 3- Sanığın nesepten veya sebepten usul veya furuu yahut içinci dereceye kadar (bu derece dahil) nesepten veya kendisiyle sıhriyet hasıl olan evlilik bağı kalmasa bile ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) sebepten civar hısımları ve sanık ile evlatlık bağı bulunanlar, 4- Müdafî, 5-Doktorlar ve ebelerdir (Buradaki kavramlar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Gökçen**, 106, dpn.18,19, 20, 21; 107 dpn.22; **Öztürk/Erdem/Özbek**, Ceza Muhakemesi, no. 224; **Önder** Ayhan, Ceza Muhakemeleri Usulünde Şahitlikten Çekinme Hakkı, İHFM 1964 S. 4, s.976 vd.; **Feyzioğlu** Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996, s.165 vd.)

*bulunan kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tabi tutulamaz*". Konumuz açısından burada tartışılması gereken, "yazışmalar" teriminin ne anlama geldiğidir. Kanaatimizce bu terim yorumlanırken, "yakalanan veya tutuklu bulunan kişi vekaletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir" hükmünü getiren aynı maddenin 1.cümlesi de göz önünde bulundurulmalıdır. O halde bu kişiler arasındaki telefon görüşmelerinin kontrolünün de mümkün olmaması gerekir<sup>101</sup>. Zira hükmün savunma hakkı açısından getirdiği güvencenin aynı ölçüde uzakla haberleşmenin denetlenmesi için de geçerli olduğunu düşünmekteyiz. CMUK m.144'ün yeni düzenlemesinin, sanıkla müdafii arasında geçen konuşmaların denetlenmesini de yasakladığı kabul edilmelidir<sup>102</sup>.

Hemen belirtelim ki, 4422 s.K. m.11, "bu Kanun kapsamına giren suçlardan dolayı yargılama görevinin yetkili Devlet Güvenlik Mahkemesince yerine getirileceğini" hüküm altına almıştır. CMUK m.144, DGM'nin görev alanına giren suçlar bakımından geçerli değildi (m.31 3842 sayılı Kanun). Bu suçlar bakımından CMUK m.144 eski haliyle uygulanıyordu. Buna göre, tutuklu sanık müdafii ile her zaman görüşüp muhabere edebilirdi. 1997 değişikliğine kadar bu konuda bir sınırlama nedeni öngörülmekteydi. Buna göre hakim kamu davası açılana kadar sanık tarafından öğrenilmesi kabul edilemeyecek hususların sanığa bildirilmesini yasaklayabilirdi. 1997 yılında 4229 sayılı Kanun ile DGMKYUK.nun 16.m.si yeniden düzenlendi. Bu değişiklikle "tutuklu bulunan sanık" ile "yakalanarak gözaltında tutulan sanık" arasında ayrıma gidilmiş ve DGM'nin görev alanına giren suçlardan tutuklu bulunan sanığın, müdafii ile her zaman görüşebileceği öngörülmüştür. Bu durumda henüz yakalanmamış veya tutuklanmamış olan sanıkla müdafii arasındaki haberleşmenin denetlenebileceği gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Ancak bu sonuç yanıltıcıdır. Çünkü, du defa CMUK m.48 tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişiler arasında müdafiyi de saymaktadır. Yukarıda belirttiğimiz gibi bu kişiler bakımından CMUK m.89'un kıyasen uygulanması suretiyle sanıkla müdafii arasında yapılan haberleşmenin denetlenmesi mümkün olmamak gerekir. Öte yandan, yakalanan sanık bu haktan ancak hakim tarafından gözaltı süresinin uzatılmasına karar verildikten sonra yararlanabilir (m.16/4 DGMKYUHK. 4229 sayılı kanunla değişik). Bu durumda üç veya daha fazla kişinin bir suça iştiraki ile yani toplu olarak işlenen

<sup>101</sup> Gökçen, 195. Bu hükmün eleştirisi için Gökçen, 117, 118; Öztürk Bahri, CMUK Reformu, Cumhuriyet Gazetesi, 10 Ekim 1992; Yurtcan Erdener, CMUK Ceza Yargılaması Hukuku 1992 Değişiklikleri, İstanbul 1993, s.29; Yenisey Feridun, CMUK Eki, 3842 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Zabıtayı İlgilendiren Maddeler, İstanbul 1993, s.38.

<sup>102</sup> Al.CMUK ise 148 ve 148a da kural olarak sanık ile müdafii yazılı ve sözlü haberleşme imkanı vermekle birlikte Al.CK 129a'da sayılan suçlar bakımından müdafii tarafından sanığa verilecek evrakın önceden hakime gösterilmesine izin verilmediğinde sanığa verilmesinin engellenebileceğini, suç duyurusunda bulunmamanın gerekebileceği hallerde(Al.CK 138) bu evrakın emniyet altına alınabileceğini söylemektedir. Bizde de m.144 ün yeni düzenlemesiyle belli suçlar bakımından sınırlama getirilmesi muhakemenin yapılabilmesini mümkün kılmak bakımından yararlı olabilirdi. (Aynı görüşte bkz.Öztürk, Cumhuriyet Gazetesi, 10 Ekim 1992; Gökçen, Elkoyma, 118).

suçlarda gözaltı süresi savcı emri ile dört güne kadar uzatılabileceğinden, ilk dört gün içinde gözaltına alınan sanıkla müdafinin görüşmesi mümkün olamayacaktır. Bunun dışında kamu davası açılana kadar hakim, devlet güvenliğini ilgilendiren suçtan tutuklu veya gözaltında bulundurulmuş sanık tarafından bilinmesini uygun görmediği hususların kendisine bildirilmesini yasaklayabilir. Tutuklama sebebine göre gerektiğinde kamu davasının açılmasına kadar sanıkla müdafinin görüşmelerinde bizzat hakim veya tayin edilecek naip veya istinabe olunan hakim hazır bulunabilir (m.16/5 DGMKYUHK. 4229 sayılı kanunla değişik). O halde bu sınırlamalar dışında sanık her zaman müdafii ile görüşebilir ve haberleşebilir. Görüldüğü gibi, CMUK müdafinin ancak "**tutuklu**" veya "**yakalanan kişi**" ile yaptığı konuşmaların dinlenemeyeceği ile sınırlı bir düzenleme getirmektedir. Bundan başka DGM kapsamına giren suçlar açısından ortaya çıkan farklı durumun da yasama tekniği açısından kabul edilebilir bir yanı yoktur. Kaldı ki, özellikle organize suçluluk söz konusu olduğunda, bazen müdafinin suç örgütünün bir üyesi gibi hareket ettiği görülmedik bir durum değildir. O halde bütün bu sakıncaları karşılamak üzere müdafii ile sanık arasında yapılan haberleşmenin denetlenmesinin yasak olduğu ve bunun hangi hallerde mümkün olabileceği konusunda açık bir düzenleme getirilmesi yerinde olacaktır.

Öte yandan uygulamada sıkça karşılaşılan bir diğer sorun da bir suçun DGM'nin görev alanına girip girmediğinin belirlenmesi safhasında ortaya çıkmaktadır. Bu ise çoğu zaman kolluğun inisiyatifindedir. Kolluk bilerek veya bilmeyerek yanlış bir değerlendirme yapacak olursa, yargılama prosedürü tamamen değişeceğinden sanığın bazı haklarından yararlanması mümkün olmayacaktır. O halde aynı kanunun DGM'lerde farklı bir şekilde uygulanmasının önüne geçilmeli, aynı sistem içinde farklı yargılama-lara son verilmelidir.

### 3. Rızanın Önemi

Haberleşmenin taraflarından birinin rızasına dayanarak uzakla haberleşmenin ne dereceye kadar denetlenebileceği sorunu, incelenen ülkelerden yalnızca ikisinde yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur. Örneğin **İngiltere**'de, konuyla ilgili kanun, şayet diğer tarafın denetlemeye rıza göstermiş olduğunu kabul etmek için makul nedenler varsa, bu takdirde denetlemenin hukuka aykırı olmadığını öngörmektedir. **Avusturya**'da da haberleşme şebekesi sahibinin açık muvafakati tedbiri hukuka uygun hale getirmektedir<sup>103</sup>. Bu konuda yasal düzenlemeye yer vermeyen ülkelerde uygulamanın yeknesak ve açık olmadığı görülmektedir. Mağdurun rızası ile gizli dinleme tedbirlerinin meşruluğu, telefonla yapılan tehdit ve şantaj durumlarında önem taşımaktadır; bunun yanında şüpheliyi ele geçirmek için güvenilir kişiden yararlanmanın da<sup>104</sup> geniş ölçüde uygulamaya geçirildiği görülmektedir. Almanya ve

<sup>103</sup> Schwarz, LB Österreich, 58 vd.

<sup>104</sup> Kavram için Öztürk/Erdem/Özbek, Ceza Muhakemesi, no.348.26; Erdem, Gizli Soruşturma Tedbirleri, 249 vd.

Fransa'da bu noktada yüksek mahkeme kararlarının oldukça duyarlı olduğu gözlenmektedir. Güvenilir kişinin rızası durumunda da yetkili hakim tarafından her halde biçimsel bir karar verilmesi aranmaktadır. Bu noktada özellikle, yasal koşulların dolaşılması ve böylece şüphelinin provoke edilmesi tehlikesine işaret edilmektedir<sup>105</sup>.

Almanya'da haberleşmenin karşı tarafındaki kişinin rızası durumunda, kanunda aranan koşullara riayet etmeksizin de, uzakla haberleşmenin denetlenmesi yoluna gidilip gidilemeyeceği sorununa ilişkin tartışmalar, bireyin temel hak ve özgürlüklerinden vazgeçmesi sorununa bağlı olarak yürütülmektedir. Haberleşme özgürlüğü üzerinde esas itibariyle bireyin tasarruf edebileceği kabul edilmekle birlikte<sup>106</sup>, bundan vazgeçmenin kapsamı ve etki alanı konusunda öğretideki görüşler birbirinden önemli ölçüde ayrılmaktadır. Baskın görüş, *tek yanlı rızayı yeterli* görmektedir; çünkü konuşmaya katılan kişilerin aralarında geçen bir konuşmanın içeriğinin korunmasına yönelik bir talep hakkı yoktur. Bunlardan her biri, diğerinin onayı olmaksızın konuşmanın içeriğini, konuşmanın dışında kalan bir üçüncü kişiye aktarabilir<sup>107</sup>. Buna karşılık bizce daha yerinde olan başka bir görüş<sup>108</sup>, bireyin hiç bir durumda bir başkasına ait temel hak ve özgürlük üzerinde tasarrufta bulunamayacağını ve bundan vazgeçeme-yeyeceğini ileri sürmektedir. Uygulamada ise, bu konuda yeknesak bir eğilim kendisini göstermemektedir<sup>109</sup>.

Kanaatimizce de, haberleşmenin karşı tarafının tek yanlı olarak bunun içeriğinin denetlenmesi konusunda gösterdiği muvafakat, haberleşmenin denetlenmesi konusundaki kanun hükümlerinin bertaraf edilmesi için bir gerekçe oluşturmaz. Böyle bir durumda dahi, haberleşmenin denetlenmesine ilişkin olarak kanunun aradığı bütün koşulların gerçekleşmesi aranacaktır.

### C) ŞÜPHE BAKIMINDAN

<sup>105</sup> Almanya için bkz. **Lücking**, LB Deutschland, 30; Fransa için bkz. **Oudijk/ Rambach**, LB Frankreich, 139; İsviçre için bkz. **Müller**, LB Schweiz, 86 vd.

<sup>106</sup> Bonner Kommentar-**Badura**, Art.10 no.27; **Maunz/Dürig**, Art. 10 no.30; **Welp**, 71; **Lehmann**, 39

<sup>107</sup> LR-**Meyer**, 23. Aufl. § 100a no.4; **Welp**, 71; **Aubert**, 76; **Lehmann**, 41. Öğretide esas itibariye aynı doğrultuda düşünen bazı yazarlar (SK-**Rudolphi**, § 100a no.9; LR-**Schäfer**, 24. Aufl. § 100a no.9a; **Groß-Spreitzer**, 35 vd.), diğer tarafın muvafakatiyle *kayıt yapılmasının* yasak olduğu sonucuna varmaktadırlar

<sup>108</sup> **Amelung/Pauli**, MDR 1980, 801 vd.; **Gusy**, JuS 1986, 95. Bu görüş, aksi yöndeki bir yorumun, aynı zamanda kötüye kullanmaya açık kapı bırakacağını da vurgulamaktadır.

<sup>109</sup> OLG Hamm bir kararında, hakim tarafından verilmiş bir karar olmaksızın da kolluğun, sanığın rızasına dayanarak onun uyuşturucu madde gönderecek kişi ile yaptığı telefon konuşmanın dinlenebileceği sonucuna ulaşmıştır. Bkz. StV 1988, 374 vd.; **Krehl**'in açıklamasıyla birlikte. Aynı kararın eleştirisi için ayrıca bkz. **Füllkurg**, Kriminalistik 1990, 351 vd. Alman Federal Mahkemesi de bir kararında *güvenilir kişinin rızasıyla* bir telefon konuşmasının *kaydedilmesini* hukuka aykırı görmüş, fakat konuşmaya yalnızca iştirak edilmesinin hukuka uygun sayılıp sayılmayacağı sorununa yanıt getirmemiştir (BGHSt 31, s. 304; **J. Meyer**'in açıklamasıyla birlikte, NSZ 1983, 467).

Bir ceza muhakemesi ancak bir şüphe üzerine başlayabilir. Ceza muhakemesi işlemlerine başvurmak bakımından ceza muhakemesinin değişik aşamalarında farklı ağırlıkta şüphe aranmaktadır. Gerçekten ceza muhakemesinde şüphe, hazırlık soruşturmasının başında sadece soruşturma makamlarının delillere dayanan tahmini iken, soruşturmanın ilerleyen aşamalarında iddiaya ve savunmaya ilişkin delillerin eşit değerde görünmesi ve bu nedenle ilgililerin iddia veya savunma lehy veya aleyhinde kesin bir kanıya sahip olamamalarıdır<sup>110</sup>. Bu anlamda ceza muhakemesinde şüphe, basit şüphe ve yoğun şüphe olarak ikiye ayrılabilir<sup>111</sup>. Basit şüphe hazırlık soruşturmasına başlanmak için yeterli olan sayıca az ve/veya yetersiz bulunan delillere dayanan şüphedir. Yoğun şüphe ise, yeterli ve kuvvetli şüphe olmak üzere ikiye ayrılabilir: Buna göre sanığın mahkum olma ihtimalinin beraat etmesi ihtimalinden daha kuvvetli olduğunu ortaya koyan delillere dayanan şüphe yeterli şüphe iken, yapılacak duruşmada sanığın mahkum olması ihtimalinin kuvvetli olduğunu ortaya koyan delillere dayanan şüphe ise kuvvetli şüphedir.

Uzakla haberleşmenin denetlenmesi için aranacak şüphenin derecesinin ne olacağı konusunda düzenleme getiren ülkeleri esas itibarıyla ikiye ayırmak gerekir<sup>112</sup>. Bazı ülkelerde, diğer koruma tedbirleri açısından yer verilen genel düzenlemeler, uzakla haberleşmenin denetlenmesi için de uygulama alanı bulurken; bazı ülkeler uzakla haberleşmenin denetlenmesinde aranacak şüphe derecesine ilişkin olarak özel koşullar öngörmüş bulunmaktadır. İlk gruba giren ülkelerden **Fransa**'da, suç şüphesi bakımından diğer koruma tedbirleri için de aranan ve her bir soruşturma aşamasına göre ayrı ayrı belirlenmiş olan şüphe derecesi ile yetinilmektedir. Uzakla haberleşmenin denetlenmesi için, tedbire, ancak mahkeme tarafından yapılacak ön soruşturma aşamasında başvurulabileceğinden, burada **ağır şüphe nedenlerinin** bulunması gerekmektedir<sup>113</sup>. Yine bu gruba giren ülkelerden **İngiltere**'de, arama ve tutuklama gibi diğer koruma tedbirlerinin aksine, buna ilişkin kanun, **özel bir suç şüphesini** şart kılmamaktadır<sup>114</sup>.

İkinci gruba giren ülkelerden **İsviçre**'de şüpheyeye dayanak oluşturan **belirli olguların** bulunması aranmaktadır. Bundan anlaşılacak ise, halen mevcut ve somutlaşmış ve fakat basit suç şüphesidir<sup>115</sup>. **Avusturya**'da ise daha yüksek bir şüphe derecesi, yani **kuvvetli suç şüphesi** aranmaktadır<sup>116</sup>. **Almanya**'da, uzakla haberleşmenin denetlenmesi için, **belirli olguların katalogda yer alan bir suçun işlendiği şüphesine dayanak olması** aranmaktadır. **Belirli olgular** kavramından anlaşılması gereken, kriminalistik deneyimlere göre soyut bir beklentinin üzerinde olan olgulardır. Bu bakımdan şüphenin

<sup>110</sup> Öztürk/Erdem/Özbek, Ceza Muhakemesi, no.270.

<sup>111</sup> Öztürk/Erdem/Özbek, Ceza Muhakemesi, no.270.

<sup>112</sup> Ayrıca bkz. Gökçen, 191 vd.

<sup>113</sup> Oudijk/ Rambach, LB Frankreich, 127, 133

<sup>114</sup> Klumpe, LB Großbritannien, 101

<sup>115</sup> Müller, LB Schweiz, 74

<sup>116</sup> Schwarz, LB Österreich, 50

somutlaşmış olması aranmakta, fakat belirli bir yoğunlukta olması gerekmemektedir<sup>117</sup>. Yani, uzakla haberleşmenin denetlenmesinde, tutuklamada olduğunun aksine, kuvvetli suç şüphesinin bulunması; yani soruşturmanın hali hazırdaki durumuna göre sanığın suçu işleme olasılığının yüksek olması<sup>118</sup> da gerekmemektedir. Öte yandan, kamu davasının açılması için gerekli olan ve hazırlık soruşturması sonunda sanığın mahkum olmasının beraat etmesine göre daha yüksek bir olasılık oluşturması anlamında<sup>119</sup> yeterli şüphenin mevcudiyeti de aranmamaktadır. Çünkü, bu şüphe derecesine ancak uzakla haberleşmenin denetlenmesinden sonra ulaşılma olasılığı vardır<sup>120</sup>. Ancak öğretilde, oranlılık ilkesinden hareketle, şayet tedbire sanığın oturduğu yerin araştırılması amacıyla başvurulmuşsa, yakalama kararı verilmesi için aranan kuvvetli şüphenin bulunması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>121</sup>.

Hukukumuzda haberleşme araçlarının denetlenmesine ilişkin açık yasal düzenleme olmadığı gibi, dolayısıyla hangi şüphe derecesinde bu koruma tedbirine başvurulacağı konusunda da bir açıklık yoktur. O halde sorun, genel hükümler çerçevesinde ve tedbirin niteliğine göre çözümlenmelidir. Ne var ki burada iki ayrı şüphe derecesini birbirinden ayırmak gerekir: Bu da failin o suçu işlediğine ilişkin suç şüphesi, diğeri de haberleşme araçlarının dinlenmesi için gerekli olan şüphe. Suç şüphesi kuvvetli, yeterli veya basit olabilir. Ancak, söz konusu tedbire başvurabilmek için gerekli olan şüphe daima ihbar, gözetleme, iz takibi gibi olaylara dayanan ve tedbirin amacına ulaşabilmesi için gerekli ve yeterli olan bir ummadır. Örneğin, bir ihbar varsa, bazı delillere ulaşılacağı sadece umulur. Bu da daha çok basit şüpheye karşılık gelmektedir. Nitekim, bu tedbire başvurabilmek bakımından tedbire maruz kalan kişinin sanık olması dahi gerekmez. Hatta üçüncü kişilerin dahi denetlemeye katlanması gerekir. Bu anlamda şüphenin somutlaştırılmış olması da şart değildir. Bununla birlikte, belli belirsiz bir şüphe de yeterli olamaz. Ancak haberleşme araçlarının denetlenmesi bakımından basit şüphenin yeterli olduğunu ileri sürebilmek için denetlemeye dayanak olan suçun niteliği ve ağırlığına bakmak gerekir. Buna göre, somut olayın özellikleri gözönüne alındığında isbatı oldukça zor olan bazı suçlar bakımından, örneğin örgütlü olarak işlenen uyuşturucu, silah, insan veya organ ticareti veya terör suçları gibi suçlarda, basit bir şüphenin tedbire başvurabilmek için yeterli olduğu kabul edilebilir. Böyle bir kabul de ancak **oranlılık ilkesi** ve bu ilke içinde yer alan **ikincillik ilkesi** (veya ikinci derecede uygulanabilirlik ilkesi) ve **aşırılık yasağına** aykırılık teşkil etmiyorsa makul sayılabilir<sup>122</sup>. Bu anlamda ummaya

<sup>117</sup> LR-Schäfer, § 100a no.12; Maunz/Dürrig, Art.10 no.49; Welp, 82; krş. Hall, JZ 1968, 162

<sup>118</sup> Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 112 no.5; Öztürk/Erdem/Özbek, Ceza Muhakemesi, no. 270

<sup>119</sup> Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 203 no.2; Öztürk/Erdem/Özbek, Ceza Muhakemesi, no. 270

<sup>120</sup> Lücking, 18

<sup>121</sup> LR-Schäfer, 24.Aufl. § 100a no.14; Schlüchter, no.349; KK-Laufhütte, § 100a no.7

<sup>122</sup> Hukuk devleti, kişilere eşit mesafede olan, yani onlara eşit davranması gereken devlettir. Ancak, ceza hukuku alanında bu eşitlik bazı hallerde oranlı olmayı şart koşar. Çünkü, öyle bazı ceza hukuku işlemleri vardır ki, bu işlemin yapılması ile sağlanması beklenen yarar ve verilmesi imkan dahilinde

dayanan yüzeysel bir araştırma yapmak amacıyla bu tedbire başvurulamaz. Aksi halde hukuk devletinin sağladığı güvenceler ihlal edilmiş olacaktır.

"Bazı Örgütlü Suçlarla Mücadele Kanun Tasarısı" ilk metninde diğer gizli tedbirlerde olduğu gibi, uzakla haberleşmenin denetlenmesi açısından "**makul kuşku nedenleri**" aramaktaydı. Kanaatimizce bununla anlatılmak istenen, hazırlık soruşturmasına başlamak için gerekli olan, "**basit şüphe**" (başlangıç şüphesi) idi. Hemen belirtelim ki, makul kuşku açısından Tasarı oldukça tehlikeli bir hükme de yer verilmekteydi. Buna göre "**birden çok kimsenin birlikte veya başkasına ait yasal veya yasa dışı bir menfaati korumak amacıyla hareket etmeleri veya benzeri eylemlerden dolayı daha önce koğuşturulmuş bulunması**" durumunda makul kuşku nedeni, karine olarak kabul edilmekteydi. Hemen belirtelim ki, birden fazla kişinin "**yasal bir menfaati**" korumak için bir araya gelmesinin niçin bu tedbire başvurulmasını gerektirdiğini açıklamak olanaksız olduğu gibi, bir kişi hakkında "**daha önce koğuşturma yapılmış olması**"nın makul kuşku için yeterli sayılması, bir kere ceza koğuşturma organlarının "**ağına düşen**" kişinin kolayca kurtulmasını olanaksız kılmaktaydı ki, bu durum masumluk karinesinin dayanağını oluşturan Anayasa m. 38 ve AİHS m. 6/2 ye aykırılık oluşturmaktaydı. Belirtilen bu sakıncalar nedeniyle olsa gerek daha sonra tasarı "**iletişimin dinlenmesine veya tesbitine ilişkin kararlar, ancak kuvvetli belirtilerin varlığı halinde verilebilir**" biçiminde değiştirilmiştir ve değişiklik. 4422 s.K.la aynı şekilde yasalaşmıştır(m.2/2). Buradaki "**kuvvetli belirti**" terimi ile anlatılmak istenenin "**kuvvetli şüphe**" olarak kabul edilmesi gerektiği söylenebilir. Bu durum karşısında artık Kanuna göre basit hatta yeterli şüphe dahi bu tedbire başvurulabilir bakımından yeterli değildir; ancak muhakeme sonunda **sanığın mahkum olması kuvvetle muhtemel ise** uzakla haberleşmenin denetlenmesi koruma tedbirine başvurulabilir. Bununla birlikte, böyle bir düzenlemenin de sakıncalı bazı sonuçlar doğurabileceği söylenmelidir. Gerçekten soruşturmanın sanığın mahkum olmasının kuvvetle muhtemel olduğu bir aşamasında çoğu kere soruşturma makamla-

---

olan zarar arasında oranın bulunmasını, aksi halde işlem den vazgeçilmesini gerektirir. İşte bu durumu ifade eden ilkeye **oranlılık ilkesi** denir(Öztürk/Erdem/Özbek, Ceza Muhakemesi, no.89).

Oranlılık ilkesinin bir sonucu, bir uzantısı olarak niteleyebileceğimiz bir diğer ilkedden daha sözetmek gerekmektedir. Bu ilke **ikincillik ilkesi**dir. Gerçekten ceza muhakemesi hukuku barış içinde birlikte yaşamın güvenliğini sağlamak bakımından onun araçlarına başvurulması kaçınılmaz olduğu zaman devreye girmelidir. Bu ilkeye göre temel hak ve özgürlükleri yargıdan önce kısıtlayan bir koruma tedbirine ancak delil elde etmek veya sanığı yakalamak bakımından başka bir imkan yok ise başvurulabilir. İlke koruma tedbirleri arasında da geçerlidir. Örneğin, haberleşme özgürlüğünü sınırlayan, özel hayatın gizliliğini ihlal eden telefonun denetlenmesi koruma tedbirine başvurulmadan diğer bir koruma tedbiri/tedbirleri vasıtasıyla delillere ulaşılabilecekse ve/veya sanık yakalanabileceksse artık bu tedbire başvurulmamalıdır. Aksi halde **aşırılık yasağı** ile karşılaşılır. Buna göre ceza muhakemesinde bir koruma tedbirine başvurulurken öncelikle temel hak ve özgürlüklere en az müdahaleyi sağlayacak koruma tedbiri uygulanmalıdır. Diğer bir deyimle arama koruma tedbirine başvurulurken aşırıya kaçılmamalı, tedbire ancak gerekliyse başvurulmalıdır(Özbek V.Özer, Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, (Yayınlanmamış Doktora Tezi) İzmir 1996, s.64).

rının artık böyle bir tedbire başvurma ihtiyacı da kalmayabilir. Diğer yandan, şüphenin yoğunlaşarak kuvvetli şüphe haline gelmesini beklemek, bazen bu bekleyişi geç kalınması suretiyle delilin ortadan kaldırılması veya sanığın kaçmasına neden olunması suretiyle boşa da çıkartabilir. Kanunun bu şekilde kuvvetli şüphe aramasındaki sebebin, çoğu kere maruz kalanın haberinin dahi olmadığı ve başta özel hayatın gizliliği olmak üzere pek çok temel hak ve özgürlüğü sınırlayan bu tedbirin tam olarak ortaya konulamayan ve sınırları çizilemeyen basit şüphe kavramı altında kötüye kullanma endişesi olabilir. Ancak böyle bir endişe tedbiri uygulanamaz hale de getirilmelidir. Kanımızca Kanundaki "*kuvvetli belirti*" teriminin kullanılması kuvvetli şüphe olmayıp, basit şüphe kavramındaki belirsizliği ortadan kaldırma endişesinin bir sonucu olarak basit şüpheden ne anlaşıldığını ortaya koyma çabasıdır. Gerçekten yukarıda da açıklandığı üzere **basit şüphe olaylara**, Tasarının deyimiyile belirtilere, **yani delillere dayanmalıdır. Aksi halde, ortada şüphe değil, tahmin söz konusu olacaktır.** İşte Tasarının kuvvetli belirti ile ifade etmek istediği yaşanmış somut olaylardır. Örneğin, uyuşturucu naklinde kullanılan otomobilin park ettiği evin telefonları bu anlamda dinlenebilmelidir. Suç organizasyonlarının diğer bireylerine ulaşmak veya yeni bir suç işleyip işlemeyeceklerinin saptanması bakımından böyle bir tedbire başvurulmak için artık ortada kuvvetli belirti yani, olaylara dayanan basit şüphe bulun-maktadır. Kaldı ki, tasarının kuvvetli şüphe terimini değil, kuvvetli belirti terimini tercih etmiş olması bu değerlendirmemizi haklı gösteren diğer bir husustur.

#### ***D) ORANLILIK İLKESİNİN BİR YANSIMASI OLARAK İKİNCİLLİK İLKESİ***

İncelenen ülkelerin hemen hepsinde oranlılık ilkesine ceza muhakemesinde de özel bir önem atfedilmektedir. Söz konusu ilke, uzakla haberleşmenin denetlenmesi ile bireyin özel hayatı arasındaki ilişkide, her şeyden önce çatışan bu menfaatler arasında adil bir değerler tartımını gerekli kılmaktadır. Oranlılık ilkesi, tedbire başvurulması için biçimsel ve maddi koşullar getirilmek suretiyle müdahale yetkisinin kanunla sınırlan-dırılmasını gerektirdiği gibi, somut olayda tedbirin gerekliliği açısından da düzeltici bir rol oynamaktadır. Bu konuda **İsviçre** ve **İngiltere**'de yasal düzenleme çerçevesinde **ikincillik ilkesine** yer verilmiş bulunmaktadır. **Avusturya**'da ise, öğretiy ve uygulama, ilkeyi, doğrudan doğruya İHAS m. 8 den istihraç etmektedir. Bu ilke uyarınca, başka tedbirlere başvurulduğunda delilin elde edilmesi **sonuçsuz kalacak** veya en azından **önemli ölçüde güçleşecekse**, ancak bu takdirde uzakla haberleşmenin denetlenmesi mümkün olmaktadır. Bu durum, somut olayda başka tedbirlerin uygula-nabilirliğine yönelik önceden tahmine dayalı bir değerlendirme yapma zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir<sup>123</sup>. Buna karşılık geleneksel olarak ceza muhakemesinde delil elde etme serbestliği ilkesinin kabul edildiği **Fransa**'da ikincillik ilkesine herhangi bir önem atfedilmiş değildir<sup>124</sup>.

<sup>123</sup> Lücking, 159

<sup>124</sup> Oudijk/ Rambach, LB Frankreich, 128 vd.



Biz *ikincillik* ve *oranlılık ilkesinin* birbiriyle olan ilişkisi bakımından Almanya'daki durumu ayrıca ele alacağız. Almanya'da, temel hak ve özgürlükleri önemli ölçüde sınırladığı düşünülerek, olayın soruşturulması veya sanığın oturduğu yerin araştırılması *başka türlü sonuçsuz kalacak* veya *önemli ölçüde güçleşecekse*, ancak bu takdirde tedbire karar verilmesine olanak tanınmaktadır. Oranlılık ilkesinin bir yansıması olan<sup>125</sup> bu düzenleme çerçevesinde, öncelikle tedbirin istenen sonuca ulaşmaya yarayacak nitelikte, yani delil elde etmeye elverişli olması aranmaktadır<sup>126</sup>. Ayrıca bunun dışında ultima ratio olarak tedbirin gerekliliği açısından bir değerlendirme yapılmalı; bu nedenle, başka bir tedbire başvurulduğunda da olayın aydınlatılması şansının eşit olduğu durumlarda uzakla haberleşmenin denetlenmesi yoluna gidilmemelidir<sup>127</sup>. Baskın görüş<sup>128</sup>, başka bir tedbire başvurunun, kabul edilemez biçimde zaman ve emek harcamayı gerekli kılmasını da, *önemli ölçüde güçleşme* olarak değerlendirmektedir.

Bu noktada önemli bir tartışma konusunu da, oranlılık ilkesinin ikincillik ilkesi dışında, herhangi bir rol oynayıp oynayamayacağı oluşturmaktadır. Bazı yazarlar<sup>129</sup>, oranlılık ilkesinin, *somut olayda düzeltici olarak* başkaca sınırlamaları da gerektirebileceği sonucuna varmaktadırlar. Örneğin, olayı aydınlatma şansının çok az olmasına karşılık, olayla ilgisi olmayan çok sayıda kişinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilecek olması, kusurun azlığı, elde edilen bilgilerin değerlendirilmesi veya denetlemenin süresi ve sair durumlar.

İkinci derecede uygulanabilirlik koşulunun, uygulamada çok az ve sınırlı bir etkiye sahip olduğu ileri sürülmektedir<sup>130</sup>. Çünkü başka bir tedbirle aynı sonuca ulaşılabilecek ise, bu aynı zamanda olayın aydınlatılmasının aksi takdirde önemli ölçüde güç olacağı anlamına da gelmektedir<sup>131</sup>. Bu yüzden uygulama, *sonuçsuzluk* alternatifi yerine, önemli ölçüde güçleşme alternatifi üzerinde yoğunlaşacak ve böylece sonuçsuzluk alternatifi uygulamada dikkate alınmayacaktır<sup>132</sup>. Kaldı ki,

<sup>125</sup> Kaiser, NJW 1969, 19; Aubert, 66; Meier, 34

<sup>126</sup> BVerfGE 30, s.1; Rudolphi, Grenzen der Überwachung des Fernmeldeverkehrs nach den §§ 100a, b StPO, FS für Schaffstein, 1975, 436; Schumacher, 187; Klöhn, 254.

<sup>127</sup> KK-Laufhütte, § 100a no.7; LR-Schäfer, § 100a no.13; SK-Rudolphi, § 100a no.13; karşı görüş Welp, 67 dn.106

<sup>128</sup> Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 100a no.7; KK-Laufhütte, § 100a no.7; Joecks, Die strafprozessuale Telefonüberwachung, JA 1983, 59; Meier, 35; karşı görüş KMR-Müller, § 100a no.11

<sup>129</sup> Klöhn, 259 vd.; Maiwald, JuS 1978, 381; Prittwitz, StV 1984, 304; LR-Schäfer, § 100a no.14; KK-Laufhütte, § 100a no.8; karşı görüş Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 100a no.4; Knauth, NJW 1978, 742

<sup>130</sup> Ranft, Verdeckte Ermittler im Strafverfahren nach dem Inkrafttreten des OrgKG, Jura 1993, 449 vd. krş. Hassamer, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität, KritJ 1992, 67 vd. Yazar, uygulamada bu koşulun herhangi bir etkisinin olmayacağını düşünmektedir.

<sup>131</sup> Ranft, Jura 1993, 449 vd.; Hassamer, KJ 1992, 68

<sup>132</sup> Hassamer, KJ 1992, 68

yüksek teknolojiye dayalı bir tedbirin, geleneksel metodlara göre önemli kolaylık getirmeyeceği de söylene-mez<sup>133</sup>.

4422 sayılı Kanunun 2/3. maddesinde, "**başka bir tedbir ile failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin ele geçirilmesi mümkün ise**" uzakla haberleşmenin denetlenmesi yoluna gidilemeyeceği öngörülmek suretiyle oranlılık ilkesi ya da onun bir yansıması olan ikincillik ilkesi dikkate alınmış olmaktadır. Böylece bir yandan, klasik koruma tedbirlerine başvurmak suretiyle istenen amaca ulaşmanın mümkün olduğu durumlarda uzakla haberleşmenin denetlenmesi yoluna gidilemeyeceği gibi, diğer yandan Kanunda yer alan ve uzakla haberleşmenin denetlenmesine göre temel hak ve özgürlüklere daha ağır müdahale oluşturan başka tedbirler ile<sup>134</sup> uzakla haberleşmenin denetlenmesi tedbiri arasında da öncelik-sonralık ilişkisi söz konusu olacaktır.

### C) SUÇ BAKIMINDAN

Genel olarak, bütün batı Avrupa ülkelerinde uzakla haberleşmenin denetlenmesi yoluna gidebilmek için **belirli suç grupları** veya **failin ağırlığı** veya **işlenme biçimi** göz önünde bulundurulmaktadır<sup>135</sup>.

Uzakla haberleşmenin denetlenmesinin maddi koşulu olarak, ilk planda yanıt aranması gereken sorun, hangi suçların bireyin özel hayatına bu yolla müdahalede bulunmayı haklı kılacağıdır. İnceleme konusu ülkelerin tümünde tedbirin bütün suçlar bakımından sınırsız olarak uygulanmasına olanak tanınmamakta ve bu konuda bazı sınırla-malara gidilmektedir. Konuyla ilgili getirilen düzenlemeler üç ayrı çözüm modeli ortaya koymaktadır.

**a) Almanya ve Birleşik Amerika'da**, söz konusu suçlar katalog içinde **sınırlayıcı** olarak sayılmak suretiyle belirlenmiştir.

**b) Bugün Avusturya, ve Fransa'da** başvuru bir diğer çözüm modelinde, tedbirin uygulanabileceği suçlar bakımından **mutlak cezalandırılabilirlik sınırı** getirilmektedir<sup>136</sup>.

<sup>133</sup> Hassamer, KJ 1992, 68

<sup>134</sup> Örneğin Kanunun 4. maddesinde düzenlenen "gizli izleme" gibi.

<sup>135</sup> Gropp, in: Besondere Ermittlungsmaßnahmen, 819; Gökçen, 190 vd.

<sup>136</sup> Örneğin Avusturya'da yalnızca bir yıldan daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren ve kasden işlenen suçlarda, buna karşılık Fransa'da ise en az iki yıl hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren cürüm ve cünhalarda tedbirin uygulanması söz konusu olabilmektedir. Esas itibarıyla tutuklamanın da maddi koşullarını oluşturan çerçevede tedbire karar verme yetkisi söz konusu olmaktadır, Lorenz, 341. Özellikle asgari cezalandırılabilirliğin bir yıl olarak öngörüldüğü Avusturya'daki müdahale yetkisinin oldukça geniş olduğu gözlenmektedir. Diğer koşullar gerçekleştiği sürece, cürümler yanında **cünhalar** bakımından uygulama da bir aşırılık olarak değerlendirilmektedir. Aynı durum **suça teşebbüs** bakımından da geçerlidir. Cezalandırılan **hazırlık hareketleri** özellikle Almanya ve Avusturya'da kanunda açıkça belirtilen gerekliliklere bağlı bulunmaktadır (Avusturya için bkz. Schwarz, LB Österreich, 50; Almanya için bkz. Lücking, LB Deutschland, 19).

c) Nihayet üçüncü model, **suçun ağırlığı** ölçütünden hareket etmektedir. Bu model **İngiltere, Fransa ve İsviçre**'de uygulama alanı bulmaktadır<sup>137</sup>. Her üç çözüm modeli açısından da, tedbirin belli ağırlıktaki suçları aydınlatmak ve özellikle de organize suçluluğa karşı mücadelede etkili bir araç meydana getirmek olduğu düşüncesi egemendir. Bazı ülkelerde ise, yukarıdaki modellerin birkaçı bir arada uygulanmaktadır. Örneğin **Danimarka**'da, fiilin altı yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektirmesi veya kasden işlenen devletin korunması ile ilgili bir suç olması veya katalog içerisinde sayılmış altı suç tipinden birine girmesi aranmaktadır<sup>138</sup>.

Almanya'daki düzenleme bu bakımdan ele alınırsa, § 100a c.1 StPO daki **katalog** birçok suç tipini ihtiva etmektedir<sup>139</sup>. Yasa koyucunun başlangıçtaki niyeti, temel hak ve özgürlükleri daha geniş çerçevede korumak için, ceza koşturması amacıyla uzakla haberleşmenin denetlenmesini, yalnızca devletin güvenliği aleyhine işlenen belirli suçlarla sınırlandırmak idi<sup>140</sup>. Ancak sonradan yapılan değişiklikle katalogda yer alan suçların kapsamı yine aynı düşünce ile genişletilmiş ve silah ve uyuşturucu madde ticareti de katalog içerisine alınmıştır<sup>141</sup>. Denetleme yetkisini, tek tek sayılan belirli suç tipleriyle sınırlandırma çabası, öğretideki yazarlar tarafından da genellikle yerinde görülmüştür. Ancak burada suç katalogunun kapsamının genişletilmesi ve yapısının esnekleştirilmesi her şeyden önce suç politikası açıdan eleştiri ile karşı karşıya kalmıştır<sup>142</sup>. Öte yandan katalogda yer alan suçların sınırlandırılması

<sup>137</sup> Bu konuda İsviçre'de kumulatif ve/veya alternatif olarak yararlanılan **suçun kendine özgürlüğü** ölçütünün de pratik bir sonucunun bulunmadığı; bu kriterin açık ve objektif olmadığı ileri sürülmektedir. Fransa'da da yasal düzenlemeden önce öğretide benzer eleştiriler ileri sürülmüştür. Buna karşılık İngiltere'de suçun ağırlığı somut olarak gösterilmiştir. Bir taraftan şiddet kullanma, önemli finansal kazanç veya birden çok kişinin suça iştiraki; diğer taraftan da üç yıldan fazla bir cezanın beklenmesi aranmaktadır (**Klumpe**, LB Großbritannien, 100).

<sup>138</sup> **Cornils/Kohls**, 86

<sup>139</sup> Bu suçlar; barışı tehlikeye düşürmeye, vatana(federal devlete) ihanete, demokratik hukuk devletini tehlikeye düşürmeye, eyalete ihanete ve dış güvenliği tehlikeye düşürmeye ilişkin suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, kamu düzenine karşı suçlar, askerden kaçmaya azmettirme ve yardım veya itaat etmemeye azmettirme, para ve kıymetli evrakta sahtecilik, insan ticareti, adam öldürme, ölümlü sonuçlanan müessir fiil veya soykırım, kişi özgürlüğü aleyhindeki bir suç, yağma, yağma niteliğine bürünmüş şantaj, şantaj, kamuyu tehlikeye düşüren suçlar ile Silah Kanunu ve Uyuşturucu Maddeler Kanunu'nda belirtilen suçlardır.

<sup>140</sup> BT/Dr. V/1880, s.12

<sup>141</sup> BR/Dr. 117/73, s.66

<sup>142</sup> Özellikle § 100a StPO daki katalogun § 138 StGB deki suçlarla aynı olması yerinde görülmemiştir. Çünkü § 138 StGB uyarınca ihbarda bulunma yükümlülüğünü hukuka uygun hale getiren belirli suçların önlenmesine yönelik menfaat, §§ 100a vd. StPO anlamında aynı fiilin aydınlatılmasına yönelik menfaate eş tutulmamalıdır. Örnek olarak, önlenmesini gerçi kamuya ait özel bir menfaatin gerekli kılmadığı; fakat şüphelinin ele geçirilmesi amacı ile uzakla haberleşmenin denetlenmesi kadar ağır bir temel hak müdahalesi oluşturmayan toplum için tehlikeli belirli suçlardan söz edilmektedir. **Arzt**, 76; **Welp**, 64; **Schumacher**, 164; **Lehmann**, Peter, Die Grenzen der Überwachung des Fernmeldeverkehrs als strafprozessuale Maßnahme nach den §§ 100a StPO, Regensburg 1978, s. 108; **Meier**, 31

bakımından bazı yazarlar<sup>143</sup> *suç politikası ihtiyaçlarını* ön planda tutarken; diğerleri<sup>144</sup>, her bir suçun *ağırlık derecesini* göz önünde bulundurmaktadırlar. Suç politikası ihtiyaçlarına, yani amaca uygunluk düşüncesine öncelik veren yazarlar, kişi özgürlüğüne yönelik suçları bağlantı suç olarak kabul etmektedirler<sup>145</sup>. Aynı durum, uyuşturucu madde ve silah kaçakçılığı suçları açısından da geçerli olup, burada da ceza koşturmasının etkinliğine yönelik ihtiyaçlar açıkça kendisini göstermektedir; çünkü uzakla haberleşmenin denetlenmesi, her şeyden önce organize suçlulukla mücadelede etkili bir araç olarak değerlendirilmektedir<sup>146</sup>. Bu nedenle bugün giderek artan oranda, katalogun organize biçimde işlenen malvarlığına yönelik suçlarla iktisadi suçlar için de geçerli olması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>147</sup>.

Fakat bu noktada kendisini gösteren tehlikeli bir duruma da işaret edilmelidir ki, bu da, bir ceza koşturmasının etkinleştirilmesi gerekçesiyle, denetlemeyi gerektiren suçların sayısının gelişigüzel artırılmasıdır<sup>148</sup>. Bazı yazarlar, katalogun esnekleştirilmesi suretiyle, ortaya çıkan yeni suç stratejilerine uyum sağlanması zorunluluğundan söz etmektedirler<sup>149</sup>.

Bizde 4422 sayılı Kanun, hakkında söz konusu tedbirin uygulanabileceği suçlar bakımından asgari bir cezalandırılabilirlik sınırı öngörmediği gibi, söz konusu suçları katalog içerisinde tek tek belirleme yoluna da gitmemiştir. Yalnızca 1. maddede "*suç örgütü*" tanımına yer verilmiş ve uzakla haberleşmenin denetlenmesi de bu tanım içerisinde giren suçlar açısından mümkün görülmüştür. Buna göre "*Doğrudan veya dolaylı biçimde bir kurumun, kuruluşun veya teşebbüsün yönetim ve denetimini ele geçirmek, kamu hizmetlerinde, basın ve yayın kuruluşları üzerinde, ihale, imtiyaz ve ruhsat işlemlerinde nüfuz ve denetim elde etmek, ekonomik faaliyetlerde kartel ve tröst yaratmak, madde ve eşyanın azalmasını ve darlığını, fiyatların düşmesini veya artmasını temin etmek, kendilerine veya başkalarına haksız çıkar sağlamak, seçimlerde oy elde, etmek veya seçimleri engellemek maksadıyla zor veya tehdit uygulamak veya kişileri kendilerine tâbi kılmaya zorlamak veya mensupları arasında her ne suretle olursa olsun açık veya gizli işbirliği yapmak suretiyle yıldırma veya korkutma veya sindirme gücünü kullanarak suç işlemek için örgüt kurmak veya örgütü yönetmek veya örgüt adına faaliyette bulunmak veya bilerek hizmet yüklenmek*" suç örgütü olarak tanımlanmakta ve buna gerek ceza ve gerekse ceza muhakemesi hukuku açısından bazı ağır sonuçlar bağlanmaktadır. Bu tanıma bakımından hangi suçlar açısından uzakla haberleşmenin denetlenmesi yoluna gidilebileceği açık değildir. Kaldı ki, uzakla haberleşmenin denetlenmesi de dahil, gizli

<sup>143</sup> Kaiser, NJW 1969, 19; Maunz/Dürig, Art.10 no.49; Lehmann, 111; Meier, 31

<sup>144</sup> Hall, JZ 1968, 162; Welp, 65; Schumacher, 166

<sup>145</sup> Lehmann, 111

<sup>146</sup> Mösch, Kriminalistik 1975, 337, 339; Meier, 32

<sup>147</sup> Lehmann, 112; Wolter, GS für Kaufmann, 762

<sup>148</sup> Bkz. Arzt, 76

<sup>149</sup> Mösch, Kriminalistik 1975, 337; Werner, Kriminalistik 1982, 134, 136

tedbirler organize suçla mücadele amacına dayandırıldığına göre bu tanım çerçevesinde neyin organize suç olduğunu kesin olarak ortaya koymak imkanı bulunmamaktadır. Kanımızca, Almanya'da olduğu gibi, organize olarak işlendiği şüphesi taşıyan suçların listesine yer vermek suretiyle tedbirin bu suçlar bakımından uygulanmasını sağlamak hukuk devletine daha uygun bir çözümdür<sup>150</sup>.

#### D) KARARI VERECEK MAKAM

Uzakla haberleşme araçlarının denetlenmesi kararının verilmesi bakımından üç sistemin bulunduğu söylenebilir<sup>151</sup>: **a-** Denetleme kararını idari bir makamın, örneğin savcının verdiği '**idari yetki sistemi**', **b-** Bu yetkinin adliye mensuplarında, örneğin hakimde olduğu '**adli yetki sistemi**' ve nihayet **c-** Denetleme kararını kural olarak hakimnin verdiği, ancak gecikmede sakınca bulunan hallerde savcının da karar vermeye yetkili olduğu '**karma yetki sistemi**'.

Bireyin temel hak ve özgürlüklerine yapılan müdahalenin ağırlığının tedbire karar verme yetkisi konusunda özel düzenlemelere yer vermek suretiyle göz önüne alınmış olacağı düşüncesiyle incelenen ülkelerin tümünde tedbire karar verme konusunda özel yetki kuralları öngörülmüştür<sup>152</sup>. Karşılaştırmalı hukukta genel olarak bu konuda iki ayrı çözüm yolunun benimsendiği görülmektedir: Birçok ülkede bu yetki adli organlara ait iken, **İngiltere**'de bu yetki yürütme organına tanınmış bulunmaktadır<sup>153</sup>. **Almanya, Avusturya, İsviçre** ve **Fransa**'da esas itibarıyla tedbire karar verme yetkisi **hakime** tanınmakta ise de, bu konuda önemli farklılıklar kendisini göstermektedir. Öncelikle belirtilmelidir ki, Almanya ve Avusturya'da tedbire karar verme yetkisi, hazırlık soruşturmasında herhangi bir görev üstlenmiş olmayan bağımsız bir hakime ait bulunmaktadır. Almanya'da bu, kural olarak sulh ceza hakimi iken; Avusturya'da üç hakimden oluşan bir hakimler kurulu tedbire karar vermektedir<sup>154</sup>. Buna karşılık İsviçre ve Fransa'da tedbire karar verme yetkisi, sorgu

<sup>150</sup> Benzer yönde **Sözür**, İHFM 1997, s. 109

<sup>151</sup> **Öztürk**, Postada Elkoyma, 24.

<sup>152</sup> Almanya için bkz. **Lücking**, LB Deutschland, 24; Avusturya için bkz. **Schwarz**, LB Österreich, 54; İngiltere için bkz. **Klumpe**, LB Großbritannien, 104 vd. Bazı yazarlar (**Öztürk**, Delil Yasakları, 65), bu konuda, adli, idari ve karma yetki sistemi olarak üç sistemden söz etmektedirler.

<sup>153</sup> İngiltere'de -özellikle de tarihsel nedenlerden dolayı- tedbire karar verme yetkisi **bir bakana** tanınmıştır. Kural olarak bu, işleri bakanıdır; gecikmede tehlike durumunda yetkili bakanın yüksek derecedeki memuru da, bakanın sözlü olarak yetkilendirmesi üzerine tedbire karar verebilmektedir; ancak bu durumda kararın sonradan bakanın onayına sunulması aranmıştır. Öğretide bu yetki dağılımı oldukça tartışmalıdır (Bkz. **Klumpe**, LB Großbritannien, 105).

<sup>154</sup> Almanya için bkz. **Lücking**, LB Deutschland, 24; Avusturya için bkz. **Shwarz**, LB Österreich, 54. Almanya'da postada elkoymaya ilişkin düzenlemenin aksine, denetleme için öncelikli olarak hakim kararı aranmıştır. Buna göre tedbire, hazırlık soruşturmasında sulh hakimi, son soruşturmada ise olaya bakan mahkeme karar verecektir. İlgilinin önceden dinlenmesi kararın amacını tehlikeye düşüreceği, fakat bu tedbir ağır bir temel hak müdahalesi oluşturduğu için, hakim çekincesi bir dengeleme görevi görmek, bağımsız ve hukuk devleti esaslarına uygun bir muhakemeyi güvence altına almakta ve bundan başka **önleyici bir hukuki koruma** sağlamaktadır (**Gusy**, JuS 1986, 93; **Schumacher**, 213;

hakimine tanınmıştır<sup>155</sup>. **İsviçre hukukunda** uzakla haberleşmenin denetlenmesinin temel hak ve özgürlükler açısından önemi, bağımsız bir hakim tarafından karara sonradan onay verilmesi aranmak suretiyle vurgulanmıştır; hatta bazı kantonlarda bu konuda hakimler kurulu yetkili kılınmıştır. Bununla birlikte tedbire karar verilmiş ve başlanmış, fakat sonradan onay verilmemişse, aslında haksız da olsa, en azından altı günlük süre için tedbire devam edilmesi olanağı bulunmaktadır<sup>156</sup>. Buna karşılık Fransa'da, uzakla haberleşmenin denetlenmesine yalnızca mahkeme tarafından yapılan önsoruşturmada ve yalnızca sorgu hakiminin kararına dayanarak başvurulmakta olup, bu kararın incelenmesi konusunda başka bir merciye yetki verilmemiştir<sup>157</sup>.

Anılan ülkelerde ve ayrıca İsviçre'nin bütün kantonlarında, her halde soruşturmayı yapan polis memurunun bizzat denetlemeye karar vermeye yetkili olmaması kuralı geçerli olup, bu konuda **acele durumlarda dahi** istisna öngörülmüş değildir.

Kararın, incelenen bütün ülkeler açısından **yazılı** olması aranmaktadır. Kararın içeriği ve biçimi bakımından da aynı koşullar aranmaktadır; örneğin ilgilinin kimliği, tedbirin süresi, kapsamı, türü ve nedeni kararda tam olarak gösterilmeli ve olabildiğince sınırlandırılmalıdır. Telefon dinleme durumunda dinlemeye alınacak telefon numarası da kararda ayrıca belirtilmelidir<sup>158</sup>.

Kanunda tedbire kural olarak hakim tarafından karar verileceği, ancak gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda C. Savcısının da karar vermeye yetkili olduğu öngörülmüştür. Bununla birlikte, tedbire C. Savcısının karar vermesi durumunda 24 saat içinde hakim onayının alınması aranmış, sürenin dolması veya hakim tarafından onay verilmemesi durumunda tedbirin uygulanmasına devam edilmeyeceği öngörülmüştür (m. 2/4 4422 s.K)). Öncelikle belirtelim ki, belirtilen 24 saatlik sürenin kararın verildiği andan itibaren mi, yoksa uygulanmasına başlandığı andan itibaren mi

SK-Rudolphi, vor § 94 no. 75). Yalnızca **gecikmede tehlike** halinde ikinci derecede savcılık da karar verme yetkisine sahip bulunmaktadır. Fakat durumda kararın üç gün içinde hakim onayına sunulması aranmaktadır; aksi takdirde karar hükümsüz kalacaktır (Sürelerin hesaplanması konusunda bkz. Schnarr, NSTZ 1988, 483 vd.). Buna karşılık savcının yardımcı memurları, hiç bir durumda bu tedbire karar verme yetkisine sahip değildir. Soruşturmayı yapan kolluk memurunun yalnızca bir görevi vardır ki, bu da, savcılığı tedbirin gerekliliği konusunda bilgilendirmek ve yetkili mahkeme nezdinde buna ilişkin bir talepte bulunması için harekete geçirmekten ibarettir. Acele durumlarda kolluk § 163 II c.2 StPO ya göre doğrudan talepte de bulunabilir. Bkz. Lücking, 25

<sup>155</sup> İsviçre için bkz. Müller, LB Schweiz, 78; Fransa için bkz. Oudijk/ Rambach, LB Frankreich, 132 vd. Bu düzenlemenin dayanağı, savcılık tarafından yapılan hazırlık soruşturması ile mahkeme tarafından yapılan ön soruşturma arasında bir ayırım yapılması gerekliliğidir. Fransa'da failerin ortaya çıkarılması ve delillerin güvence altına alınması amacıyla telefon dinleme, araştırma muhakemesinin (Untersuchungsverfahren) açılması bakımından caizdir. Polis tarafından yapılan hazırlık soruşturmasında telefon dinleme olanağı yoktur. **Karar verme yetkisi münhasıran sorgu hakimi ile sınırlıdır**, Bkz. Lorenz, 340-341

<sup>156</sup> Müller, LB Schweiz, 79

<sup>157</sup> Oudijk/ Rambach, LB Frankreich, 133

<sup>158</sup> Almanya'daki durum için ayrıca bkz. Kleinknecht/Meyer-Göbner, § 100b no.2, § 100 no.4

işlemeye başlayacağı açık değildir. Öte yandan, sürenin dolması veya hakim tarafından onay verilmemesi durumunda arada geçen süre içerisinde elde edilmiş olan delillerin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda da kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Kanunun belirttiğimiz noktalardan yeniden gözden geçirilmesi yerinde olacaktır düşüncesindeyiz.

#### **E) KARARIN YERİNE GETİRİLMESİ**

Karşılaştırmalı hukukta uzakla haberleşmenin denetlenmesi kararını yerine getirme yetkisi genellikle *soruşturmayı yapan polis memuruna* tanınmıştır. **İsviçre** ve **İngiltere**'de kararın yerine getirilmesi konusunda, haberleşme hizmeti sunan şebekeye de yükümlülük getirilebilmektedir.

Kural olarak bugün incelenen ülkelerde, gerek yeni tür iletişim biçimlerinde ve gerekse *klasik* telefon dinleme tedbirinde haberleşmenin otomatik olarak kaydedilmesi yoluna gidilmekte ve elde edilen bilgiler sonradan yazılı olarak tutanağa geçirilmektedir. Fakat incelenen ülkelerde, delil değeri olan ve olmayan bilgilerin birbirinden ayrılması, uygulamada sorun çıkarmaktadır. Genellikle bu konuda bir polis memuru görevlendirilmektedir; ancak İsviçre'de haberleşme hizmeti sunan şebekenin memuru yetkili kılınmıştır. Dikkati çeken bir diğer durum da, karşılaştırmalı hukukta kararın yerine getirilmesi konusunda kimin yetkili olacağına ilişkin düzenlemelerin eleştiri ile karşılaşmasıdır<sup>159</sup>. Özellikle soruşturmayı yapan polis memurunun, şüphelinin ve özellikle de şüpheli olmayan üçüncü kişilerin haklarını korumak için gerekli bağımsızlığa sahip olmadığı görüşünde birleşilmektedir. Benzer yöndeki eleştiriler, kısmen Avusturya ve İsviçre açısından, tedbire karar verme yetkisine sahip hakim bakımından da ileri sürülmekte ve bu tür kayıtların *ön denetimi konusunda bağımsız bir hakimlik kurumunun meydana getirilmesi* gerekliliğinden söz edilmektedir<sup>160</sup>.

Kararın yerine getirilmesi konusunda Almanya'daki duruma ayrıca değinmek gerekirse, diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi, uzakla haberleşmenin denetlenmesi kararı da, *savcılık ve onun yardımcı memurları tarafından* yerine getirilmektedir. Ayrıca gerekli bağlantıyı kurmak suretiyle, Telekom ve haberleşme hizmeti sunan diğer kuruluşlar, denetleme ve kayıt yapılmasına olanak sağlamak zorundadırlar. Fakat denetleme ve kayıt, kural olarak bizzat yetkili kolluk makamı tarafından yapılmak-tadır<sup>161</sup>. Almanya'da uygulamada genellikle telefon ve diğer haberleşme araçları doğrudan dinlemeye alınmamakta; aksine *otomatik olarak kaydedilmekte* ve

<sup>159</sup> Almanya için bkz. **Lücking**, LB Deutschland, 26; Avusturya için bkz. **Schwarz**, LB Österreich, 55; İsviçre için bkz. **Müller**, LB Schweiz, 81; Fransa için bkz. **Oudijk/Rambach**, LB Frankreich, 136

<sup>160</sup> İfade edlim ki, Danimarka'da, elde edilen materyali inceleme yetkisi ve fakat ilgiliye karşı susma yükümlülüğü bulunan *ilgilinin haklarını gözetmekle görevli bir avukatlık kurumu* meydana getirilmiş bulunmaktadır. Bkz. **Lücking**, 166

<sup>161</sup> **Kleinknecht/Meyer-Goßner**, § 100b no.5; yine bkz. **Mösch**, Kriminalistik 1974, 168 vd.

daha sonraki bir aşamada -gerektiğinde parça parça- tutanağa geçirilmektedir<sup>162</sup>. Bu nedenle, oranlılık ilkesinin bir sonucu olarak, eğer yapılan konuşma delil değerine sahip değilse tedbire derhal son verilmesi yükümlülüğünün gereğine uyulmamış olmaktadır<sup>163</sup>. Bu yolla hakkında hazırlık soruşturması yapılan suç dışında, başka suçlar hakkında tesadüfen ele geçirilen bilgilerin tesbit edilmesi olasılığı da ortaya çıkmaktadır<sup>164</sup>. Ayrıca dikkati çeken diğer bir nokta da, § 100b III A1.CMUK'nun açık düzenlemesine rağmen, uygulamada tek başına kolluk ve savcılığın yapılan kayıtlar ve bu kayıtların geçirildiği tutanak hakkında bilgi sahibi olması ve bunlardan yararlanabilmesidir. Bu yüzden öğretide, bağımsız bir hakim tarafından soruşturma için önemsiz bilgilerden yararlanmayı ve bunların kullanılmasını engellemek için bir **ön denetim yapılması** gerektiği söylenmektedir. Bu yolla sanık ile müdafî arasındaki haberleşmenin denetlenmesi örneğinde olduğu gibi, hem delil yasaklarına uyulması ve hem de denetlemenin koşullarının ortadan kalkması durumunda tedbire gecikmeksizin son verilmesi sağlanabilecektir<sup>165</sup>.

Kanunda, uzakla haberleşmenin denetlenmesine ilişkin kararda hangi hususların yer alması gerektiği konusunda bir düzenlemeye yer verilmiş değildir. Oysa yine aynı kanunla getirilen gerek tedbirin süresi, gerek uygulama koşulları ve gerekse tedbire son verilmesine ilişkin düzenlemelerin uygulamada hayata geçirilebilmesi için, Almanya'da olduğu gibi tedbirin uygulanma süresi, denetlemenin bir veya birden fazla kişi hakkında yapılıp yapılmayacağı, hangi haberleşme aracının dinleneceği, denetlemenin bir veya birden fazla haberleşmeyi kapsayıp kapsamayacağı, hatta telefon dinleme söz konusu ise dinlenecek telefonun numarasının kararda gösterilmesini sağlayacak bir düzenlemeye olan ihtiyaç açıktır.

#### **F) İLGİLİYE HABER VERME**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Klass* kararında, AİHS ile güvence altına alınan hakların korunması için ilgiliye sonradan hakkında tedbir uygulandığı konusunda haber verilmesinin önemi vurgulanmış olmasına rağmen, birçok ülkede bu konuya ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Örneğin **Fransa**'da ne kanunda, ne de yüksek mahkeme kararlarında bu tür bir düzenleme vardır<sup>166</sup>. **İngiltere**'de yasa koyucu tarafından bilerek, **suçların aydınlatılmasının etkinliğini tehlikeye**

<sup>162</sup> Bkz. **Meier**, 16 dn.41

<sup>163</sup> **Welp**, Jura 1981, 472; **Meier**, 49; **Joecks**, JA 1983, 60

<sup>164</sup> **Lücking**, 26

<sup>165</sup> **Welp**, 207; **aynı yazar**, JZ 1972, 425; **SK-Rudolphi**, § 100b no.7; **aynı yazar**, ZRP 1976, 168; **Degener**, 229; **Schumacher**, 252 vd.; **Dalakouras**, 276; **Meier**, 16. Bu konuda, gönderilerin açılması ve muhtevası hakkında bilgi sahibi olunması için esas itibarıyla hakime yetki verilen postada elkoymaya ilişkin § 99 StPO hükmü ile bir paralellik kurulmasının yerinde olacağı, böylece ceza koşturması organlarının yetkilerini kötüye kullanması olanağının büyük ölçüde ortadan kalkacağı söylenmektedir (**Lücking**, 26 vd.).

<sup>166</sup> **Oudijk/Rambach**, LB Frankreich, 137 vd.



**düşürmemek için** bu tür bir yükümlülük kanunda öngörülmemiştir<sup>167</sup>. Nihayet **İsviçre**'de özellikle etkili hukuki korunma bakımından ilgiliye sonradan haber verme çoğunlukla kabul edilmiş görünüyorsa da, yalnızca 16 kantonda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmiş olup, federal düzeyde bu yöndeki reform çabalarından sonuç alınamamıştır<sup>168</sup>.

Buna karşılık, **Almanya** ve **Avusturya**'da tedbire son verilmesinden sonra ilgiliye haber verme yükümlülüğü açıkça kanunda öngörülmüştür. Bu ülkeler bakımından haber verme yükümlülüğünün muhatabının kimler olduğu önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerek Almanya ve gerekse Avusturya'da her halde şüpheli ve gerektiğinde haberleşme hizmeti sunan şebekenin sahibi bunlar arasında sayılmaktadır. Avusturya'da bunun dışındaki kişilere karşı haber verme yükümlülüğü ortadan kaldırılmış iken; Almanya'da öğretilde baskın görüş, ayrıca temel hakları tedbirden etkilenen haberleşmenin karşı tarafı olan üçüncü kişi bakımından da bu yükümlülüğü kabul etmektedir<sup>169</sup>. Bu ülkelerde haber verme yükümlülüğüne kanunda açıkça yer verilmiş olmasına rağmen, istisnai bazı düzenlemeler mevcuttur. Örneğin, Almanya'da soruşturma amacı tehlikeye düştüğü takdirde haber vermekten sarfı nazar edilebil-mektedir<sup>170</sup>. İsviçre'de kamuya ait önemli menfaatler de haber verme yükümlülüğünün yerine getirilmesine engel oluşturmaktadır. Ancak İsviçre'nin 5 kantonu ile Avusturya'da bu yönde istisnai düzenlemeler mevcut değildir<sup>171</sup>. Bu ülkelerde haber verme yükümlülüğünün uygulamada ne dereceye kadar işlediği, hangi andan itibaren ve kimlere haber verildiği konusunda doyurucu bilgi verilememektedir. Hemen belirtelim ki, yukarıda açıklanan nedenlerle haber verme yükümlülüğünün yerine getirilmesine istisna tanınması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Klass kararında sözleşmeye uygun bulunmuştur.

<sup>167</sup> Klumpe, LB Großbritannien, 108 vd., 114

<sup>168</sup> Müller, LB Schweiz, 83 vd.

<sup>169</sup> Avusturya için bkz. Schwarz, LB Österreich, 56 vd.; Almanya için bkz. Lücking, LB Deutschland, 28 vd. Soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmediği sürece, iştiraki olan kişiye **haber verme yükümlülüğü** Alman Anayasa Mahkemesinin **gizli dinleme kararında** da (BVerfGE, 30, s.1) vurgulanmıştır. Kimlerin iştiraki olan kişi sayılacağı konusunda bir kere haberleşmenin gerçekleştirildiği tesisatın sahibinden söz edildiği gibi (LR-Schäfer, § 101 no.3; Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 101 no.2; KK-Laufhütte, § 101 no.2); bu tesisattan tesadüfen yararlanan üçüncü kişi ve iştiraki olmayan konuşmanın karşı tarafı da bunlar arasında sayılmaktadır (LR-Schäfer, § 101 no.3; Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 101 no.2; KK-Laufhütte, § 101 no.2; Welp, 113; karşı görüş KMR-Müller, § 101 no.4). Bununla birlikte bazı yazarlar tarafından iştiraki olan kişilerden yalnızca birine haber vermenin yeterli olduğu ileri sürülmektedir (LR-Schäfer, § 101 no.4; KK-Laufhütte, § 101 no.3; Kaiser, NJW 1969, 19; Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 101 no.4). Şunu da hemen belirtelim ki, uygulamada, bu yükümlülüğün gereği olarak yalnızca tedbir kararının gönderilmesiyle yetinilmektedir (Lücking, 29).

<sup>170</sup> Bundan anlaşılması gereken, delil açısından önemli bilgilere ulaşma olasılığının ortadan kalkmış olmasıdır. Bkz. LR-Schäfer, § 101 no.2. Fakat özellikle organize suçluluk söz konusu olduğunda haber verme yükümlülüğünün örneğin on yıl sonra yerine getirilmesi veya hiç bir zaman yerine getirilmemesi durumu ortaya çıkabilecektir (Lücking, 29).

<sup>171</sup> İsviçre için bkz. Müller, LB Schweiz, 84; Almanya için bkz. Lücking, LB Deutschland, 29

Haber verme yükümlülüğü ile ilgili olarak ortaya çıkan sorunların **dosyayı inceleme hakkından** bağımsız olarak değerlendirilmesi olanaksızdır. Çünkü inceleme konusu ülkelerin tümünde esas itibariyle **sanığa** ve onun müdafisine, hazırlık soruşturmasında dosyayı inceleme veya en azından delil araçları konusunda bilgi edinme hakkı tanınmaktadır<sup>172</sup>. Bu yolla sanık uzakla haberleşmenin denetlenmesi konusunda da bilgi edinme olanağına kavuşmaktadır. Bununla birlikte, söz konusu hak yalnızca sanık ve/veya onun müdafii bakımından kabul edilmiştir. Bu nedenle, hakkında tedbir uygulanan sanık dışında, haberleşmenin diğer tarafı olan kişilerin dosyayı inceleme hakkı çerçevesinde böyle bir olanaktan yararlanması mümkün olamaz<sup>173</sup>. Nitekim bu eksikliği hisseden **Avusturya kanun koyucusu** uzakla haberleşmenin denetlenmesine son verilmesi üzerine özel bir dosyayı inceleme hakkı kabul etmiştir. Bu anlamda haberleşme aracının sahibine tam olarak, sanığa da, ceza muhakemesinde elde edilen delillerin onun için önemli olması koşuluyla dosyayı inceleme hakkı tanınmış bulunmaktadır<sup>174</sup>. Öte yandan, dosyayı inceleme hakkı bakımından soruşturma amacının tehlikeye düşmesi halinde bu hakkın kabul edilmediği de vurgulanmalıdır.

Nihayet, tedbirin uygulandığı muhakemenin gizliliğini ortadan kaldırmak ve sonradan denetleme olanağı yaratmak amacıyla güden diğer bir modele de işaret edilmelidir. Somut olaya dayanan haber verme yükümlülüğünün aksine, **İngiltere, Birleşik Amerika ve İsviçre'nin bazı kantonlarında**, genel bir **rapor verme yükümlülüğü** öngörülmektedir. Örneğin İngiltere'de bunun için oluşturulan bir komisyon vardır ve bu komisyonun, her yıl tedbirle ilgili uygulamada karşılaşılan sorunlar, tedbirin önemi, sayısı konusunda bilgi içeren kapsamlı bir rapor hazırlaması gerekmektedir. Bu rapor, başbakana ve daha sınırlı bir kapsamda parlamentoya sunulmaktadır<sup>175</sup>. İsviçre'de Wallis kantonunda, kanton mahkemesi için tedbirin türü ve sayısı hakkında yıllık rapor verme yükümlülüğü getirilmiştir; diğer kantonlarda, yasal bir dayanağı olma-masına rağmen, ayrıca adli mercilerin hesap raporlarında bu tür bilgiler yayınlanmaktadır. Özellikle **Birleşik Amerika**'da konuya ilişkin kanun, kapsamlı bir haber verme yükümlülüğü öngörmektedir; bu yükümlülük, somut olayda tedbire karar veren hakim için getirildiği gibi, buna ait bilgiler savcılığın yıllık raporlarında gösterilmekte ve **"Wiretap Report"** olarak adlandırılan ve mahkeme başkanı

<sup>172</sup> İsviçre için bkz. Müller, LB Schweiz, 86; Almanya için bkz. Lücking, LB Deutschland, 29; İngiltere için bkz. Klumpe, LB Großbritannien, 109; Fransa için bkz. Oudijk/Rambach, LB Frankreich, 138

<sup>173</sup> Almanya'da iştiraki olmayan üçüncü kişiler için dosyayı inceleme hakkı, buna karşılık yalnızca RiStBV (Richtlinien für das Straf- und Bussgeldverfahren) de yer verilen koşullar altında mevcuttur. 125. maddeye göre, yalnızca **haklı menfaat** durumunda ve esas itibariyle kendisine vekalet verilmiş olan avukata bu hak tanınmıştır. Kişinin kendisine ait verilerin kaderini belirleme hakkına ilişkin uygulamanın bir sonucu olarak, bundan böyle bu sorunun StPOda düzenlenmesi planlanmaktadır. Özel kişiler için dosyayı inceleme ve bilgi edinme hakkına ilişkin yeni getirilmesi düşünülen düzenleme RiStBV de yer verilen olanaklar dışında, yeni bir şey getirmemektedir. StVAeG 1988 e ilişkin döküman için bkz. StV 1989, 172 vd.

<sup>174</sup> Schwarz, LB Österreich, 57

<sup>175</sup> Klumpe, LB Großbritannien, 113

tarafından hazırlanan bir rapor ayrıca kongreye sunulmaktadır. Amerika'da bu yöndeki düzenlemeler bakımından dikkati çeken nokta, yalnızca sayı ve raporların içerik olarak mükemmeliği değil, aynı zamanda tedbirin muhakeme hukuku bakımından sonuçlarının kapsamlı bir biçimde analiz edilmesidir.

Kanunda tedbire son verilmesi halinde hakkında tedbir uygulanan kişilere bu konuda bilgi verilmesi yükümlülüğü getiren herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu durum, hakkında tedbir uygulanan kişinin tedbire hukuka aykırı olarak başvurulması durumunda buna karşı denetim muhakemesine başvurabilme olanağını fiilen ortadan kaldırmaktadır. Bu, hem hak arama özgürlüğünü düzenleyen Anayasanın m.38/4'e, hem de İHAS'ne aykırıdır. Yukarıda haber verme yükümlülüğünün önemine ilişkin olarak yapmış olduğumuz açıklamalar bir kez daha vurgulanmalıdır. Öte yandan, konu bakımından oldukça dikkat çekici olan Avusturya hukukundaki düzenleme esas alınarak sadece sanığa ve müdafisine değil, doğrudan veya dolaylı olarak tedbire maruz kalan herkese dosyayı inceleme hakkının verilmesi gerektiği görüşünderiz. Gerçekten haberleşmenin denetlenmesi koruma tedbirine maruz kalan kişinin veya kişilerin çoğu kere bu tedbire maruz kaldıklarından haberinin dahi olmadığı düşünülecek olursa konunun önemi ortaya çıkmaktadır.

### **G) TEDBİRİN SÜRESİ, SONA ERMESİ VE DÖKÜMANLARIN YOK EDİLMESİ**

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında ise, tedbirin **süresinin**, Almanya, Fransa, İsviçre ve İngiltere'de kanunla sınırlanmış olduğu görülür<sup>176</sup>. **Almanya**'daki düzenleme bakımından azami **üç aylık bir süre** söz konusudur<sup>177</sup>. Tedbirin devam süresi, **İsviçre**'nin bazı kantonlarında yalnızca bir ay olarak belirlenmişken; gerek İsviçre'nin diğer kantonları ve gerekse **Birleşik Amerika**'da azami süre altı ay olarak öngörülmüştür<sup>178</sup>. **Fransa**'da azami süre olarak dört aylık bir süre tesbit edilmiş bulunmaktadır. Ancak hemen tüm ülkelerde sınırsız uzatma olanağına yer verilmekle birlikte, **İngiltere**'de iki aylık süreden sonra tedbirin en fazla bir ay süreyle uzatılabileceği kabul edilmiştir.

4422 sayılı Kanunda denetleme kararının en çok üç ay için verilebileceği, üçer aydan fazla olmamak üzere bu sürenin en fazla iki defa uzatılabileceği öngörülmüştür. Böylece denetleme süresi uzatmalara rağmen dokuz ayı geçmemektedir. Karşılaştırmalı hukuk da göz önünde bulundurulduğunda Kanunun bu düzenlemesi bize de makul görünmektedir.

<sup>176</sup> Almanya için bkz. **Lücking**, LB Deutschland, 28; Fransa için bkz. **Oudijk/Rambach**, LB Frankreich, 136 vd.; İsviçre için bkz. **Müller**, LB Schweiz, 82; İngiltere için bkz. **Klumpe**, LB Großbritannien, 107

<sup>177</sup> Almanya'da -birden fazla da olabilen- uzatma, § 100a da belirtilen koşullar mevcut olmaya devam ettiği sürece, her defasında üç ayı geçmemek üzere mümkündür. Uzatma konusundaki karar için, - hazırlık soruşturmasında- savcılığın talebi üzerine yalnızca hakim yetkilidir.

<sup>178</sup> **Lücking**, 167

Tedbirin *sonra ermesi*, söz konusu ülkelerde sürenin dolmasına bağlanmıştır. Bunun yanında Avusturya ve Almanya'da olduğu gibi, yasal koşullar ortadan kalktığı veya İsviçre ve İngiltere'de olduğu gibi, suçun aydınlatılması için artık gerek kalmadığı takdirde tedbire son verilmesi doğrultusunda hükümler de bulunmaktadır<sup>179</sup>. Kural olarak, tedbire karar verme yetkisine sahip olan merciye aynı zamanda tedbire son vermeye karar verme yetkisi de tanınmaktadır<sup>180</sup>.

4422 sayılı Kanunda yalnızca suçun işlendiğine ilişkin şüphenin ortadan kalkması tedbire son verilmesini gerektiren bir neden olarak kabul edilmiştir (m.2/7). Yine aynı hükme göre, tedbire son verme kararının C.Savcısı tarafından alınacağı öngörülmüştür. Kanımızca, bu düzenleme oldukça yetersizdir. Bize göre, sadece şüphenin değil, tedbirin uygulanmasına ilişkin herhangi bir koşulun ortadan kalkması tedbire son verilmesini gerektiren bir neden olmalıdır. Örneğin, oranlılık ilkesi çerçevesinde uzakla haberleşmenin denetlenmesi ile ulaşılmak istenen amaca başka bir tedbirle ulaşılabileceği ortaya çıkmışsa denetlemeye derhal son verileceğinin Kanunda açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Öte yandan tedbire hakim karar veriyor olduğuna göre tedbirin devamı konusunda da hakim karar vermelidir. Aksi halde hakimin vermiş olduğu bir kararın savcı tarafından denetlenmesi söz konusu olacaktır. Hakim tarafından sona erme kararı verilmesi, tedbire gecikmede sakınca bulunduğu için savcı tarafından karar verilmiş olması halinde de geçerli olmalıdır. Böylece hakime savcı tarafından verilmiş olan kararı denetleme olanağı da yaratılmış olacaktır.

**Tedbire ilişkin dökümanların yok edilmesi yükümlülüğü** Almanya, Avusturya, İsviçre, İngiltere ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Kruslin/Huwig* kararının da etkisiyle Fransa'da açıkça düzenlemeye kavuşturulmuştur<sup>181</sup>. Söz konusu ülkelerin konuyla ilgili olarak getirmiş oldukları düzenlemelerin büyük bir oranda benzer olduğu söylenmelidir. 4422 sayılı Kanunda da bu konuda açık bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre; "... *tedbir uygulaması sonucu elde edilen veriler, Cumhuriyet savcısının denetimi altında ... yok edilir ve durum bir tutanakla belirlenir*"(m.2/7 4422 s.Kanun).

<sup>179</sup> Almanya için bkz. **Lücking**, LB Deutschland, 27; Avusturya için bkz. **Schwarz**, LB Österreich, 56; İsviçre için bkz. **Müller**, LB Schweiz, 82; İngiltere için bkz. **Klumpe**, LB Großbritannien, 107. Fakat Almanya açısından failin kriminal çevresi hakkında bilgi elde etmek için telefon dinlemeye devam edilmesi olanağının ortaya çıkardığı bazı sorunlara işaret edilmektedir (**Lücking**, 27). Bundan başka Almanya'da tedbire son verildiğinin Telekom'a, dinlemeye alınan tesisatın bulunduğu özel işletmeye haber verilmesi gerekmektedir.

<sup>180</sup> Örneğin Almanya'da buna ilişkin koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği konusundaki kararı -hazırlık soruşturmasında- savcılığın vereceği; Onun denetimi altında kolluğun da yok etme yoluna gidebileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Schnarr**, MDR 1987,4

<sup>181</sup> Almanya için bkz. **Lücking**, LB Deutschland, 27; Fransa için bkz. **Oudijk/Rambach**, LB Frankreich, 137;yine bkz. **Lorenz**, 341; İsviçre için bkz. **Müller**, LB Schweiz, 83; İngiltere için bkz. **Klumpe**, LB Großbritannien, 107 vd.; Avusturya için bkz. **Schwarz**, LB Österreich, 57

Buna karşılık, *hangi andan itibaren* dökümanların yok edilmesi gerektiği önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. *Avusturya*'da en erken şüpheliye dosyayı inceleme hakkının tanınmasından sonra<sup>182</sup>, *İsviçre*'de muhakemeye kesin hükümle son verilmesinden itibaren bu yükümlülük öngörülmüş iken<sup>183</sup>; *Fransız* kanun koyucusu<sup>184</sup>, azami süreyi dört ay olarak belirlemiş, ayrıca kamu davasının açılması için geçmesi gereken süreden sonra da yok etme yükümlülüğüne yer vermiştir<sup>185</sup>. Buna karşılık *İngiltere*'de delilleri değerlendirme yasağına ilişkin düzenlemelerden, elde edilen dökümanların, kural olarak, kamu davasının açılmasından sonra yok edilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır<sup>186</sup>. *Hollanda*'da ise kayıt ve buna ilişkin tutanakların *gecik-meksizin* yok edilmesi yükümlülüğü vardır<sup>187</sup>. *Almanya*'da ise, ceza koğuşturması için artık gerekli değilse, denetleme sonucu elde edilen dökümanların yok edilmesi yükümlülüğü öngörülmektedir<sup>188</sup>. Bu konuda somut olarak bir süre öngörülmemiş olmamakla birlikte, 1988 tasarısı, *gecikmeksizin* yok etme yükümlülüğünden söz etmektedir. Böylece öğretilerde baskın olan görüş dikkate alınmış olmaktadır<sup>189</sup>.

4422 sayılı Kanun tedbire son verilmesi durumunda tedbirin uygulanması sonucu elde edilen verilerin C.Savcısının denetimi altında yok edileceği ve bu durumun bir tutanakla belirleneceği düzenlemesini getirmiştir. Buna göre, veriler *derhal* ve nihayet *10 gün içinde* yok edilir. (m.2/7). Maddedeki *derhal* ibaresi karşılaştırmalı hukuktaki *gecikmesizin* ibaresini karşılar niteliktedir. Bu yönüyle kanunun karşılaştırmalı hukuktaki çözümünü benimsediği söylenebilir. Ancak yine de *derhal* teriminden ne anlaşılacağı ve/veya 10 günlük sürenin hangi andan itibaren başlayacağı konusunda bir açıklık bulunmadığı kanısındayız. Ancak bununla birlikte, dinleme ve kayda alma işleminin *başladığı ve bitirildiği tarih ve saat bir tutanakla saptanacağına* göre(m.2/son) verilerin hangi andan itibaren yokedileceği bu tutanakta belirtilen tarih ve saat esas alınmak suretiyle belirlenebilir.

Öte yandan gerek haber verme ve gerekse dökümanların yok edilmesi yükümlülüğünün güvence altına alınması açısından aksine davranışın suç olduğunun Kanunda

<sup>182</sup> Schwarz, LB Österreich, 58

<sup>183</sup> Müller, LB Schweiz, 83

<sup>184</sup> Oudijk/Rambach, LB Frankreich, 137

<sup>185</sup> Lorenz, 341

<sup>186</sup> Klumpe, LB Großbritannien, 108

<sup>187</sup> Lücking, 168

<sup>188</sup> Ayrıntı için bkz. Schnarr, MDR 1987 1 vd. Somut ceza muhakemesi ile bağlantı içinde bulunan başka bir suçun hazırlık soruşturması için potansiyel olarak delil değeri taşıması durumunda elde edilen bilgilerin muhafaza edilebileceği; fakat özellikle delil değeri olmayan tesadüfen ele geçen şeylerin yok edilmesi gerektiği söylenmektedir (LR-Schäfer, § 100b no.9; Meier, 19). Yargılamanın yenilenmesi olasılığı varsa, kararın kesinleşmesinden sonra yok etme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı tartışmalıdır (Lehinde Schnarr, MDR 1987, 3; Schumacher, 324; aleyhinde Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 100b no.11; LR-Schäfer, § 100b no.9).

<sup>189</sup> Schumacher, 324; Schnarr, MDR 1987, 4

açıkça düzenlenmesi son derece yerinde olmuştur. Buna göre, imha edilmesi gereken verileri imha etmeyenler veya bu verileri açıklayanlar veya her ne suretle olursa olsun kullananlar hakkında 2 yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur (m.10).

## VI. ELDE EDİLEN BİLGİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

### A) DEĞERLENDİRME YÖNTEMİ

Uzakla haberleşmenin denetlenmesi yoluyla elde edilen bilgilerin ceza muhakemesinde değerlendirilmesi, İngiltere bir tarafa bırakılırsa, inceleme konusu ülkelerde esas itibariyle kayıtların keşif konusu olarak ele alınması, tutanakların okunması veya denetlemeyi yapan polis memurunun tanık olarak dinlenmesi suretiyle olmaktadır<sup>190</sup>. *Vasatasızlık ilkesinin* geçerli olduğu ülkelerde bu bilgilerin değerlendirilmesinde bazı farklılıklar dikkat çekmektedir. Örneğin **Fransa**'da, ses ve görüntü kayıtlarının mahkeme tarafından yalnızca ikinci derece delil olarak değerlendirilmesi olanağı bulunmakla birlikte; burada da esas itibariyle *delillerin serbestçe değerlendirilmesi* ilkesi geçerlidir<sup>191</sup>.

### B) DEĞERLENDİRMENİN KAPSAMI

Karşılaştırmalı hukukta uzakla haberleşmenin denetlenmesi yoluyla elde edilmiş olan bilgilerin ne dereceye kadar değerlendirilebileceği konusunda, *delilin elde edilmesi* ve *değerlendirilmesi yasağı* biçimindeki artık klasikleşmiş olan terminolojik ayırım esas alınmaktadır. Buna uygun olarak zamanın akışı içinde geliştirilen çözüm denemeleri, öncelikli olarak ya delilin elde edilmesine ya da değerlendirilmesine yönelik olmuştur. Öğretide yazarların büyük çoğunluğu, delil elde etmenin hukuka uygun olmasından, bu delilin değerlendirilmesinin de hukuka uygun olduğu sonucu çıkarılamayacağını düşünmektedir. Alman Federal Mahkemesi tarafından geliştirilmiş olan ve değerlendirilmenin yasak olması için muhakeme hukukuna ilişkin bir hükmün ihlal edilmiş olmasını arayan *hukuki alan teorisine*<sup>192</sup> bugün artık fazla itibar edilmemektedir. Federal Mahkeme, bugün daha çok, hukuka uygun yollarla elde edilmiş delilin değerlendirilmeyebileceği yorumundan hareket etmekte ve -Anayasa Mahkemesinin bir kararına da dayanarak<sup>193</sup>- somut olayda çatışan menfaatler arasında bir değerler tartımı yoluna giderek sonuca ulaşmaya çalışmaktadır. Bu noktada ilk

<sup>190</sup> Almanya'da bant kayıt ve çözümlerinin **keşif konusu** oluşturduğu ve uzakla yapılan yazışmaların fotokopi veya örneğinin **belge delili** olarak duruşmada okunabileceği söylenmektedir. Bunun yanında bant çözümlerini ihtiva eden tutanakların duruşmada okunması veya tedbiri uygulayan memurun tanık olarak dinlenmesi mümkündür **Lücking**, 34; BGHSt 27, s. 135, BGH NStZ 1985, 466.

<sup>191</sup> **Oudijk/Rambach**, LB Frankreich, 142 vd.

<sup>192</sup> BGHSt 11, 213, 215. Eleştirisi için bkz. **Denckner**, 28 vd.

<sup>193</sup> BVerfGE 34, s. 345 vd.

planda birey açısından onun temel hak ve özgürlüklerine müdahalenin tarzı ve yoğunluğu; kamu açısından da, bir ceza adaletinin sağlanmasına yönelik menfaati göz önüne alınmaktadır. Bununla birlikte gerektiğinde delilin hukuka uygun yollarla elde edilmiş olup olmadığı da belirleyici olabilmektedir<sup>194</sup>. *Değerler tartımı teorisi* olarak adlandırılan bu teori, özel hayat ile kişiliğin gelişimi için mutlak çekirdek alan olan giz alanı arasında Alman Anayasa Mahkemesince geliştirilen *kuşak teorisi* çerçevesinde yapılan ayırımın yansımaları niteliğindedir<sup>195</sup>.

Öğretide de, bugün genel olarak değerlendirme yasağı konusunda değerler tartımının gerekliliği kabul edilmekle birlikte, değerler tartımının dışında kalan ve oranlılık ilkesinin bir sonucu olarak bireyin gizli yaşamına hangi durumda müdahale edilemeyeceğine ve nelerin bu alan içinde ele alınacağı sorusuna farklı biçimde yanıt verilmektedir<sup>196</sup>.

Burada sorun özellikle *tesadüfen ele geçen şeylerin* değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda ortaya çıkmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta koğuşturulan suçtan başka bir suç hakkında elde edilen bilgilerin değerlendirilmesinin hangi sınırlar içinde mümkün olacağına ilişkin düzenlemelere yalnızca İsviçre'nin bazı kantonlarında yer verilmiş bulunmaktadır<sup>197</sup>.

Bu konuda bir düzenlemeye yer vermeyen ülkelerin uygulamasında genel olarak tesadüfen ele geçen şeylerin değerlendirilebileceği sonucuna varılmaktadır. Avusturya'da şu an ki hukuki duruma göre, buna herhangi bir sınırlama da getirilmemektedir<sup>198</sup>. Fransa'da, yeni suç ile tedbir konu suç arasında ne dereceye kadar bir *ilişki* bulunması gerektiği konusu açık değildir. Bu bakımdan Fransa'daki durum, Almanya'dakine yaklaşmaktadır<sup>199</sup>.

Uygulanan her tedbirde, tedbir konusu suç dışında kalan bir başka suç için delil elde edilmesi mümkündür. *Tesadüfen ele geçen şeyler* adı verilen bu tür bilgilerin değerlendirilmesi, yalnızca temel hak ve özgürlüklere müdahale alanını genişletmekle kalmadığı; aynı zamanda özel hayata yeni ve bağımsız bir müdahale olarak nitelendirildiği için<sup>200</sup>, bugün genel olarak bu tür bilgilerin ancak sınırlı olarak değerlendirilebileceği kabul edilmektedir<sup>201</sup>. Burada asıl sorun bunun sınırının nasıl belirleneceğidir. Almanya'da 1992 CMUK değişikliğinden önce uzakla haberleşmenin denetlenmesi bakımından bu konuda özel bir düzenleme bulunmamaktaydı. Alman Federal

<sup>194</sup> BGHSt 19, s. 332; 24, s. 130; 31, s. 299

<sup>195</sup> Lücking, 35

<sup>196</sup> Kişilik hakkı yoluyla değerlendirme yasağının genişletilmesi aleyhinde Krauß, FS für Gallas, 386 vd.; Giz alanına özel riayet gerekliliği yönünde LR-Schäfer, § 100a no.44; Welp, 199 vd.; Wolter, GA 1988, 136; Groß-Spreitzer, 168 vd.

<sup>197</sup> Müller, LB Schweiz, 89 vd.

<sup>198</sup> Müller, LB Schweiz, 86

<sup>199</sup> Oudijk/Rambach, LB Frankreich, 143

<sup>200</sup> BGHSt 26, 298, 302; Rohlf, 208 vd.; Rudolphi, FS für Schaffstein, 446 vd.; Maiwald, JuS 1978, 380

<sup>201</sup> Meier, 52 vd.; yine bkz. Lücking, 36

Mahkemesi de, koşturulan suçla herhangi bir ilişkisi olmasa bile başka bir suçun işlendiğini gösteren delillere de elkonulmasını öngören aramaya ilişkin hükmün burada uygulama yeri olmadığı sonucuna varmıştır<sup>202</sup>. 1992 CMUK değişikliği, bundan böyle Almanya'da başka bir suç hakkında elde edilen bilgilerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesine olanak vermiştir<sup>203</sup>. Buna göre burada bir ayırım yapılmaktadır. Şayet hakkında bilgi elde edilen suç katalogta yer alan bir suç ise, elde edilen bilgiler değerlendirilebilmekte, buna karşılık tesadüfen ele geçen bilgi katalogta yer almayan bir suçla ilişkin ise değerlendirilememektedir. Bu değişiklikte Alman yasa koyucusu değişiklikten önce Alman Federal Mahkemesi'nin benimsemiş olduğu görüşü<sup>204</sup> esas almış görünmektedir. Buna karşılık sanık veya onun suç ortağı dışında kalan olan üçüncü kişilere karşı elde edilmiş olan bilgilerin, sanığa karşı hangi koşullar altında değerlendirilebiliyorsa, aynı çerçevede değerlendirilebileceği kabul edilmektedir. Böylece katalogta yer alan herhangi bir suç hakkında ele geçirilen bilgiler üçüncü kişiler hakkında da sınırsız olarak delil amacıyla kullanılabilir. Örneğin (A) ve (B) arasında geçen ve denetlemeye alınan bir telefon konuşmasında (A)'nın (C) nin uyurucu madde kaçakçısı olduğunu söylemesi durumunda, (A)'nın vermiş olduğu bilgi (C) ye karşı yapılan ceza koşturmasında da değerlendirile-bilecektir. Fakat bu bilginin değerlendirilebilmesi için, üçüncü kişi bakımından da tedbire karar verilmesi için gerekli olan bütün koşulların olayda gerçekleşmiş olması gerekir. Yukarıda verdiğimiz örnekte, şayet (A)'nın bilgi verdiği suç katalogta yer almayan hırsızlık suçu olsaydı, bununla ilgili olarak elde edilen bilginin değerlendiril-mesine olanak bulunmazdı. Başka bir ifadeyle, objektif olarak katalogta yer alan bir suçun işlendiği şüphesinin mevcut olması ve elde edilmiş olan bilgilerin bununla bağlantı içerisinde bulunması zorunludur<sup>205</sup>.

<sup>202</sup> BGHSt 26, s. 303; 31, s. 301

<sup>203</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Meier**, Die strafprozessuale Verwertbarkeit von Zufallsfunden; **Wolter**, GS für Kaufmann, 761 vd.; yine bkz. **Groß-Spreitzer**, 132 vd.; **Dalakouras**, 280 vd.; **Kaiser**, NJW 1974, 349; **Knauth**, NJW 1977, 1510; aynı yazar, NJW 1978, 741; **Maiwald**, JuS 1978, 379; **Welp**, Jura 1981, 472; **Prittowitz**, StV 1984, 302; **Roxin**, § 34 no.29 vd.

<sup>204</sup> BGHSt 26, s. 302; 28, s. 125.Şunu da hemen belirtelim ki, hangi durumda bu anlamda bir bağlantının mevcut olduğu konusunda yüksek mahkeme doyurucu bir ölçüt de ortaya koyamamıştır. Federal Mahkeme bir kararında (BGHSt 28, s. 122 vd. yine bkz. BGH NJW 1979, 1370), terör örgütü oluşturmak şüphesiyle tedbire karar verilmesi durumunda, bu örgütün planladığı ve işlediği ve fakat katalogta girmeyen suçlarla ilgili bilgilerin değerlendirilebileceği sonucuna varmıştır. Hatta kamu davası yalnızca terör örgütü oluşturmaktan dolayı açılmış olsa bile yine aynı sonuca varılmaktadır (Aksi yönde **Welp**, Jura 1981, 478; **Roxin**, § 34 no.33, yazar, bunun kötüye kullanılması tehlikesine işaret etmektedir). Ancak hemen belirtelim ki, bu gibi durumlarda muhakeme hukuku anlamında zaten **tek suçun** söz konusu olduğu ve bu nedenle bu bilgilerin teknik anlamda **tesadüfen ele geçen bilgi olarak değerlendirilemeyeceği** de ileri sürülmüştür (**Lücking**, 38; yine bkz. **Welp**, Jura 1981, 476).

<sup>205</sup> BGHSt 28, s. 129; 32, s. 15. Öğretide aynı yönde LR-**Schäfer**, § 100a no.36, 40. Eleştiri için bkz. **Roxin**, § 34 no.33; **Welp**, Jura 1981, 482; **Knauth**, NJW 1978, 742; **Bottke**, JA 1980, 748.



İfade edelim ki, tasarıda tesadüfen ele geçen bilgilerin gerek sanık aleyhinde ve gerekse üçüncü kişi aleyhinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiş değildir. Bu sorun, hakkında tedbir uygulanacak suçların Almanya'da olduğu gibi, bir katalog içerisinde belirlenmesi zorunluluğunu da ortaya koymaktadır. Böyle bir katalogun bizde de bulunması halinde, Alman hukukunda benimsenmiş olan çözümün Türk Hukuku bakımından da kabul edilebilir olduğunu söyleyebiliriz. Aksi takdirde bu konu ayrıca düzenlenmez ise, aramaya ilişkin CMUK m.100'ün uzakla haberleşmenin denetlenmesi açısından uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkar ki, bu da yukarıda belirttiğimiz gibi, pek çok problemi beraberinde getirir.

### **C) HUKUKA AYKIRI OLARAK YAPILAN DENETLEME: DELİL YASAĞI DURUMU**

Delil yasağı, karşılaştırmalı hukukta da en temel sorunlardan birisi olarak kendisini göstermektedir. Uzakla haberleşmenin denetlenmesine ilişkin hükümler ihlal edilerek elde edilmiş olan bilgilerin ne dereceye kadar ceza muhakemesinde değerlendirilebileceği, karşılaştırmalı hukukta genellikle yasal düzenlemeye kavuşturulmamıştır. Ancak İsviçre'nin bazı kantonlarında tanıklıktan çekinme hakkı ihlal edilerek elde edilmiş olan bilgilerin değerlendirilmeyeceğine ilişkin bir düzenleme mevcuttur<sup>206</sup>. Özel olarak uzakla haberleşmenin denetlenmesi bakımından bu konuda bir düzenleme getirmeyen ülkelerde delil yasağının mevcut olup olmadığı, uygulamada **somut olayın özelliklerine göre** belirlenmektedir. Buna karşılık Avusturya ve İsviçre'de, devletin suçu aydınlatmaya yönelik menfaati bakımından **muhakeme kurallarına uyulmak-sızın** elde edilen bilgilerin değerlendirilebileceği kabul edilmektedir. Almanya'da mahkeme kararları bu konuda yeknesak değildir. Buna karşılık Fransa'da uygulama, muhakeme kuralları ihlal edilerek elde edilen bilgilerin değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır<sup>207</sup>.

Biz burada Almanya'daki durumu ayrıntılı olarak ele alacağız. Uzakla haberleşmenin denetlenmesini düzenleyen § 100a, 100b A1.CMUK ihlal edilerek elde edilmiş olan deliller kural olarak değerlendirme yasağına tabi değildir. Bu konuda, gerek uygulamada ve gerekse öğretilerde ileri sürülen değerler tartışma teorisi çerçevesinde, hukuka aykırı olarak elde edilen delilin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda somut olayda çatışan bireye ait menfaatle ceza koğuşturması menfaatinden hangisinin ağırlık taşıdığı göz önüne alınarak bir sonuca varılmaktadır<sup>208</sup>. Bu çerçevede uzakla haberleşmenin denetlenmesi için aranan maddi koşullar, örneğin katalog suçunun mevcut olmaması veya ikinci derecede uygulanabilirlik ilkesine riayet

<sup>206</sup> Müller, LB Schweiz, 92

<sup>207</sup> Avusturya için bkz. Schwarz, LB Österreich, 62 vd.; Fransa için bkz. Oudijk/Rambach, LB Frankreich, 144 vd ; İsviçre için bkz. Müller, LB Schweiz, 91; Almanya için bkz. Lücking, LB Deutschland, 38 vd.

<sup>208</sup> BGHSt 19, s. 325; 24, s. 125; 26, s. 298; BVerfGE 34, s. 328; yine bkz. Lücking, 38

edilmemesi gibi, "*keyfi olarak*" göz önüne alınmamışsa, elde edilen bilgilerin değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir<sup>209</sup>. Sanıkla müdafii arasındaki güven ilişkisinin korunması amacıyla bunlar arasındaki haberleşmenin denetlenmesi açısından da aynı durum geçerlidir<sup>210</sup>; buna karşılık müdafii ile sanık dışında bir başka kişi arasındaki haberleşmenin denetlenmesi sonucu sanığın katalogta öngörülen bir suç hakkında bilgi elde edilmişse, değerlendirme yasağı söz konusu değildir<sup>211</sup>.

§ 100b'nin *muhakeme hukukuna ilişkin hükümlerine karşı* ağır bir ihlal de, örneğin telefon dinlemeye kolluk tarafından karar verilmesi gibi, değerlendirmeye engel olmalıdır<sup>212</sup>. Alman Federal mahkemesi, bunu kolluğun güvenilir kişi yardımıyla, şüphelinin yanıtılarak "*kendisini suçlama*" yönünde provoke edilmiş olması ve § 100b A1.CMUK uyarınca bir kararın bulunmaması durumu için açıkça kabul etmektedir. Bununla birlikte mahkeme, hakimin karar verme konusundaki yetkisinin bu yolla aşılmasının, §§ 136, 136a A1.CMUK da öngörülen hukuk devletine bağlı bir ceza muhakemesi için geçerli olan ilkelerle bağdaşmadığı gerekçesiyle değerlendirilebilirliği reddetmiştir<sup>213</sup>. Bunun aksine Hamm İstinaf Mahkemesi (OLG), temasta bulunulan kişi ile şüpheli arasında geçen telefon konuşmasının kolluk tarafından dinlenmesini, sadece temasta bulunulan kişinin muvafakatına dayanarak hukuka uygun saymıştır<sup>214</sup>. Uzakla haberleşme çerçevesinde elde edilmiş olmayan bilgiler, örneğin telefon kulaklığının yanlış kapatılması suretiyle gizlice konut içinde yapılan bütün konuşmaların dinlenmesi gibi, değerlendirme yasağına tabidir<sup>215</sup>. Alman Federal Mahkemesi bu kararında ilk kez Alman Anayasa Mahkemesinin kuşak teorisi anlamında "*özel hayatın mutlak dokunulmaz alanının*" ihlaline dayanmamıştır<sup>216</sup>.

§ 100c A1.CMUK hükmü tamamen aşılmak suretiyle elde edilmiş olan bilgiler değerlendirilemez. Örneğin tedbire yasal düzenleme bilinçli olarak ihlal edilmek suretiyle karar verilmiş veya f.I nr.2 deki durumda katalog suçlarından birine ilişkin

<sup>209</sup> BGHSt 28, s. 124; 31, s. 309; 32, s. 70; **Welp**, 210; **Schumacher**, 287, 292; **KK-Laufhütte**, § 100a no.17. **Fransa**'da baroların ve avukatların telefonları dinlenemez; meğer ki, bizdeki barolar birliği başkanı durumunda olan kişiye *önceden* sorgu hakimi tarafından haber verilmiş olsun, **Lorenz**, 341

<sup>210</sup> BGHSt 33, s. 352, **Welp**'in açıklamasıyla birlikte, NSTZ 1986, 294; **Beulke**, Jura 1986, 642 (Anmerkung); **Lehmann**, 154 vd.

<sup>211</sup> BGH NSTZ 1988, 562

<sup>212</sup> **KK-Laufhütte**, § 100a no.17; **LR-Schaefer**, § 100a no.43; **Amelung**, NSTZ 1988, 517

<sup>213</sup> BGHSt 31, s. 308, aynı dorultuda **J. Meyer**'in açıklamalarıyla birlikte, NSTZ 1983, 467. Bununla birlikte § 136a StPO nun bu durumda uygulanmasını reddeden BGH kararı için bkz. BGHSt 33, s. 223

<sup>214</sup> OLG Hamm, StV 1988, 374 vd. Fakat öğretilerde bazı yazarlar, bu karara, kötüye kullanma tehlikesi ortaya çıkaracağı gerekçesiyle karşı çıkmaktadırlar, **Krehl**, StV 1988, 376; **Amelung**, NSTZ 1988, 517; farklı görüş **Prittowitz**, StV 1984, 303. Ceza koşturması menfaatine işaretle sınırlı olarak **Wolter**, GA 1988, 132

<sup>215</sup> BGHSt 31, 296, **Geerds**'in açıklamalarıyla birlikte NSTZ 1983, 517; BGHSt 34, s. 39

<sup>216</sup> **Lücking**, 40

suç şüphesi mevcut değil veya ikinci derecede uygulanabilirlik ilkesine yönelik bir ihlal varsa durum budur<sup>217</sup>.

Hakim tarafından onayın verilmemesi nedeniyle bir değerlendirme yasağı ortaya çıkmaz<sup>218</sup>. Hükümün tamamen ihlali suretiyle elde edilmiş olan bilgiler değerlendirilemez. Önemli bir katalog suçunun varlığı konusunda önceden yeterli tutanak noktası bulunmuyorsa veya ikinci derecede uygulanabilirlik koşuluna riayet edilmemişse, yine aynı durum geçerli olmaktadır<sup>219</sup>. Bundan başka, tedbirin 3 gün içinde hakim onayına sunulmaması nedeniyle hükümsüz kalması halinde, hukuka uygun olarak elde edilmiş olan bilgiler değerlendirilebilir<sup>220</sup>.

Savcılık, amaca ulaşamaması nedeniyle hakim onayı talep edilememiş veya hakim bu nedenle talebi reddetmişse bu, elde edilen bilgilerin değerlendirilmesine engel olmaz<sup>221</sup>.

**Türk Hukuku bakımından,** gerek öğretide ve gerekse uygulamada CMUK m. 254/2'nin **hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilemeyeceği** yönündeki mutlak düzenlemeyi sınırlama çabalarına rağmen<sup>222</sup>, maddenin açıklığı karşısında en küçük aykırılıklar dahi delil yasağı ile karşılaşacaktır.

#### **D) DELİL YASAKLARININ UZAK ETKİSİ**

Karşılaştırmalı hukukta delil yasaklarının uzak etkisi üzerinde genellikle durulmaktadır. Yalnızca İngiltere'deki yasal düzenlemeye göre, elde edilen bilgilerin suçların aydınlatılması için yararlı olabileceği düşünüldüğü için, sınırsız bir değerlendirme yasağı, **uzak etki** bakımından<sup>223</sup> geçerli kabul edilmemektedir<sup>224</sup>. Diğer ülkelerde, en azından genel bir uzak etki olanaksız görünmektedir. Amerikan ceza muhakemesinin "yasak ağacın meyvaları (fruit of the poisonous tree doctrine)" kuralı, yasak metodlara başvurmak suretiyle yalnızca dolaylı olarak elde edilen delil araçlarının değerlendirilmesine, şayet bu caiz bir yolla elde edilmiş ise ancak bu takdirde olanak tanımaktadır; düzenleme, ilk planda ceza koğuşurma organlarının hatalı davranış ve işlemlerine engel olmak biçiminde önleyici ve disiplinler bir amaç izlemektedir. Uygulama, böylece tamamen somut olayın durumuna göre bir değerlendirilmede bulunmakta<sup>225</sup>, bu bakımdan sorunun çözümüne yardımcı belirli ilkeler tesbit edilmemektedir. Fakat öğretide, bu yolla delil yasaklarından dolaylı olarak kurtulmanın

<sup>217</sup> Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 100c no.15; ayrıca bkz. BGHSt 34, s. 39

<sup>218</sup> Bkz. Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 163d no.15

<sup>219</sup> Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 98a no.11

<sup>220</sup> Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 100b no.1, s.360; Schnarr, NStZ 1991, 214

<sup>221</sup> Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 98b no.11, 346

<sup>222</sup> Bkz. Öztürk, Delil Yasakları, 40; CGK. 18.10.1993, 6-236/255; YKD. 1994, S.5, s.804.

<sup>223</sup> Delil yasaklarının uzak etkisi için bkz. Öztürk, Delil Yasakları, 32 vd.; Roxin, § 24 no. 44

<sup>224</sup> Klumpe, LB Großbritannien, 115 vd.

<sup>225</sup> Almanya için bkz. Lücking, 40; Fransa için bkz. Oudijk/ Rambach, LB Frankreich, 146

önüne geçmek için, uzak etkinin bazı koşullar altında söz konusu olabileceğini vurgulamaktadır<sup>226</sup>.

Alman Federal Mahkemesi, Amerika'da olduğunun aksine disiplin mülhazasının değil, aksine ilk planda bir muhakeme hatasına dayanarak bütün ceza muhakemesini yapılmaz kılınmasını yasaklayan maddi gerçeğin araştırılması ve koğuşturma mecburiyeti ilkesinin ölçü olduğu gerekçesiyle değerlendirme yasağının uzak etkisini reddetmektedir<sup>227</sup>. Burada belirleyici olan, somut olayın özellikleri ve değerlendirme yasağının niteliğidir<sup>228</sup>. Yani buna göre değerlendirilemeyen bilgiler **kural olarak**, bunlar § 100a A1.CMUK anlamında katalog suçu ile ilgili olmasalar bile, **müteakip soruşturmalar için dayanak alınabilir**<sup>229</sup>.

Ülkemiz bakımından CMUK m.254/2 karşısında delil yasaklarının uzak etkisi sorunu kesin bir çözüme kavuşturulmuştur. Yasanın bu düzenlemesi büyük tepki alsa da<sup>230</sup>, elde edilme biçimi hukuka aykırı olan delil hukuken yok hükmündedir ve böyle bir delil de hükme esas alınmaz. Bu açıklık karşısında, hukuka aykırı yolla elde edilmiş deliller yanında, bu delillere dayanılarak ortaya çıkan diğer delillerin de muhakemede kullanılması mümkün değildir. Bu itibarla örneğin, hukuka aykırı olarak başvuru bir telefon dinleme tedbiri sonucunda, üst düzey bir politikacının bir suç örgütünün elebaşı olduğu tesbit edilse bile, bu bilginin değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır.

#### **E) HABERLEŞMENİN ÖZEL KİŞİLERCE DENETLENMESİ**

Delil değerlendirme yasağı getiren CMUK m.254/2 “**soruşturma ve koğuşturma organları**” tarafından hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hükme esas alınmayacağından söz ettiğine göre, özel kişilerin hukuka aykırı olarak elde ettikleri delillerin değerlendirilebileceği söylenebilir. Böyle bir kabul, kanunla yasaklanmayan serbest olduğunu kabul eden özgürlükçü demokrasinin bir gereğidir. Bununla birlikte, delil veya deliller ağır insan hakları ihlalleri ile elde edilmiş ise, haklı olarak, artık bu tür delillerin muhakemede kullanılmayacağı ileri sürülmektedir<sup>231</sup>. Örneğin delile işkence sonucu ulaşılmışsa, bunun soruşturma organı veya özel kişi tarafından elde edilmiş olup olmamasının önemi bulunmamaktadır.

Bu söylenenler haberleşmenin denetlenmesi bakımından da geçerlidir. Nitekim **Alman Yargıtayı** da bir kararında sanığın sözlerinin özel kişi tarafından gizlice kaydedil-mesini insan hakkı ihlali olarak kabul etmiştir<sup>232</sup>. Hatta bu bağlamda bu

<sup>226</sup> Almanya için bkz. **Lücking**, 40 vd.; Avusturya için bkz. **Schwarz**, LB Österreich, 64.

<sup>227</sup> BGHSt 27, s.358; 32, s.71; 35, s.34.

<sup>228</sup> BGHSt 27, s.357; 29, s.249.

<sup>229</sup> **Lücking**, 40.

<sup>230</sup> **Demirbaş** Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir 1996, s.302 vd.; **Öztürk**, Delil Yasakları, 47 vd.

<sup>231</sup> **Roxin**, § 24 no.45; **Öztürk/Erdem/Özbek**, Ceza Muhakemesi, no.267; **Öztürk**, Delil Yasakları, 114

<sup>232</sup> BGHSt 14, s.358

konuşmanın içeriğinden haberdar olan tanığın dahi dinlenmesi mümkün değildir. Buna karşılık konuşmanın banda alınması, örneğin çocuk kaçırılması halinde şantaj yapılması olayına yönelik olarak bir zorunluluk biçiminde karşımıza çıkıyorsa, diğer bir söyleyişle meşru müdafaaya benzer bir durum söz konusuysa, kaydedilen konuşma delil niteliğini kaybetmez.

**Alman Anayasa Mahkemesi** de daha sonra, Alman Anayasasının 1 ve 2. maddelerine dayanarak, gizlice kaydedilen konuşma bandının kullanılamayacağını açıkladığı kararında, hayatın gizli alanına girilerek elde edilen delillerin kullanılmasının bu yönde bir kamu yararı bulunuyor olsa dahi haklı olamayacağı sonucuna varmıştır<sup>233</sup>. Tüm bu söylenenler telefon ahizesinin açık bırakılması üzerine bir odada yapılan konuşmaların değerlendirilmesi bakımından da geçerlidir<sup>234</sup>. Çünkü burada söz konusu olan artık, uzakla haberleşmenin denetlenmesi değil, bir başka gizli tedbir olan akustik denetlemedir.

İnsan hayatının iki yönünün bulunduğu kabul edilir: Hayatın genel yönü ve hayatın özel yönü. Hayatın özel yönü de özel hayat ve hayatın gizli alanı olmak üzere ikiye ayrılır. Hayatın genel yanı, örneğin kamuya açık davranış ve sözlerimizi içermekte olup, gizliliği bulunmadığından korunmasına da gerek yoktur. Hayatın özel yönü ise koruma altındadır. Özel hayat bireyle birlikte bireyin çok yakın çevresini oluşturan kişilerle olan ilişkisidir. Hayatın gizli alanı ise sadece bireyin kendisine ait ve onun girebildiği, bireyi ilgilendiren alandır. Bu nedenle özel hayat nisbi bir korumaya sahipken, hayatın gizli alanı mutlak bir korumaya sahiptir. Bu anlamda hayatın genel ve özel yönünü ihlal eden bir haberleşmenin denetlenmesi, koşullarının oluşması halinde, mümkünken, hayatın gizli alanına ilişkin bir denetim asla kabul edilemez. İşte özel kişilerin haberleşme araçlarını denetlemek suretiyle elde ettikleri delilleri örneğin konuşmaların kaydedildiği bir kaseti de bu çerçevede değerlendirmek gerekir.

Bu bağlamda örneğin organize bir suçtan sanık (A)'nın milletvekili ve bakan olan arakadaşı (M) ile yapmış olduğu ve (M)'nin (A)'ya yakalanmak üzere olduğunu ve polisten nasıl kaçabileceğini aktaran konuşmayı banda alması ve daha sonra bu bandın soruşturma makamlarının eline geçmesi halinde bu band (M) aleyhine delil olarak kullanılabilir. Zira bu bandın içeriği hayatın gizli alanına ilişkin olmayıp bir temel hak ve özgürlüğü ihlal ediyor değildir. Özel hayat, hayatın gizli alanından farklı olarak nisbi bir korumaya sahip bulunduğu ve elde edilen delilin muhakemede kullanılması gerekli ise bu band muhakemede kullanılabilir. Burada gerekliliği ortaya koyan kriter kamu yararındır. Yani elde edilen delilin muhakemede kullanılmasında kamu yararı bulunmalıdır. Her ne kadar bu kaset (E)'nin özel hayatı ihlal edilerek elde edilmişse de kamunun organize bir suçun ve diğer suç ve/veya

<sup>233</sup> BVerfGE 34, s.238

<sup>234</sup> Roxin, § 24 no.27

sanıkların ortaya çıkarılmasındaki menfaati kişinin özel hayatından niteliksel olarak daha üstündür.

**S O N U Ç**

- 1- Haberleşmenin denetlenmesi güncelliğini korumaktadır. 4422 sayılı Kanunun uygulanması ile bu konudaki tartışma daha da yoğunluk kazanacaktır.
- 2- İletişim teknolojisinde görülen gelişmeler, ceza muhakemesinde bir koruma tedbiri olarak uzakla haberleşmenin denetimi yoluyla delil elde edilmesi zorunluluğunu da beraberinde getirmiştir. Özellikle organize suçlulukla mücadelede bu koruma tedbirine büyük önem verilmektedir.
- 2- Söz konusu koruma tedbiri bakımından aynı yerde bulunmayan iki kişi arasında -araya telefon, teleks, faks gibi bir vasıta sokularak- yapılan haberleşmeyi ceza koşturması amacıyla denetlemeyi ifade etmek üzere **uzakla haberleşmenin denetlenmesi** terimini kullanmayı uygun bulmaktayız.
- 3- Konuşma ve görüntülerin araya herhangi bir vasıta sokulmaksızın dinlenmesi veya kaydedilmesini ifade eden optik ve akustik gözetleme gerek amaç gerek uygulama yöntemi ve gerekse temel hak ve özgürlüklere müdahalenin yoğunluğu açısından uzakla haberleşmenin denetlenmesinden farklı bir koruma tedbiridir. Nitekim 4422 sayılı Kanun da bu tedbiri ayrı bir maddede düzenlemiştir. Öte yandan bu düzenleme ile birlikte bu tedbirin de uygulanma olanağına kavuştuğu söylenmelidir.
- 4- Uzakla haberleşmenin denetlenmesinin kapsamı ve önemi bugün bu tedbirin ayrı bir koruma tedbiri olarak kabulünü zorunlu kılmaktadır. Kanımızca, uzakla haberleşmenin denetlenmesi bir koruma tedbiri olmakla birlikte elkoyma koruma tedbiri içinde mütalaa edilemez; ayrı ve bağımsız bir koruma tedbiridir.
- 5- Uzakla haberleşmenin denetlenmesi koruma tedbirinin amacı, halen işlenmiş veya işlenmesine teşebbüs edilmiş bir suç hakkında **delil elde etmektir**. Hemen belirtelim ki, bu tedbire istihbarat veya suçları önleme amacıyla da başvurulmaktadır. Çalışmamızda tedbiri yalnızca koruma tedbiri, yani ceza koşturması amacıyla sınırlı olarak ele aldık. Ne var ki, bu amaçla tedbire başvurulmuş olsa dahi özellikle teşebbüs ve hazırlık hareketleri söz konusu olduğunda tedbirin aynı zamanda önleyici bir yan etkiye sahip olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.
- 6- Hemen hemen bütün medeni ülkelerde uzakla haberleşmenin denetlenmesi, bireyin anayasa ile güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerine bir **müdahale** olarak değerlendirilmektedir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, 8. maddesinde, özel hayat ve aile hayatına, konuta ve mektupla haberleşmeye saygı hakkının somutlaşmış bir ifadesi olarak **özel hayata saygı** hakkını güvence altına almaktadır. Bu noktada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 1978 tarihli **Klass ve diğerleri** kararında, bu konuda yapılacak yasal düzenlemeye ışık tutabilecek bazı ilkeler saptamıştır.
- 7- Türk hukukunda Anayasa m.20'de **özel hayatı**, m.22'de de **haberleşme özgürlüğünü** garanti altına almaktadır. Yine m.20'de garanti altına alınan **özel hayatın gizliliğine adli soruşturma ve koşturmanın gerekli kıldığı** durumlarda istisna getirilebileceği kabul edildiği gibi, Anayasa m.13'de bütün temel hak ve

özgürlükler için geçerli olan genel sınırlama nedenlerine yer vermektedir. Öğretide farklı görüşler bulunmakla birlikte, bizim de katıldığımız görüşe göre, telefon dinleme, haberleşmenin gizliliğini ihlal eden bir tedbirdir ve başvurulması için kanunda açıklık bulunması gerekmektedir. Gerçekten de Anayasa m.20/2 ve m.22/3'e göre, kanunda **açıkça** gösterilen hallerde hakim kararıyla ve gecikmesinde sakınca varsa diğer yetkili merciin emriyle haberleşmenin gizliliğine **dokunulabilir**. Demek oluyor ki, ya bir temel hakka müdahale vardır ve bu durumda mutlaka açıklık ve belirlilik ilkesinin gereklerine uygun yasal bir dayanağın bulunması gerekir, ya da böyle bir müdahale söz konusu değildir ve bu takdirde yasal bir dayanağa da ihtiyaç yoktur. Uzakla haberleşmenin denetlenmesi de gerek özel hayata (Any. m. 20) ve gerekse haberleşme özgürlüğüne (m. 22) bir müdahale oluşturduğuna göre, buna olanak tanıyan yasal bir düzenleme bulunmadığı takdirde, bu tedbire başvurulamayacak, başvurulduğu takdirde bu yolla elde edilen delil muhakemede kullanılmayacaktır. Öte yandan Türkiye'nin de tarafı olduğu ve Anayasa m. 90 uyarınca bir iç hukuk kuralı niteliği taşıyan İHAS m. 8'e göre, özel hayatın gizliliğine yönelik müdahaleler yasal bir düzenlemeyi gerekli kıldığı ve yukarıda belirttiğimiz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, söz konusu hükmü telefon dinleme açısından yorumlayan kararlarında mutlaka yasal bir düzenlemenin bulunması gerekliliği arandığı için, ileride aleyhine bu mahkemeye başvurulması durumunda, Türkiye'nin mahkum edilmesi yüzde yüze yakın bir olasılıktır. Bu nedenlerle genel olarak uzakla haberleşmenin denetlenmesi, özel olarak telefon dinlemenin 4422 sayılı Kanunla yasal bir düzenlemeye kavuşturulması yerinde olmuştur. Ancak, kanımızca söz konusu tedbirin böyle bir tasarıda düzenlenmesi yerinde olmamıştır. Zira ceza hukuku mevzuatımız pek çok kanunundan oluşmakla zaten yeterince dağınıktır. Gerek bu yönüyle ve gerekse söz konusu tedbirin bir koruma tedbiri olması yönüyle diğer koruma tedbirlere ilişkin hükümler getiren CMUK'da düzenlenmesi tedbirler arasında koordinasyonun sağlanması bakımından yerinde olacaktır.

**8-** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin **Klass** kararında, İHAS ile sağlanan hakların korunması için ilgiliye sonradan haber vermenin önemi vurgulanmış olmasına rağmen, gerek karşılaştırmalı hukukta ve gerekse tasarıda bu konuyla ilgili bir düzenleme bulunmaması önemli bir eksikliktir. İlgili, hakkında tedbir uygulandığından haberdar olmadığı için, hukuka aykırı olarak başvurulduğuna inandığı bir tedbire karşı gerekli denetim muhakemesi yollarına gidebilmesi bakımından haber verme zorunluluğunun önemi açıktır. Bu durumda ülkemizin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından mahkum edilmesi kaçınılmaz görünmektedir. Öte yandan, haber verme yükümlülüğü ile ilgili olarak ortaya çıkan sorunların **dosyayı inceleme hakkında** bağımsız olarak değerlendirilmesinin olanaksız olduğu söylenmelidir.

**9-** Hangi şüphe derecesinde bu koruma tedbirine başvurulacağı tartışma konusudur. Ancak kanımızca söz konusu tedbire başvurabilmek için gerekli olan şüphe daima ihbar, gözetleme, iz takibi gibi olaylara dayanan ve tedbirin amacına ulaşabilmesi için



gerekli ve yeterli olan basit şüphedir. Yasanın "kuvvetli belirti" teriminden kastı bu olmalıdır.

**10-** Hangi suçlar bakımından tedbire başvurulabileceği konusunda sınırlayıcı bir katalog yapılarak suçları belirtmek yerinde olacaktır. Bu anlamda Kanunun suç örgütü tanımı yapmak suretiyle bu tanımla sınırlı olmak üzere tedbirin uygulanmasına olanak vermektedir. Tanım belirsiz olduğu için tedbirin kapsamı da belirsiz hale gelmektedir. Şöyle ki, örgüt bünyesinde işlenen suçlar bakımından tedbire başvurulup başvurula-mayacağı açıkça anlaşılamamaktadır. İşte katalog yapılarak hakkında tedbir uygulanacak suçların tek tek belirtilmesi tüm bu sakıncaları ortadan kaldıracaktır.

**11-** Kanunda şüphenin ortadan kalkması tedbire son verilmesini gerektiren bir neden olarak öngörülmüştür. Kanımızca, yalnızca şüphenin değil, tedbirin uygulanmasına ilişkin herhangi bir koşulun ortadan kalkması sona erme nedeni olmalıdır.

**12-** Hukuka aykırı olarak başvuru uzakla haberleşmenin denetlenmesi sonucu elde edilmiş olan bilgilerin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda, CMUK m. 254/2 deki mutlak düzenleme karşısında en küçük aykırılıklar dahi delil yasağı ile karşılaşacaktır. Delil elde etmenin oldukça güç olduğu organize suçlulukla mücadelede bu düzenleme önemli bir engel olarak görülmektedir. Oysa dahil olduğumuz Kıta Avrupası ülkelerinde olduğu gibi, hukuka aykırı olarak elde edilen bir delilin değerlendirilmeyeceği konusunda bir değerler tartımına gidilmeli; delilin değerlendirilmesiyle bireyin zarara uğrayan menfaatleri ile değerlendirilmemesiyle kamunun zarara uğrayan menfaatleri arasında bir denge kurulmalıdır. Zaten oranlılık ilkesi de bunu gerektirmektedir.

**13-** Ülkemiz açısından CMUK m.254/2, delil yasaklarının uzak etkisi sorununu da kesin olarak çözüme kavuşturduğu için, hukuka aykırı olarak elde edilmiş deliller yanında, bu delillere dayanılarak elde edilen diğer delillerin de muhakemede kullanılması mümkün değildir.

**14-** CMUK m. 254/2, yalnızca koğuşurma organlarının hukuka aykırı olarak elde ettikleri delillerin değerlendirilemeyeceğini belirttiği için, özel kişiler tarafından elde edilen bilgilerin değerlendirilmesine mevcut düzenleme karşısında bir engel yoktur. Bununla birlikte özellikle ağır insan hakları ihlaline yol açıyorsa, özel kişiler tarafından elde edilen delillerin de değerlendirilememesi gerekir.

**15-** Tedbirin uygulanması sırasında tesadüfen ele geçen bilgilerin bazı sınırlamalar çerçevesinde değerlendirilebileceği kanısındayız. Gerçekten uzakla haberleşmenin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgiler gerek sanık ve gerekse sanık dışındaki başka bir kişinin tedbire konu olmayan bir başka suçunu da aydınlatıyorsa, yeni suç bakımından da bu tedbire karar verilmesine ilişkin bütün koşullar mevcut olduğu takdirde elde edilen bu tür bilgiler değerlendirilebilmelidir. Ancak temel hak ve özgürlüklere müdahale alanını genişlettiği için, bu konunun Kanunda ayrıca düzenlenmesine gerek bulunduğu düşüncesindeyiz.

**16-** Müdafî ve tanıklıktan çekinme yetkisine sahip olan kişilerle sanık arasındaki haberleşmenin denetlenemeyeceği yönünde Kanunda ayrıca düzenlemeye gidilmesi gerektiği kanısındayız.